

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL, ACEPTA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA CONECEL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN ARCOTEL-CZ2-2015-0039 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2015 - AUDIO Y VIDEO POR SUSCRIPCIÓN - MODALIDAD TELEVISIÓN SATELITAL (DTH).

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

1.1. ADMINISTRADO Y ACTO IMPUGNADO:

El ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones – CONATEL, a través de la ex Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante escritura pública celebrada ante la Notaría Vigésimo Séptimo del Cantón Quito, el 18 de marzo de 2013, otorgó a favor de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. – CONECEL, la concesión de la banda 11.45 – 12.2 GHz (Down Link), para la instalación, operación y explotación de un sistema de audio y video por suscripción bajo la modalidad de televisión codificada por satélite Direct To Home (DTH) a denominarse “CLARO TV”, para servir al territorio continental del Ecuador, con un plazo de 10 años.

El acto impugnado es la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2015-0039 de 31 de diciembre de 2015.

El 26 de enero de 2016, con trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-001285-E, el señor Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. – CONECEL, comparece ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y presenta Recurso de Apelación en contra de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2015-0039, de 31 de diciembre de 2015, emitida por el organismo desconcentrado – Coordinación Zonal 2, con la siguiente pretensión:

“...Por lo expuesto, solicitamos a Usted señora Directora en su calidad de superior jerárquico, que con relación al ACTO ADMINISTRATIVO que contiene la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2015-0039 notificada a CONECEL con fecha 05 de enero de 2016, en al que se resolvió determinar la responsabilidad de la infracción establecida en el artículo 118, letra b), numeral 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones e imponer la sanción por la cantidad de SEIS MIL TREINTA Y NUEVE, CON TREINTA Y TRES DÓLARES (USD \$ 6.039,33), se sirva disponer

- a) *La aceptación del presente Recurso de Apelación sobre la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2015-039.*
- b) *La Revocación directa y por tanto la extinción total, por razones de nulidad e ineficacia del acto administrativo recurrido al violar el principio rector en materia de derecho administrativo y constitucional como es el debido proceso, competencia por razón de la materia, derecho a la defensa, violaciones que ha lesionado además de los derechos fundamentales de tutela efectiva y seguridad jurídica, mismos que no son susceptibles de convalidación ni por la autoridad a quo ni usted en calidad de superior jerárquico por ser de naturaleza insubsanable.*
- c) *Se archive el Procedimiento Administrativo Sancionatorio CZ2-2015-0039 y por tanto se reverse los valores consignados por objeto de la multa impuesta.”.*

29

1.2. COMPETENCIA:

La ARCOTEL, a través de la señora Directora Ejecutiva, conforme lo dispone el artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones - LOT, tiene competencia para:

“8. Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador.

12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”.

La señora Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, mediante Resolución ARCOTEL-2015-00132 de 16 de junio de 2015, delegó a la Coordinación Técnica de Control, la atribución contenida en el artículo 2, numeral 2.2.8, que se cita a continuación:

“2.2.8. Coordinar la sustanciación, y resolver lo que en derecho corresponda, respecto a los recursos administrativos de apelación, correspondientes a los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados por las unidades desconcentradas”.

Asimismo, en la Resolución inmediatamente citada, delegó al Director Jurídico de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, la siguiente atribución:

“4.2.2 Sustanciar los recursos administrativos de apelación, correspondientes a los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados por las unidades desconcentradas.”.

Por lo que, corresponde a la Coordinación Técnica de Control ejercer por delegación, la competencia para sustanciar y resolver el recurso de apelación incoado por CONECEL, en contra de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2015-0039.

1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), en su artículo 132, establece la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos: **“Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas.- Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados. (...)”.** De ahí que, se presume que los actos administrativos, han sido emitidos con observancia a la normativa y con la debida motivación.

De otro lado, la Constitución de la República del Ecuador garantiza el principio de impugnación:

“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con relación al Recurso de Apelación, dispone:

“Art. 134.- Apelación. La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.

Dicho funcionario tendrá el plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite. La apelación no suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dispone:

“Art. 85.- Recurso de apelación.- De la resolución de imposición de la sanción podrá interponerse -exclusivamente- el recurso de apelación ante el Director Ejecutivo de la ARCOTEL; por lo que, en cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.

La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.

De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.”

El tratadista Fernando Garrido Falla, ilustra que el recurso apelación es “(...) el medio normal de impugnación que el particular posee contra las decisiones administrativas que no han causado estado y responde a un patrón conocido por la casi totalidad de ordenamientos jurídicos de régimen continental europeo.”¹ Asimismo señala que el Recurso de Apelación constituye en principio “el recurso administrativo por excelencia”². En esta misma línea, de acuerdo a la cita del tratadista Ramón Martín Mateo, se señala: “Es un recurso solo utilizable para aquellos actos que no ponen fin a la vía administrativa, es decir, en los que quepa la posibilidad de intervención de una autoridad situada en un escalón anterior a aquélla que procede el acto. (...)”³.

Es importante recalcar conforme lo señala el tratadista Marco Morales Tobar, que: “(...) constituye un error común que se interpongan los recursos previstos en el ERJAFE, que regula a la Función Ejecutiva y sus entidades adscritas, en sedes administrativas que se rigen por leyes especiales; y, generalmente norman sus propios recursos, que conceptualmente no difieren, pero en lo que respecta a sus términos, plazos y efectos, tienen sus propias particularidades. (...) Por consiguiente, queda claro que los recursos administrativos, se encuentran modulados por todo un elenco de normas, cuyas particularidades deben ser atendidas en función del órgano del cual emana el acto y la ley que lo regula.”.

De las normas y doctrina transcrita se observa que la naturaleza del Recurso de Apelación, se basa en su interposición ante el superior jerárquico del órgano o funcionario de la entidad que dictó el acto impugnado, en ese sentido, se colige que el Recurso de Apelación respeta el principio de jerarquía de la Administración Pública, entendiéndose que los superiores tienen la atribución para revisar la legalidad y oportunidad de los actos emanados por los inferiores; asimismo corresponde seguir estrictamente el procedimiento dispuesto por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

II. ANÁLISIS DE FONDO

2.1. RESOLUCIÓN IMPUGNADA

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través de la Resolución N° ARCOTEL-CZ2-2015-0039, de 31 de diciembre de 2015, resolvió:

“Artículo 1.-ACOGER los Informes Técnico y Jurídico constantes en los Memorandos Nos. ARCOTEL-CZ2-2015-0944-M, del 15 de diciembre del 2015 y ARCOTEL-2015-JCZ2-R-039, del 28 de diciembre de 2015, suscritos por los profesionales técnico y jurídicos respectivos.

Artículo 2.- DETERMINAR que la empresa Operadora GONEGEL S.A. cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, que dentro de este proceso ha actuado como Apoderada Virginia Nakagawa Morales, empresa concesionaria para prestar el servicio de Audio y Video por Suscripción con RUC-1791251237001, al no haber desvirtuado lo determinado en el Informe Técnico IT-CZ2-C-2015-1061, de 16 de julio de 2015 y el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0025, de 16

29

¹Morales Tobar Marco, MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, Edición Primera, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito, 2011, pág. 457.

²Ibidem.

³Ibidem.



de octubre de 2015, es responsable de la infracción determinada en el artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: "Art. 118.-Infracciones de Segunda Clase.- b. Son infracciones de segunda clase aplicables a los poseedores de título (Sic) habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: **5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.**", esto por no haber cumplido con la obligación constante en el artículo (Sic) Art. 24.-Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual derive tal carácter, los siguientes: 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta ley y en el ordenamiento jurídico vigente. 5. Cumplir con las regulaciones tarifarias; además en la sustanciación del procedimiento no se aceptó a trámite las excepciones planteadas por la empresa Operadora CONECEL S.A.

Artículo 3.- IMPONER a la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, y que dentro de este proceso ha actuado como Apoderada Virginia Nakagawa Morales, empresa concesionaria para prestar el Servicio de Audio y Video por Suscripción, con RUC 1791251237001, de conformidad con el artículo 118 de la LOT, la sanción económica prevista en el artículo 121 como segunda clase de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, del monto de referencia tomado del Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de servicio, concretamente de Televisión Satelital o Audio y Video; esto es, SEIS MIL TREINTA Y NUEVE CON TREINTA DÓLARES (\$ 6.039,33), que corresponde al 0.0456 % del monto de referencia, valor que deberá ser cancelado en la Unidad Financiera Administrativa de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40 71 y Gaspar de Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el plazo de 30 días calendario, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro por la vía coactiva. Si por cualquier motivo no se procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

Artículo 4.- DISPONER que la empresa Operadora CONECEL S.A. cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, y que dentro de este proceso ha actuado como Apoderada Virginia Nakagawa Morales, empresa concesionaria para prestar el servicio de Audio y Video por Suscripción, con RUC 1791251237001, observe las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a que se encuentra obligado. En cuanto al caso señor Christian Rodríguez con C.I. 1712926649, el mismo puede comparecer ante las autoridades de la Defensoría del Pueblo a ejercer sus derechos y obtener una compensación por los valores indebidamente cobrados."

2.2. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO:

El Recurso de Apelación interpuesto por CONECEL, en contra de la Resolución emitida el 31 de diciembre de 2015, por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, con el No. ARCOTEL-CZ2-2015-039, se sujeta a lo dispuesto en los artículos 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 85 de su Reglamento General de aplicación; y, 36 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de ARCOTEL, por tanto, es procedente su admisión a trámite y en consecuencia, el análisis de fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido, en mérito de los autos y sin más trámite.

2.3 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE:

La Dirección Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL a través del Informe Jurídico No. ARCOTEL-DJCE-2016-0047 de 21 de marzo de 2016, remitido a la Coordinación Técnica de Control con memorando ARCOTEL-DJCE-2016-0183-M, de 22 de marzo de 2016 en lo principal, analiza en extenso los fundamentos del recurso y considera:

2.3.1. ARGUMENTO DE CONECEL:

"DELEGACIÓN –DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA"

Señora Directora, el Acto de Apertura notificado a CONECEL S.A., con fecha 16 de octubre de 2015, invoca efectivamente la delegación que indica haber recibido la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, delegación que según indican, emana de la Directora Ejecutiva, quien la hizo mediante la Resolución No. ARCOTEL-2015-00132 publicada en el R.O. 541 del 11 de julio de 2015. (...)

Es de entender señora Directora, que la pretendida procedencia de esta práctica implica un contrasentido jurídico, al ser la Directora Ejecutiva quien conozca y resuelva dos veces los mismos procedimientos, ya que si las coordinaciones zonales obrasen en virtud de "delegación" que aquella les haga, querría decir, al tenor del ya mencionado Artículo 59 del ERJAFE, que lo resuelto en dicha instancia se reputa "dictado por la autoridad delegante", y por ende, al momento de conocer la apelación, terminaría siendo la misma autoridad administrativa quien resuelva en alzada o recurso jerárquico, comprometiendo la imparcialidad de su actuación y violando la garantía sustantiva de la doble instancia.

Sobre este punto requerimos respetuosa pero enérgicamente un pronunciamiento de vuestro despacho, como máxima autoridad administrativa en materia de procedimiento administrativo sancionador en telecomunicaciones; por cuanto el expuesto razonamiento jurídico denota un claro actuar contrario a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al considerar una doble instancia que en la pretendida práctica de éste procedimiento CZ2-2015-0023, no existe."

ANÁLISIS:

En los numerales 2 y 3 del informe de sustanciación No. ARCOTEL-DJCE-2016-0047, de 21 de marzo de 2016, consta el análisis de la competencia de la ARCOTEL dentro del procedimiento administrativo sancionador y la naturaleza jurídica del recurso de apelación, por lo que, siendo dicho informe, parte de la motivación de esta resolución, no es necesario realizar un nuevo análisis al respecto, sin embargo de lo cual, se debe precisar que la potestad sancionadora atribuida a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se ejecuta a través de los organismos desconcentrados y de la Dirección Ejecutiva, según corresponda.

En efecto, los organismos desconcentrados de la ARCOTEL, con sujeción a los artículos 125, 126 y siguientes de la LOT y artículo 81 del Reglamento General a la LOT, son los competentes para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador; en tanto que, conforme lo disponen los artículos 134 de la LOT y 85 de su Reglamento General, la competencia para conocer y resolver los recurso de apelación que se presente respecto de las resoluciones sancionadoras que emitan los organismos desconcentrados, es la Dirección Ejecutiva.

La LOT, dispone en forma expresa las competencias que le corresponden ejecutar a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro de las cuales, en el artículo 144 No. 18, consta la de: *"Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones y sanciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en la Ley."* La apertura y sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, le corresponde al Organismo Desconcentrado y la competencia para conocer el recurso de apelación, a la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL.

En ejercicio de sus competencias, el Directorio de la ARCOTEL, emitió la Resolución 001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo de 2015, por la que aprueba la estructura temporal de la ARCOTEL y autoriza a la Dirección Ejecutiva, defina el ámbito de competencias y atribuciones y

realice todas las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las coordinaciones nacionales técnicas y generales, así como a las Direcciones y Unidades, según corresponda.

De la resolución indicada, se establecen las amplias atribuciones conferidas por el Directorio a la Directora Ejecutiva, a fin de que defina el ámbito de atribuciones y competencias y es eso lo que hizo al emitir la Resolución ARCOTEL-2015-00132 de 16 de junio de 2015, publicada en el Registro Oficial 541 de 11 de julio de 2015, señalando que la "Coordinación Zonal 2", tiene jurisdicción en Pichincha, Quito, Carchi, Imbabura, Sucumbíos, Francisco de Orellana y Esmeraldas.

En cuanto a los procedimientos administrativos sancionadores, la Resolución ARCOTEL-2015-00132 de 16 de junio de 2015, no realiza delegación a la Coordinación Zonal, por el contrario, lo único que hace es remitirse a la Ley y señalar que le corresponde sustanciar los procedimientos administrativos sancionadores; de manera que, lo único que para el caso realiza, es precisar que en la estructura temporal, el organismo desconcentrado es la Coordinación Zonal 2, para la jurisdicción asignada.

Por lo indicado, el Organismo Desconcentrado, denominado Coordinación Zonal 2, ha actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador, en ejercicio de las facultades concedidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás disposiciones del ordenamiento jurídico vigente; no encontrando razón ni fundamento en las alegaciones de CONECEL sobre delegación y desconcentración.

2.3.2. ARGUMENTO DE CONECEL:

"PODER DE LA SEÑORA ROSA VIRGINIA NAKAGAWA MORALES"

En el Acto Impugnado, la CZ2 indica que la señora Rosa Virginia Nakagawa Morales no se encuentra debidamente legitimada, por cuanto en el poder de fecha 30 de julio de 2013, que fue adjunto, establece que la apoderada tiene facultades para comparecer a nombre de la mandante ante instituciones ya desaparecidas (Sic) con la actual Ley Orgánica de Telecomunicaciones y reemplazadas por la ARCOTEL, de forma complementaria requiere que tal poder sea actualizado.

Al respecto indicamos que conforme la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la ARCOTEL entre otros aspectos, asume las atribuciones de las desaparecidas instituciones CONATEL, SENATEL y SUPERTEL, por lo cual es un error aseverar que el poder otorgado a la señora Virginia Nakagawa Morales no es válido y deba actualizarse. Si su premisa fuera acertada, todo reglamento, resolución, normativa secundaria, título habilitantes, instrumento público y privado vigente a la presente fecha, en los que conste cualquiera de las tres instituciones antes indicadas, debería ser considerada como inválida y en consecuencia ser modificado."

ANÁLISIS:

Revisado el expediente, encontramos que la señora Rosa Virginia Nakagawa Morales, comparece al presente procedimiento administrativo sancionador, en calidad de apoderada especial de CONECEL, calidad que justifica con el poder especial otorgado el 30 de julio de 2013, ante el Notario 38 del cantón Guayaquil, no siendo pertinente el análisis de la Coordinación Zonal 2, en la Resolución impugnada, en el sentido de que dicho poder debe ser actualizado, en virtud de que en el mismo se menciona a las entidades: CONATEL, SENATEL y SUPERTEL, suprimidas por la LOT; y que actualmente es la ARCOTEL la entidad que asumió las competencias de administración, regulación y control. Es evidente que la LOT, en su disposición final primera suprimió a dichas entidades y ordenó que todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos, convenios e instrumentos nacionales e internacionales, pasan a la ARCOTEL; por tanto, dentro de dichos contratos, consta el de concesión para la prestación de servicios de audio y video por suscripción otorgado a favor de CONECEL.

Por otro lado, de considerarse insuficiente el poder especial presentado, la Coordinación Zonal 2, pudo haber aplicado el numeral 4 del artículo 108 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que dispone:

"...4. La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo mayor cuando las circunstancias del caso así lo requieran y lo determine expresamente la administración".

En este sentido, es procedente el argumento de la recurrente.

2.3.3. ARGUMENTO DE CONECEL:

"DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO"

"...Señora Directora, ¿Cómo conocer la razonabilidad del Acto Impugnado, si en el mismo no se llega a determinar fehacientemente la infracción en la que CONECEL ha incurrido?. Le recordamos a su Despacho, que la infracción imputada es por el cobro de servicios no contratados no prestados; respecto a la segunda (no prestación del servicio) esta ha sido descartada por la misma Autoridad, tal como lo indica en la página 22 del Acto Impugnado, haciendo referencia a las conclusiones "Informe Técnico a la Contestación dada por CONECEL S.A.", que textualmente indica:

"Existe una evidencia documental en la contestación remitida por CONECEL S.A. respecto a que el servicio denominado Asistencia Técnica si fue utilizado al menos una vez por parte del señor Rodríguez dentro del período en que el contrato ha permanecido vigente, desvirtuándose el hecho de que el servicio no fue prestado" (lo resaltado nos pertenece)".

Respecto a la no contratación, la Coordinación Zonal 2 no ha logrado tachar o desvirtuar la documentación presentada por CONECEL, en el que consta la aceptación expresa de la contratación del servicio manifestada en la suscripción del contrato de prestación de servicios profesionales de DTH y sus Anexos, tal como se lo indicará en el apartado siguiente a través de la refutación de las vagas e imprecisas afirmaciones realizadas por la Autoridad; con lo cual el Acto Administrativo de Sanción carece de motivación, al haber desvirtuado documentalmente CONECEL tanto la contratación del servicio como la prestación del mismo. (...).

ANÁLISIS:

La Constitución de la República en el artículo 76, numeral 7, letra I, dentro de las garantías del debido proceso, establece:

"I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

La disposición constitucional, es también recogida en igual sentido y alcance en el ERJAFE:

"Art. 122.- Motivación.

1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad



absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.”

De su parte, el Instructivo de Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL, dispone:

“Art. 30.- La resolución deberá identificarse como tal, debiéndose especificar la Coordinación Zonal a la que responde el Organismo Desconcentrado que la emite, la numeración y la fecha en orden cronológico; se emitirá dentro del término de veinte (20) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de las pruebas, contado desde el día hábil siguiente desde la notificación de la providencia correspondiente.

Las resoluciones constituyen actos administrativos, por lo que deberán estar debidamente motivadas en derecho, de conformidad con las garantías básicas del debido proceso; deberán contar con un informe jurídico y, cuando se requiera, de un informe técnico previo.

Toda resolución será motivada, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que condujeron a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación.

La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución de conformidad al inciso segundo del artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”

Por lo que, constituye una obligación constitucional y legal motivar los actos administrativos, lo cual además es un requisito esencial, que debe permitir al administrado contar en materia de juzgamientos administrativos, con el debido conocimiento de la infracción que se le imputa, a fin de que puede ejecutar su derecho a la defensa en debida y legal forma.

Si bien se observa en el acto recurrido, la identificación del tipo de título habilitante, el fundamento de hecho y de las consideraciones y fundamentos jurídicos, el procedimiento adoptado, la identificación de la infracción y la sanción, el análisis de fondo, tanto técnico como jurídico, en donde se revisan las alegaciones y pruebas de la recurrente; en la parte resolutive, en el artículo primero, se acogen los informes técnico y jurídico, con lo cual se aplica lo que se conoce en doctrina administrativa como motivación *“in aliunde”*, a través de la cual al remitirse a los informes presentados dentro del procedimiento administrativo sancionador, el contenido de dichos informes pasan a formar parte de la resolución como motivación.

En este contexto se observa que en la resolución recurrida si se enuncian las normas o principios jurídicos en la que se funda y se explica su pertinencia con los hechos, según el criterio del organismo desconcentrado; motivado por los informes emitidos dentro del procedimiento en los que se describen las circunstancias materiales o fácticas que antecedente y justifican la emisión de la resolución a través de la invocación de normas vigentes e individualizadas.

No obstante lo indicado, se considera que el análisis en el que se sustenta la resolución impugnada, debió valorar adecuadamente la prueba de descargo presentada por el presunto infractor; así, determinar que de la denuncia presentada por el suscriptor señor Christian Rodríguez, se acusa a CONECEL (CLARO TV), de:

- *“Tengo dos contratos de TV paga desde junio de 2013. Y en ellos cobro indebido de 2 dólares por contrato y por mes por concepto de asistencia técnica. Rubro no detallado en contrato y mucho menos en el acuerdo telefónico realizado para los dos contratos...”*

Y en función de lo imputado al Operador, determinar en el acto de apertura, conforme al artículo 126 de la LOT:

- Hechos que presuntamente constituyen la infracción.
- Disposiciones presuntamente vulneradas.
- Posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse la existencia de la infracción.

Efectivamente en el Acto de Apertura se determina que el motivo del reclamo del suscriptor es porque se realizan cobros en las planillas que emite CONECEL, por 2 dólares por contrato y por mes, bajo la figura de asistencia técnica; como posible infracción lo dispuesto en el artículo 118, letra b), No. 5 "...Cobrar por servicios no contratados o no prestados".

Una vez presentada la contestación, descargos y pruebas por CONECEL, se evidencia que:

- Consta agregado en las páginas 5 a la 9 del expediente, el contrato de prestación del servicio, destacándose que en el contrato, en la Cláusula Segunda se estipula: **ANEXO/S: Es/son el/los documentos que se acompaña/n a este instrumento, en el/los que se establece/n entre otros, los datos generales de EL CLIENTE; forma de pago, descripción del servicio o plan a contratar por parte de EL CLIENTE.** En lo referido al servicio supuestamente no contratado ni prestado, consta en el Anexo del Contrato, el servicio de Asistencia Técnica, por el valor mensual de 1 (UN) dólar. (Los contratos y los anexos, también han sido remitidos, con el recurso de apelación.)
- Consta de la foja 38 del expediente, el documento notariado que justifica la prestación del servicio de reubicación de antena, lo cual está dentro del servicio de Asistencia Técnica, el que además según la operadora comprende: traslado, problema técnico, reposiciones en casos de robo o hurto de equipos.

De manera que, si la presunta infracción es por cobrar por servicios no contratados o prestados, el Operador habría desvirtuado tal aseveración del denunciante, a través de prueba documental; así también se ha desvirtuado la supuesta vulneración de los derechos de los abonados, clientes/usuarios o el incumplimiento del Operador a las regulaciones tarifarias, ya que dichas regulaciones tarifarias no han sido identificadas en forma expresa dentro del expediente. Por el contrario, constan del expediente, los contratos y anexos, órdenes de instalación y servicio de asistencia técnica, debidamente suscritos por las partes; de ahí que, el servicio ha sido contratado y prestado.

2.3.4 ARGUMENTO DE CONECEL:

"DE LA CONTRATACIÓN EFECTIVA DEL SERVICIO

El Ingeniero Miguel Játiva en el Acto Impugnado, realiza una serie de afirmaciones que no desvirtúan la contratación efectiva de la Asistencia Técnica y que para su mejor entendimiento procedemos a citarlas:

*"Queda claro que no se debe cobrar por uno o varios productos de acuerdo a los títulos habilitantes y a los **servicios expresamente contratados**, lo que significa (expresamente) que deben constar por escrito, no ser tácitos y mucho menos obedecer a acontecimientos futuros e inciertos, no debe contener productos o servicios no contratados" (lo subrayado nos pertenece)*

*"(...) se está cobrando valores que no corresponden a las regulaciones y planes tarifarios por servicios expresamente contratados, **ya que no ha demostrado por parte de la empresa a pesar de manifestarlo, que los clientes han consentido un pago de asistencia técnica.** (lo subrayado nos pertenece)*

*"Esto significa que puede darse cualquiera de las dos situaciones o las dos al mismo tiempo, **pero si no se ha demostrado por parte de la concesionaria tener un contrato***

de aceptación de cobros, constituye una infracción administrativa por haber ejecutado de manera material o haber realizado cobros por servicios no contratados". (lo subrayado nos pertenece)".

(...) tal como consta en el expediente físico, CONECEL presentó copias certificadas del "Contrato para la Prestación del Servicio de Televisión Satelital entre CONECEL y El Cliente" con sus Anexos debidamente suscritos por el señor Christian Rodríguez y que para el conocimiento adjuntamos una copia simple (Anexo 2).

ANÁLISIS:

Como se indicó en el numeral anterior, consta agregado en las páginas 5 a la 9 del expediente, el contrato de prestación del servicio, destacándose que en el contrato, en la Cláusula Segunda se estipula: **ANEXO/S:** *Es/son el/los documentos que se acompaña/n a este instrumento, en el/los que se establece/n entre otros, los datos generales de EL CLIENTE; forma de pago, descripción del servicio o plan a contratar por parte de EL CLIENTE.*" En lo referido al servicio supuestamente no contratado ni prestado, consta en el Anexo del Contrato, el servicio de Asistencia Técnica, por el valor mensual de 1 (UN) dólar.

Por lo indicado, se estima procedente el argumento de la recurrente, sobre la contratación del servicio.

2.3.5. ARGUMENTO DE CONECEL:

"LA ASISTENCIA TÉCNICA COMO UNA OBLIGACIÓN SUSPENSIVA

Como ya se indicó en la respuesta al Acto de Apertura, la naturaleza del servicio de "Asistencia Técnica" obedece a hechos futuros, inciertos que pueden o no acaecer, pero de ocurrirlos el cliente puede hacer uso de los mismos, debiendo CONECEL prestarlos de forma efectiva. Este tipo de obligación entre las partes son las denominadas en el campo civil como condicionales, cuya definición la encontramos en el artículo 1489 del Código Civil..."

"...La "Asistencia Técnica" comprende una variedad de servicios, los cuales deberán ser prestados una vez que el hecho futuro e incierto (robo, hurto, cambio de domicilio del cliente, daño del control remoto) ocurra, configurándose una obligación condicional entre CONECEL y el usuario, por consiguiente la prestación de la Asistencia Técnica queda suspendida al acontecimiento de los eventos futuros que la componen, y que son explicados al cliente al momento de contratar su servicio."

"...De los párrafos citados se desprende que la Coordinación Zonal 2, --sin ningún tipo de fundamento legal, jurisprudencial o doctrinario-- establece que una obligación condicional es considerada como válida siempre y cuando se la manifieste de forma escrita, rompiendo así un precepto legal y doctrinario que indica que las obligaciones pueden celebrarse de forma escrita o verbal"

ANÁLISIS:

De la revisión del expediente administrativo encontramos que no existe ni en el contrato ni en los anexos, un detalle expreso de los servicios que forman parte del servicio denominado "Asistencia Técnica", ni de la forma de prestación del mismo; no obstante lo cual, si se incluye al mismo dentro de la contratación y se determina un valor mensual a pagar, lo cual demuestra la aceptación del suscriptor y la conformidad, cuando con posterioridad hace uso del mismo, según consta del documento notariado que se agrega al expediente en la página 38 de expediente. En caso de que CONECEL no hubiere demostrado que el servicio no se encuentra contratado, si hubiera cometido la infracción establecida en el artículo 118, letra b, numeral 5 de la LOT.

Se debe tener en cuenta que el presente procedimiento administrativo sancionador, versa sobre servicios no contratados o prestados, por lo que, en este caso en particular, no se precisa realizar un análisis sobre las obligaciones condiciones suspensivas.

III. RESOLUCIÓN:

Por el análisis que precede y en ejercicio de sus atribuciones legales, la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger en todas sus partes el contenido del Informe Jurídico No. ARCOTEL-DJCE-2016-000047 de 21 de marzo de 2016, remitido a la Coordinación Técnica de Control con Memorando No. ARCOTEL-DJCE-2016-0183-M de 22 de marzo de 2016.

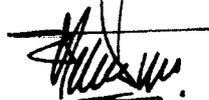
Artículo 2.- ACEPTAR parcialmente el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. – CONECEL, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2015-0039 de 31 de diciembre de 2015; por haber sido dictada con evidente error de derecho, al no considerar los alegatos, descargos y pruebas presentadas por CONECEL dentro del procedimiento administrativo sancionador, y en especial, los contratos de prestación de servicios de televisión pagada satelital y sus anexos, así como la orden de servicio que consta de fojas 38 del expediente, con lo cual se demuestra que el servicio fue contratado y prestado.

Artículo 3.- REVOCAR y en consecuencia, dejar sin efecto la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2015-0039 de 31 de diciembre de 2015, disponiendo el archivo del procedimiento administrativo sancionador.

Artículo 4.- DECLARAR que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en consecuencia el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. – CONECEL, tiene derecho a impugnar esta Resolución en la vía judicial.

Artículo 5.- DISPONER que la Dirección de Documentación y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a CONECEL en la Av. Amazonas 6017 y Río Coca – Edificio ETECO, Piso 3 de esta ciudad de Quito; así también a los correos electrónicos: tmaldonado@claro.com.ec, pfalconc@claro.com.ec, amachucm@claro.com.ec, y iguerrap@claro.com.ec; a la Coordinación Técnica de Regulación; a las Direcciones: Financiera Administrativa, Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; y, a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL.

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 29 MAR 2016



Ing. Fred Andrey Yáñez Ulloa
POR DELEGACIÓN DE LA DIRECTORA EJECUTIVA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL

ELABORADO POR:	APROBADO POR:
Dr. Gustavo Quijano Peñafiel SUBDIRECTOR JURÍDICO DE CONTROL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN	Dr. Aída Vasconez Villalba DIRECTORA JURÍDICA DE CONTROL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN