Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-2016- 0719

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES -ARCOTEL- DECLARA LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 DE 15 DE JUNIO DE 2016.

CONSIDERANDO

I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1.- TÍTULO HABILITANTE - ADMINISTRADO

COMPAÑÍA TEVECABLE S.A.

El 3 de febrero de 2015, se suscribió el Permiso para la Instalación, Operación y Explotación de un Sistema de Audio y Video por Suscripción, modalidad Cable Físico, denominado "TEVECABLE S.A." entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones debidamente autorizado por la Autoridad de Telecomunicaciones (Consejo Nacional de Telecomunicaciones) y la Compañía TEVECABLE S.A., para servir a la ciudad de Quito con extensión de red hacia las ciudades de Sangolquí, Riobamba, Tulcán, Ambato e Ibarra, así como a las parroquias Alangasí, Guangopolo, La Merced, Llano Chico, Nayón, Conocoto, Calderón, Zámbiza, Tumbaco, Cumbaya, Pintag, Pomasqui y San Antonio del cantón Quito, y, San Bartolomé de Pinllo del cantón Ambato, provincias de Pichincha, Chimborazo, Carchi, Tungurahua e Imbabura respectivamente, con una duración de quince (15) años contados a partir del 3 de febrero de 2015.

COMPAÑÍA SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.

A través de la Resolución Nro. **ARCOTEL-2016-0239 de 09 de marzo de 2016**, el Coordinador Técnico de Regulación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió:

*"**Artículo 1.** Otorgar a favor de la compañía Servicios de Telecomunicaciones SETEL S.A., por el plazo de quince años (15), el título habilitante de permiso para la prestación de SERVICIOS DE AUDIO Y VIDEO POR SUSCRIPCIÓN, en régimen jurídico actualizado y de conformidad con el siguiente contenido, términos, condiciones y plazos.*

***Artículo 2.**- La instalación, operación y explotación del servicio de audio y video por suscripción, deberá realizarse de conformidad con el presente título habilitante, la Ley Orgánica de Comunicación, su Reglamento General, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General de aplicación, reglamentos y resoluciones que emita la ARCOTEL. (...)*

***DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA**.- Con la suscripción e inscripción en el Registro Nacional de Títulos Habilitantes del presente Título Habilitante, **se da por terminado el contrato de concesión suscrito** el 01 de noviembre de 2001, mediante el cual el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, a través de la ex Superintendencia de Telecomunicaciones, autorizó a favor de la compañía EMPRESA DE TELEVISION SATELCOM S.A., la instalación, operación y explotación del sistema de audio y video por suscripción bajo la modalidad de cable físico denominado "SATELCOM", **y el Título Habilitante suscrito el 3 de febrero de 2015, mediante el cual el ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, autorizó a favor de la compañía TEVECABLE S.A., la instalación, operación y explotación del sistema digital de audio y video por suscripción bajo la modalidad de cable físico denominado "TEVECABLE S.A."**, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 112 de la Ley Orgánica de Comunicación y la Disposición General Primera del Reglamento para Terminación de Títulos Habilitantes de Radiodifusión, Televisión Abierta y Sistemas de Audio y Video por Suscripción. (...)".*

1.2. ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 expedida el 15 de junio de 2016, por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, la cual fue notificada a la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., el 22 de junio de 2016, según se desprende del memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0736-M de 23 de junio de 2016, y que consta a fojas 88 del expediente del procedimiento administrativo sancionador.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

AUTORIDAD Y COMPETENCIA

2.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

*"**Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios**: (...) **3.** Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. **4.** Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. (...) **9.** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)".* (Negrita fuera del texto original).

*"**Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas**: "1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) **l)** 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. **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.".* (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

*"**Art 82**.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.".* (Subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 83.-** Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. (...)".*

*"**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.".* (Subrayado fuera del texto original).

***"Art. 226**.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer **efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución**.".* (Negrita fuera del texto original).

*"**Art. 261.-** El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; (...)".*

*"**Art. 313.-** El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.".*

*"**Art. 314.-** El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.".*

*"**Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.".

***"Art. 426**.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. (...) Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.".* (Subrayado fuera del texto original).

2.2 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

***"Art. 22.-** Derechos de los abonados, clientes y usuarios. Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (...) 2. A escoger con libertad al prestador del servicio, el plan de servicio, así como a la modalidad de contratación y el equipo terminal en el que recibirá los servicios contratados. (...) 9. A pagar tarifas de acuerdo con las regulaciones correspondientes y los planes contratados, de ser el caso. (...) 12. A que en la contratación de servicios se respeten los derechos constitucionales, legales y reglamentarios de los abonados, clientes y usuarios, de acuerdo con las condiciones generales o de ser el caso, modelos que apruebe y publique la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...) 17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes, contra los incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable. (...) 19. A que se mantengan las condiciones de prestación de los servicios contratados; los cambios unilaterales en los contratos de prestación de servicios, se considerarán como nulos y no tendrán ningún valor. (...)".*

***"Art. 24**.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones. (...) 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...) 27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. La información también se proveerá en el idioma de relación intercultural predominante del abonado, cliente o usuario, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. 28. (...) Las obligaciones establecidas en el presente artículo son extensivas a los prestadores de audio y vídeo por suscripción, en lo que sean aplicables.".*

*"**Art. 64**.- **Reglas aplicables**.- Las tarifas y precios para todos los servicios de telecomunicaciones deberán tener en cuenta los siguientes preceptos generales: (...) 7. Las tarifas y precios corresponderán a los servicios expresamente contratados y en ningún caso incorporarán valores de prestaciones, productos o servicios no solicitados por los usuarios.".*

*"**Art. 116.- Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad**.- El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley. (...)".*

*"**Art. 117.-** Infracciones de primera clase. (...) b. Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: (...) 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.".* (Subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 118**.- Infracciones de segunda clase. (...) 4. Cobrar tarifas superiores a las pactadas con el usuario. 5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados. (...) 18. Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios, así como dejar espacios en blanco en los contratos suscritos. (...)".*

*"**Art. 121**.- **Clases**.- Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera: (...) 2. **Infracciones de primera clase**.- La multa será de entre el 0,001% al 0,03% del monto de referencia. (...)".*

*"**Art. 122**.- **Monto de referencia**. Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate. (...)".*

*"**Art. 125.- Potestad sancionadora**.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. **La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador**.*

El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor.". (Negrita y subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 126.- Apertura**.- Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador. Dicho acto deberá indicar (i) los hechos que presuntamente constituyen la infracción, (ii) la tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas, (iii) las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia, así como (iv) el plazo para formular los descargos. (...)".*

*"**Art. 129.- Resolución**. El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas. (...)".*

*"**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.".* (Negrita y subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 142.-** Créase la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes.".*

*"**Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.-** Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:. (...) 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.".* (Subrayado fuera del texto original).

2.3 ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA -ERJAFE-

"Art. 94.- Vicios que impiden la convalidación del acto.- *No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: (...) Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.".* (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

"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.".*

"Art. 129.- Nulidad de pleno derecho.

*1. Los actos de la Administración Pública **son nulos de pleno derecho** en los casos siguientes:*

a) Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; (...)". (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

"Art. 195.- *Responsabilidad:*

*1. **Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.".*** (Negrita fuera del texto original).

2.4 RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.4.1 Resolución Nro. 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: *"Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y*

Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.".

2.5 ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL Nro. 09-05-ARCOTEL-2016 Y PUBLICADO EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL Nro. 800 DE 19 DE JULIO DE 2016.

El artículo 10, numeral 1.3.2.3, y acápites II y III letra b), establecen que son atribuciones y responsabilidades del Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otras: *"(...) b) Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública. (...)".* (Subrayado fuera del texto original).

2.6 INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL Nro. 632 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2015

*"**Art. 1.-** El presente instructivo tiene por objeto normar la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, para el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida legalmente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; (...)".*

*"**Art. 3.-** El Procedimiento Administrativo Sancionador será iniciado, sustanciado y resuelto por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conformado por las Coordinaciones Zonales, quienes determinarán la existencia de una infracción y, de ser el caso, impondrán las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa aplicable.".*

En consecuencia, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, ejerce competencia para conocer y resolver el presente Recurso de Apelación, en cumplimiento de los artículos 134 y 148, número 8 de la de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, el Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, tiene la atribución y responsabilidad para sustanciar Recursos Administrativos de Apelación en observancia del artículo 10, numeral 1.3.2.3, y acápites II y III letra b), del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la ARCOTEL.

III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

- El trámite interno para la sustanciación del recurso de Apelación respecto a las resoluciones del procedimiento administrativo sancionador en la vía administrativa, se encuentra previsto en los artículos 134 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, y 85 de su Reglamento General, así como en los artículos 36, 37 y 38 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en todo aquello que no contraríe las normas legales y reglamentarias.

- El 25 de abril de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, dictó el Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-032, con sustento en el Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0251 de 31 de marzo de 2016, que contiene el resultado del análisis al requerimiento Nro. 719266 ingresado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL el 7 de enero de 2016 por el señor Daniel Hidalgo usuario del servicio de televisión por suscripción, cliente suscriptor del "PLAN BÁSICO" ofertado por la Compañía TV CABLE S.A., en relación al correo electrónico de **5 de enero de 2016** a través del cual la referida empresa manifiesta: *"(...) En caso de que no desee mantener este plan, por favor contáctese con nosotros hasta el 19 de enero a nuestro Call Center 6004000.- De no recibir su llamada para desactivar el paquete, se facturará el valor de $ 15.99 + Imp. (precio final $20.60) a partir del mes de febrero del 2016".* (Subrayado fuera del texto original).

- El 15 de junio de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL dictó la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 en la cual se determinó que: *"**La empresa SETEL S.A.,** poseedora de Título Habilitante para dar un Servicio de Audio y Video por Suscripción, con RUC 1791847652001, como continuadora en cuanto a las obligaciones técnica, legales y/o económicas de la empresa TEVECABLE S.A. es responsable de la infracción determinada en el artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: `Art. 117.- Infracciones de Primera Clase.- b. Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control* (sic) *de las Telecomunicaciones.´; esto, por no haber respetado los derechos de los abonados, clientes o usuarios de los servicios de telecomunicaciones en cuanto a respetar los contratos y tarifas."; y,* le impuso la sanción pecuniaria de USD $ 11.003,71 (ONCE MIL TRES DÓLARES, CON SETENTA Y UN CENTAVOS).

- A fojas 88 del expediente del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, consta que la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES S.A., fue notificada el 22 de junio de 2016, con el contenido de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066.

- El Ab. Guillermo Camacho Intriago, en su calidad de Procurador Judicial de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., mediante escrito ingresado en la ARCOTEL el 7 de julio de 2016 con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-011737-E, dirigido a la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, interpuso "RECURSO DE APELACIÓN" en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066.

- Mediante providencia de 10 de agosto de 2016, el Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en lo principal dispuso: *"(...) **PRIMERO**: De Conformidad con el artículo 10, numeral 2.3.1.1. II y III número 2, del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos se dispone a la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, para que en el término de (5) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación, remita una copia certificada del expediente correspondiente a la Resolución No. ARCOTEL CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016 (...)".*

- A través del memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0077-M de 11 de agosto de 2016, el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, remite a la Dirección de Impugnaciones, copia certificada del expediente relativo al procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la emisión de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016.

- Mediante providencia de 28 de septiembre de 2016, el Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, dispuso: *"**PRIMERO**: Que la compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., presente la documentación societaria que demuestre la vinculación de la compañía SETEL S.A., con las compañías TVCABLE S.A. y SATELCOM S.A., específicamente en aspectos como: socios-accionistas; capital y, administración; además de incluir una copia simple de la constitución de la compañía SETEL S.A., dentro del término de cinco (5) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de la presente providencia.- **SEGUNDO:** En virtud del requerimiento antes señalado, por ser determinante en el contenido de la resolución, al amparo de lo señalado en el artículo 115 numeral 5) literal a) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para sustanciar en diez (10) días hábiles.- **TERCERO:** Notifíquese a la compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., en el correo electrónico casillerosuio@vivancoyvivanco.com; (...)".*

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

- A fojas 113 del expediente del procedimiento administrativo impugnativo consta que la compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., a través del correo electrónico de 28 de septiembre de 2016, fue notificada en con el contenido de la providencia de 28 del mismo mes y año.

- A través del escrito recibido el 3 de octubre de 2016 a las 16:28, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-003440-E, el Dr. Clemente José Vivanco, en su calidad de Procurador Judicial de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., dio contestación a la providencia de 28 de septiembre de 2016.

- A través del Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDI-2016-0021 de 10 de octubre de 2016, la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, emitió el criterio jurídico respectivo.

IV ANÁLISIS DE FONDO

4.1 RESOLUCIÓN APELADA

El Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, luego de la sustanciación del respectivo procedimiento administrativo sancionador, en ejercicio de sus atribuciones y dentro de la esfera de su jurisdicción y competencia, dictó la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 el 15 de junio de 2016, en la que se resolvió lo siguiente:

"(...) ***Artículo 2.- DETERMINAR*** *que la empresa SETEL S.A. poseedora de Título Habilitante para dar un Servicio de Audio y Video por Suscripción, con RUC 1791847652001, como continuadora en cuanto a las obligaciones técnica, legales y/o económicas de la empresa TEVECABLE S.A. es responsable de la infracción determinada en el artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: "Art. 117.- Infracciones de Primera Clase.- b. Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control* (sic) *de las Telecomunicaciones."; esto, por no haber respetado los derechos de los abonados, clientes o usuarios de los servicios de telecomunicaciones en cuanto a respetar los contratos y tarifas.*

Artículo 3.- IMPONER *a la empresa SETEL S.A. empresa que tiene Título Habilitante para dar un servicio de Audio y Video por Suscripción, con RUC 1791847652001, como continuadora en cuanto a las obligaciones técnica, legales y/o económicas de la empresa TEVECABLE S.A., de conformidad con el artículo 117 de la LOT, la sanción económica prevista en el artículo 121, como de primera clase de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, equivalente a ONCE MIL TRES DÓLARES, CON SETENTA Y UN CENTAVOS (USD $ 11.003,71), (...)*

Artículo 4.- DISPONER *que la empresa SETEL S.A. empresa que tiene el Título Habilitante para dar un servicio de Audio y Video por Suscripción, con RUC 1791847652001, como continuadora en cuanto a las obligaciones técnica, legales y/o económicas de la empresa TEVECABLE S.A., observe las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General; y conforme lo prevé el último inciso innumerado del artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, proceda en el plazo máximo de sesenta días contados a partir del día hábil siguiente al que reciba la presente resolución, a devolver los valores indebidamente cobrados a los usuarios del Sistema de Audio y Video por Suscripción, que expresamente no hayan aprobado el incremento de la tarifa, debido al cambio de condiciones del servicio, materia del presente procedimiento administrativo sancionador; la documentación relacionada con la devolución deberá estar documentada, respaldada, y entregada a esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...)".* (Subrayado fuera del texto original).

4.2 ARGUMENTOS DE LA PETICIONARIA

La Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066, mediante escrito ingresado el 7 de julio de 2016 en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-0011737-E, argumentando en lo principal, lo siguiente:

"(...) ***FUNDAMENTOS DE HECHO.-*** *SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A. está autorizada a operar un sistema de audio y video modalidad cable físico, mediante permiso suscrito el 15 de Marzo de 2016, e inscrito en el Registro Público de Telecomunicaciones y Registro Nacional de Títulos Habilitantes, Tomo RTV1, Foja 1321 en la misma fecha.*

Mediante el Acto de Apertura del Proceso Sancionador ARCOTEL No. CZ2-2016-0032, emitido el 25 de Abril de 2016 y notificado el 26 de Abril del año en curso, se inicia el proceso en contra de SETEL S.A. por un acto cometido por una persona jurídica diferente y en un tiempo en el que SETEL S.A. ni siquiera era permisionario del sistema de audio y video por suscripción. Cabe indicar que se argumenta que existe una modificación del título habilitante a favor de SETEL S.A., en relación con anteriores autorizaciones dadas a SATELCOM S.A. y TEVECABLE S.A. (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO - PRESUPUESTOS DE HECHO*:*

El artículo 65 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) señala que el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

La doctrina señala o clasifica con diversas denominaciones a los elementos del acto administrativo para que este sea perfecto o válido. Entre los elementos objetivos del acto, encontramos los presupuestos de hecho que son los supuestos fácticos previstos en la ley y en base de los cuales la administración puede dictar un acto. Cuando un acto administrativo carece de los elementos que perfeccionan su validez, dicho acto nace con vicios, y la consecuencia es la nulidad. En el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en los artículos 94 y 129, se señalan las causas para que un acto administrativo sea nulo de pleno derecho. Analizando el caso concreto que nos corresponde, se inicia un proceso de juzgamiento en contra de la compañía ***SERVICIOS DE TELECOMUNCIACIONES SETEL S.A*** *por un hecho o conducta cometido por una persona totalmente diferente como es la compañía* ***TEVECABLE S.A.****, que tiene su propia personalidad jurídica para asumir las consecuencias y obligaciones producto de su comportamiento. Cabe señalar que el Código Civil, en el artículo 564, señala que la persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.*

El acto de apertura del proceso administrativo sancionador, se fundamenta en el Memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0379-M de 1 de Abril de 2016, en el cual se indica que con Informe Técnico de 31 de Marzo de 2016, se da a conocer que la empresa ***TEVECABLE*** *ha considerado nuevas condiciones para los clientes del plan básico, sin que hayan sido aceptadas expresamente por los clientes. Se menciona que la investigación inició en virtud de una denuncia presentada por el señor Daniel Hidalgo, el 5 de Enero de 2016.*

Según los antecedentes expuestos en el acto de apertura del proceso administrativo sancionador, se señala expresamente que `Se debe contar con esta empresa dentro del presente procedimiento por cuanto existe una modificación del título habilitante a favor de SETEL S.A., en relación con anteriores autorizaciones dadas a favor de SATELCOM S.A. y TEVECABLE S.A., las mismas que han devuelto los sistemas concesionados´. Al respecto es necesario aclarar que SETEL S.A. es una persona jurídica totalmente diferente a TEVECABLE S.A. y además es un nuevo permisionario y su contrato o permiso no es un contrato modificatorio, es uno totalmente nuevo. No obstante, de cualquier interpretación, el proceso administrativo sancionador se lo debió seguir en contra de la persona jurídica que cometió el supuesto ilícito. Como en este caso se está procediendo en contra expresas disposiciones legales y constitucionales procede la nulidad del acto administrativo. (...)

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Nos corresponde analizar cuál es el presupuesto fáctico que no se adecúa al artículo 22 numerales 12, 17 y 19, y al artículo 24 numeral 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que a su vez sirven de sustento para iniciar el proceso administrativo sancionador en base al artículo 117 de la misma Ley.

El artículo 22 se refiere a los derechos de los usuarios, que en síntesis consagra el derecho a que en la contratación se respeten los derechos constitucionales, legales y reglamentarios; que se proporcione información adecuada y oportuna por parte de los órganos competentes, y que se mantengan las condiciones de prestación de los servicios contratados. Por su parte el artículo 24 señala que la obligación de los prestadores de los servicios de telecomunicaciones es respetar los derechos de los usuarios establecidos en la Ley y el ordenamiento jurídico.

Las normas citadas establecen, por una parte los derechos de los usuarios, es decir, para aquellas personas que han contratado un servicio de telecomunicaciones, y por otra parte una obligación para los prestadores de un servicio de telecomunicaciones. En este caso en particular, se refieren a los usuarios que contrataron con la compañía TEVECABLE S.A.. Además, el hecho o la conducta que generó el inicio del proceso administrativo sancionador corresponde a una denuncia realizada el 5 de Enero de 2016 y por una promoción realizada por la compañía TEVECABLE S.A. en el mes de Enero de 2016, fecha en la cual la compañía SETEL S.A., ni siquiera era permisionario, pues su permiso está vigente desde el 15 de Marzo de 2016.

Por su parte el artículo 117, literal b) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala que las infracciones de primera clase son aplicables a poseedores de títulos habilitantes.

En conclusión, los artículos citados establecen como presupuestos de hecho, la existencia de usuarios, derechos vulnerados y la existencia de un poseedor de un título habilitante, en este caso concreto son: TEVECABLE S.A., los usuarios que contrataron con dicha compañía y sus derechos presuntamente irrespetados, pues al momento del cometimiento de la presunta infracción TEVECABLE S.A. era el poseedor de un título habilitante.

Según lo indicado, SETEL S.A. no era poseedor de un título habilitante ni tampoco fue la persona jurídica que efectuó una conducta que posiblemente afecte los derechos de las personas usuarias, por tanto los presupuestos fácticos o de hecho no se enmarcan en la norma. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 94 del ERJAFE antes referido, el acto de apertura del proceso administrativo sancionador es nulo de pleno derecho. (...)

Según lo señalado, la resolución ARCOTEL-CZ2-2016-0066 violaría los siguientes derechos consagrados en la Constitución:
- El debido proceso, establecido en el artículo 76, señala que ninguna persona puede ser juzgada por acciones que no estén tipificadas al momento de cometerse. En este caso SETEL S.A., no realizó ninguna conducta que esté tipificada como infracción: (...)

En concordancia con el derecho al debido proceso, también se está irrespetando el derecho a la seguridad jurídica, establecido en el artículo 82 (...)

***V PETITORIO**.- Por todos los fundamentos de hecho y de derecho legalmente expuestos, solicito respetuosamente que la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante Resolución, proceda a declarar nula la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 debido a que presenta evidentes errores de derecho, pues el hecho o conducta que presuntamente ha ocasionado daños a los usuarios fue cometido por una persona jurídica distinta diferente, esto es la compañía TEVECABLE S.A.. Además, el hecho o conducta por el cual se inició se sancionó a mi Mandante no constituyen irrespeto alguno a los derechos de los usuarios consagrados en la Constitución y las Leyes. Al contrario, se ejerció el derecho a gestionar la venta de sus servicios por cualquier medio como le dispone la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el artículo 25 numeral 6. (...)".*

4.3 MOTIVACION

4.3.1. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La Dirección de Impugnaciones de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, mediante Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDI-2016-0021 de 10 de octubre de 2016, considerando el contenido de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066; lo manifestado por la permisionaria en su escrito de impugnación; las piezas del expediente, emitió el criterio jurídico, del cual se transcribe lo siguiente:

"El procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la Resolución impugnada, fue sustanciado de conformidad con el trámite previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

TÉRMINO PARA PRESENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

El abogado Guillermo Camacho Intriago, en su calidad de Procurador Judicial de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., (según consta del poder especial elevado a Escritura Pública el 17 de enero de 2013, ante la Notaría Décima del Canto Quito, cuya copia anexa), mediante escrito ingresado el 7 de julio de 2016 a las 15:48, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-011737-E, ***APELA*** *a la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016, la cual fue notificada[1] el 22 de junio de 2016, según desprende del memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0736-M de 23 de junio de 2016, que consta a fojas 88 del expediente del procedimiento administrativo sancionador* ***dentro del término de quince (15) días*** *previsto en el inciso primero del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

- ***TÍTULO HABILITANTE***

El ***3 de febrero de 2015****, se suscribió el Permiso para la instalación, operación y explotación de un Sistema de Audio y Video por Suscripción, modalidad Cable Físico, denominado "TEVECABLE S.A." entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía TEVECABLE S.A., para servir a la ciudad de Quito con extensión de red hacia otras ciudades del país,* ***permiso que terminó el 9 de marzo de 2016****, tal como se desprende de la Disposición Transitoria Única del Título Habilitante de Permiso para la prestación de servicios de audio y video por suscripción otorgado a favor de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., el 9 de marzo de 2016, por el Coordinador Técnico de Regulación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, mediante Resolución Nro. ARCOTEL-2016-0239.*

- ***ANTECEDENTE FACTICO, ACTO DE APERTURA Y RESOLUCIÓN***

Es pertinente mencionar que el hecho reportado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL en el Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0251 de 31 de marzo de 2015, que sustentó el inicio del procedimiento administrativo sancionador, contiene el resultado del análisis al requerimiento Nro. 719266 ingresado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL el 7 de enero de 2016 por el señor Daniel Hidalgo usuario del servicio de televisión por suscripción, cliente suscriptor del "PLAN BÁSICO" ofertado por la Compañía ***TV CABLE S.A.****, con el objeto de verificar el cumplimiento de los artículos 22 números 2, 9 y 19 y 63 número 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en armonía con el artículo 63 número 7 ibídem, respecto de la información remitida al usuario por la citada permisionaria mediante* ***correo electrónico de 5 de enero de 2016****, en dicho correo se señaló lo siguiente: "Estimado suscriptor: Grupo TV Cable® tiene el agrado de invitarlo a disfrutar la programación del*

[1] Art. 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-: *"(...)* ***Art. 66****.- VIGENCIA.-* ***Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia*** *con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.".* (Negrita y subrayado fuera del texto original).

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

PLAN BÁSICO.- Durante el mes de enero usted contará con este nuevo plan de 147 canales sin costo adicional por 1 mes. Es decir recibirá 37 CANALES MÁS para vivir al máximo las películas, series y programación estelar junto a toda su familia (...) Disfrute de este beneficio exclusivo para clientes de Grupo TV Cable®.- Desde del (sic) mes de febrero, la tarifa mensual del PLAN BÁSICO será de $15.99+Imp. (precio final $20.60), solo $2.19 + imp. más de lo que venía pagando por su PLAN FAMILIAR actual.- En caso de que no desee mantener este plan, por favor contáctese con nosotros hasta el 19 de enero da nuestro Call Center 6004000.- De no recibir su llamada para desactivar el paquete se, facturará el valor de $ 15.99 + Imp. (precio final $20.60) a partir del mes de febrero de 2016.". (Negrita y subrayado fuera del texto original).

De lo expresado se colige que el antecedente fáctico acaeció ***el 5 de enero de 2016*** *con el envío del correo electrónico al usuario señor Daniel Hidalgo, fecha en la cual la Compañía TEVECABLE S.A., disponía del permiso para operar el sistema de audio y video por suscripción bajo la modalidad de cable físico.*

En el Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0251, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL concluyó y recomendó lo siguiente: "(...) El correo electrónico emitido por ***"GRUPO TEVECABLE®"*** *a sus clientes (F. No. 1, con relación a la modificación del denominado "PLAN BÁSICO", contiene el siguiente mensaje: "En caso de que no desee mantener este plan, por favor contáctese con nosotros hasta el 19 de enero da nuestro Call Center 6004000. De no recibir su llamada para desactivar el paquete se efectuará el valor de $ 15.99 + Imp. (precio final $20.60) a partir del mes de febrero de 2016".- Éste conlleva a que* ***TEVECABLE S.A,*** *(Ahora SETEL S.A.) dé por reconocidas nuevas condiciones para los clientes del "PLAN BÁSICO" al momento en que ellos no comunicaron su negativa o descuerdo. Esta situación a su vez, como se explica en el numeral 3.2. del presente informe, abre la posibilidad de que exista desconocimiento por parte de los clientes respecto a la modificación al Plan y sin embargo se les estaría cargando a su factura el costo del PLAN BÁSICO modificado, sin solicitud o consentimiento expreso. (...)".* (Negrita fuera del texto original).

Por otra parte, mediante Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-032 de 25 de abril de 2016, se informó a la Compañía ***SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.****, del inicio del procedimiento administrativo sancionador, por considerar que: "****4.- ANÁLISIS JURÍDICO*** *(...) - La existencia de competencia de esta Coordinación Zonal para conocer e iniciar el presente procedimiento administrativo. - El posible cometimiento de una infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como de primera clase por no respetar los derechos de los clientes, abonados o usuarios del servicio, así como las obligaciones de la empresa prestadora del servicio. - La posible sanción aplicable en caso de comprobarse la infracción determinada dentro del presente procedimiento administrativo. El procedimiento a seguir en la tramitación de esta causa y que es el determinado en la Ley.- El objetivo fundamental de este acto de apertura es verificar que la permisionaria SETEL S.A., no esté de manera unilateral estableciendo nuevas condiciones y tarifas de aquellas determinadas en los contratos de adhesión y los contratos negociados con los clientes, abonados o usuarios, sin que haya dado una respuesta expresa y afirmativa. (...)".* (Subrayado fuera del texto original).

De la revisión al contendido del Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0251 y del Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-032 se constata claramente que el eventual responsable de la presunta infracción (TEVECABLE S.A.) no es el inicialmente imputado, sino la Permisionaria SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.

Como consta en la Resolución impugnada Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016, concluido el procedimiento administrativo sancionador se determinó que la Permisionaria ***SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.,*** *incurrió en la infracción de primera clase tipificada en el artículo 117, letra b), numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sancionada conforme lo previsto en los artículos 121, inciso primero y número uno; y, 122 inciso primero del mismo cuerpo legal.*

- ***INICIO DEL PROCEDIMIENTO EN CONTRA DE UN TERCERO (ERROR DE IMPUTACIÓN)***

En el oficio recibido en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-0011737-E se exponen argumentos, con énfasis en lo siguiente:

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

"(...) El artículo 65 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) señala que el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.- La doctrina señala o clasifica con diversas denominaciones a los elementos del acto administrativo para que este sea perfecto o válido. Entre los elementos objetivos del acto, encontramos los presupuestos de hecho que son los supuestos fácticos previstos en la ley y en base de los cuales la administración puede dictar un acto. Cuando un acto administrativo carece de los elementos que perfeccionan su validez, dicho acto nace con vicios, y la consecuencia es la nulidad. En el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en los artículos 94 y 129, se señalan las causas para que un acto administrativo sea nulo de pleno derecho. Analizando el caso concreto que nos corresponde, se inicia un proceso de juzgamiento en contra de la compañía ***SERVICIOS DE TELECOMUNCIACIONES SETEL S.A*** *por un hecho o conducta cometido por una persona totalmente diferente como es la compañía* ***TEVECABLE S.A.****, que tiene su propia personalidad jurídica para asumir las consecuencias y obligaciones producto de su comportamiento. Cabe señalar que el Código Civil, en el artículo 564, señala que la persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. (...)".* (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

Efectivamente la doctrina ha determinado que el acto administrativo tiene varios elementos que lo identifican, uno de ellos es la Voluntad la cual evidentemente tiene a su vez dos elementos: 1) ***Subjetivo*** *constituido por el ánimo, compresión o parecer que la persona física, titular del órgano público encargado de decidir, tiene respecto del asunto materia de resolución; y 2)* ***Objetivo****, identificado por los antecedentes fácticos y jurídicos que obran del procedimiento, los cuales deben ser tomados en cuenta para la emisión de la resolución correspondiente, por lo que si un acto administrativo no cumple con uno de estos elementos, dicho acto nace con vicios y la consecuencia es la nulidad, tal como lo han establecido los artículos 122 y 129 número 1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.*

*Ahora bien la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL comete un error de imputación, una equivocación al notificar a un tercero con el contenido del Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-032 de 25 de abril de 2016, esto es, a la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., cuando el antecedente fáctico (****correo electrónico de 5 de febrero de 2016****), atañe únicamente a la Permisionaria TEVECABLE S.A., la cual a esa fecha disponía del Permiso para operar el sistema de audio y video por suscripción, modalidad cable físico, el cual* ***terminó el 9 de marzo de 2016****, tal como se desprende de la Disposición Transitoria Única del Título Habilitante de Permiso para la prestación de servicios de audio y video por suscripción otorgado a favor de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., el 9 de marzo de 2016, mediante Resolución Nro. ARCOTEL-2016-0239, la cual fue expedida por el Coordinador Técnico de Regulación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, que establece: "Con la suscripción e inscripción en el Registro Nacional de Títulos Habilitantes del presente Título Habilitante, se da por terminado (...) el Título Habilitante suscrito el 3 de febrero de 2015, mediante el cual el ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, autorizó a favor de la compañía TEVECABLE S.A., la instalación, operación y explotación del sistema digital de audio y video por suscripción bajo la modalidad de cable físico denominado "TEVECABLE S.A.", conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 112 de la Ley Orgánica de Comunicación y la Disposición General Primera del Reglamento para Terminación de Títulos Habilitantes de Radiodifusión, Televisión Abierta y Sistemas de Audio y Video por Suscripción.".*

Es necesario considerar que la notificación del Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-032 de 25 de abril de 2016 como de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016, afectan a la calificación jurídica[2] de la conducta. Si de la instrucción se desprende que la conducta infractora no

[2] SOTOMAYOR LUCIA. 2007. El Procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. España; Editorial Arazandi, S.A.; p. 116. *"La jurisprudencia afirma de manera constante esta exigencia en el procedimiento administrativo sancionador (...) 'si en (...) (la información sobre acusación) no se contiene (...) la calificación jurídica (...), se lesionan las garantías básicas de dicho procedimiento sancionador con la consiguiente vulneración de las contenidas en el art. 24.2 CE. Es por ello, exigible, a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que (...) (la acusación) contenga los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa; en suma que (...) se determinen con precisión los caracteres básicos de la infracción cuya comisión se atribuye al inculpado'".* (Subrayado fuera del texto original).

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

es imputable al acusado inicial sino otro sujeto, se contraviene con lo establecido en el artículo 195.- ***Responsabilidad****, número 1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE que dispone: "****Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.****". (Negrita fuera del texto original).*

- ***VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA LEGAL***

Adicionalmente en el oficio presentado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-0011737-E, se enuncia:

"(...) Según lo señalado, la resolución ARCOTEL-CZ2-2016-0066 violaría los siguientes derechos consagrados en la Constitución:

- El debido proceso, establecido en el artículo 76, señala que ninguna persona puede ser juzgada por acciones que no estén tipificadas al momento de cometerse. En este caso SETEL S.A., no realizó ninguna conducta que esté tipificada como infracción: (...)

En concordancia con el derecho al debido proceso, también se está irrespetando el derecho a la seguridad jurídica, establecido en el artículo 82 que señala (...)".

A fojas 77 del expediente del Procedimiento Administrativo Sancionador consta la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016, a través de la cual el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL entre otros aspectos señala: "Por otro lado con la finalidad de aclarar esta situación el señor Jorge Benito Schwartz Rebinovich. Dentro del Título Habilitante que le otorgan, realiza una DECLARACIÓN DE SUJECIÓN, en la que manifiesta: `Yo, Schwartz Rebinovich Jorge Benito, en mi calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A. declaro en forma expresa que, me sujetaré a lo dispuesto en el Título Habilitante de permiso para la prestación de servicios de audio y video por suscripción, al ordenamiento jurídico vigente, normativa correspondiente y resoluciones que emita la ARCOTEL, así como a cumplir con toda obligación técnica, legal y/o económica que hubiese correspondido a las compañías TEVE CABLE S.A., (...)'. Por lo expuesto no se puede aceptar el argumento de que SETEL S.A., es una empresa totalmente diferente y que no le corresponde responder por infracciones cometidas por TEVECABLE S.A., cuando se firma una DECLARACIÓN DE SUJECIÓN que se compromete a cumplir con las obligaciones que le hubiese correspondido a la empresa TEVECABLE S.A., (...)". (Subrayado fuera del texto original).

A fojas 1 del expediente del Procedimiento Administrativo Sancionador consta la Declaración de Sujeción realizada por el Representante Legal de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., el 15 de marzo de 2016, como anexo al Título Habilitante (Permiso) para la prestación de Servicios de Audio y Video por Suscripción, otorgado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL a la nombrada permisionaria el 9 de marzo de 2016.

Una "DECLARACIÓN DE SUJECIÓN" aunque sea parte o conste como anexo en el Título Habilitante (Permiso), no representa una transferencia de obligaciones o responsabilidades que estuvieren vigentes a la fecha de dicha declaración, peor aún puede significar el asumir responsabilidad administrativa por infracciones cometidas por un tercero, es decir, no puede vulnerar el principio de legalidad que rige o norma las infracciones en el ámbito administrativo.

La Norma Suprema en el número 3 del artículo 76 claramente dispone que: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, ***al momento de cometerse****, no esté tipificado en la ley* ***como infracción*** *penal,* ***administrativa*** *o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...)". (Cursiva y negrita fuera del texto original).*

En este contexto la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL debió aplicar el procedimiento administrativo sancionador a la persona jurídica responsable del antecedente fáctico, la sanción y la normativa jurídica vigente a la fecha de la comisión de la presunta infracción, sobre aquella conducta u omisión reportada por

la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL en el Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0251 de 31 de marzo de 2015.

La Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL al iniciar, sustanciar y resolver equivocadamente un procedimiento administrativo sancionador en contra de la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., incumpliendo disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, causaría la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016.

El imputar equivocadamente el cometimiento de una infracción en al ámbito administrativo evidencia la falta de motivación de la Resolución impugnada y, en consecuencia, al ser esencial para la validez y eficacia del acto administrativo, de conformidad al artículo 122, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, este será nulo.

En virtud de lo cual se establece que la motivación de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016, carece de la relación coherente entre la enunciación de las normas y los hechos particulares produciéndose la nulidad de pleno derecho de dicho acto administrativo, según lo consagra el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, en armonía con los artículos 122, 129 número 1, letra a) y 195 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.

Al encontrarse que existen vicios insubsanables de nulidad de pleno derecho en la emisión del acto administrativo apelado, no es pertinente pronunciarse sobre los demás argumentos esgrimidos por la Permisionaria SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.

CONCLUSIÓN

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis precedente, en aplicación del número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se considera pertinente declarar la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, a fin de garantizar los derechos consagrados en el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, con fundamento en el número 3 del artículo 11, 424 y 426 de la Norma Suprema, en armonía con los artículos 122, 129 número 1, letra a); y, 195 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.".

Con base en las consideraciones generales y análisis de forma; fundamentos jurídicos; trámite de la apelación; análisis de fondo de los argumentos jurídicos de la permisionaria que preceden, en **mérito de los autos**; y, en ejercicio de sus atribuciones legales, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- ACEPTAR el Recurso de Apelación presentado por la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., mediante escrito ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, el 7 de julio de 2016 con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-011737-E, en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 de 15 de junio de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL; y, en consecuencia **DECLARAR** la nulidad de pleno derecho de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0066 expedida el 15 de junio de 2016.

Artículo 2.- INFORMAR a la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad a lo establecido en la letra a) del artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Artículo 3.- DISPONER a través de la Unidad de Gestión Documental y Archivo, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la Compañía SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., en el domicilio ubicado en la Avenida Amazonas Nro. 4.600 y Pereira, edificio EXPROCOM, piso 10, en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, y correo electrónico casillerosuio@vivancoyvivanco.com, según consta de autos; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación General Jurídica; a la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones; a la Dirección de Impugnaciones; y, a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, para los fines pertinentes. Notifíquese y cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 14 OCT 2016

Ing. Ana Proaño De La Torre
DIRECTORA EJECUTIVA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)

ELABORADO POR	REVISADO POR	APROBADO POR
Ab. Juan Seminario Esparza ESPECIALISTA	Dr. Alberto Yépez Tamayo DIRECTOR DE IMPUGNACIONES	Dr. Juan Poveda Camacho COORDINADOR GENERAL JURÍDICO