

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2020-0333

CONSIDERANDO:

I. ACTO IMPUGNADO:

1.1 Oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF

El acto administrativo impugnado es el oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, emitido por el Coordinador Técnico de Control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL (en adelante, ARCOTEL), el cual entre otros aspectos señala lo siguiente:

“(...) Una vez que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ha concluido la Auditoría técnica realizada a CONECEL, adjunto sírvase encontrar el Informe General Definitivo de la Auditoría técnica (sic) al Servicio Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, en el cual se establecen recomendaciones que serán de cumplimiento obligatorio para la operadora, y su posible incumplimiento será verificado conforme lo estipulado en el Artículo 118, literal b, numeral 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pudiendo ser considerada como infracción de segunda clase.”

En el oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, consta la fe de recepción del citado oficio el cual fue recibido por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL (en adelante, CONECEL) el 12 de los mismos mes y año a las diez horas con cuarenta minutos (10:40).

II. COMPETENCIA:

El presente procedimiento administrativo de impugnación ha sido sustanciado por la Dirección de Impugnaciones y es resuelto por el Director Ejecutivo de la ARCOTEL, máxima autoridad de la institución, en ejercicio de sus atribuciones legales, con fundamento en lo siguiente:

2.1 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 439 DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

“Artículo 147.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción del Directorio.- (...) el Director Ejecutivo tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y vídeo por suscripción.- Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.” (Subrayado fuera del texto original).

“Artículo 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.

Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: 1.- Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...) 16. Ejercer las demás competencias establecidas en esta Ley o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.” (Subrayado fuera del texto original).

2.2 CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO COA, PUBLICADO EN EL SEGUNDO SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 31 DE 7 DE JULIO DE 2017

“Art. 47.- Representación legal de las administraciones públicas. La máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad pública ejerce su representación para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia. Esta autoridad no requiere delegación o autorización alguna de un órgano o entidad superior (...).” (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

“Art. 65.- Competencia. La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado.”

2.3 **ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL No. 04-03-ARCOTEL-2017 Y PUBLICADO EN LA EDICIÓN ESPECIAL DEL REGISTRO OFICIAL No. 13 DE 14 DE JUNIO DE 2017**

El artículo 10, número 1.1.1.1.2, acápite III, letras a), y w) establecen que son atribuciones y responsabilidades del Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: “a). *Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...)* w). *Ejercer las demás competencias establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su Reglamento General o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.”*

El artículo 10, numeral 1.3.1.2, acápite III, números 1, 2 y 11 establecen como atribuciones del Coordinador General Jurídico: “1. *Asesorar jurídicamente a la máxima autoridad de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para la toma de decisiones de conformidad con la Constitución, la legislación y demás normativa vigente.* 2. *Coordinar y controlar la ejecución de los procesos de las Direcciones de Patrocinio y Coactivas; Asesoría Jurídica; e Impugnaciones. (...)*”.

El artículo 10, número 1.3.1.2.3, acápite III, letra b), establece que es atribución y responsabilidad del Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: “(...) 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. (...)”.

(Negrita y subrayado fuera del texto original).

2.4 **RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019**

La Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo 148, número 12 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mediante Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, delegó atribuciones a las distintas unidades de la ARCOTEL, dentro de las cuales se establecen las siguientes para el Coordinador General Jurídico: “**Artículo 30.- Delegar al Coordinador General Jurídico.-** “(...) b) **Conocer y resolver los recursos y reclamos administrativos así como las solicitudes de revocatoria y de revisión de oficio planteados en contra de los actos administrativos emitidos por las unidades administrativas de la ARCOTEL, con excepción de los recursos administrativos señalados en el literal b), del artículo 12 del presente instrumento y de aquellas derivadas de actos administrativos referentes al servicio móvil avanzado, al servicio de telefonía móvil, servicio de telefonía fija y a los medios de comunicación social de carácter nacional.** (...) d) **Suscribir todo tipo de acto administrativo y de simple administración necesario para la gestión de la Coordinación a su cargo, en el ámbito de sus competencias. (...)**”.

(Negrita y subrayado fuera del texto original).

En la disposición derogatoria única de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, se deroga y deja sin efecto la Resolución No. ARCOTEL-2017-0733 de 26 de julio de 2017; y, las demás normas de igual o inferior jerarquía que se opongan al alcance y contenido de dicho instrumento.

2.5 **RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-01-01-2020 DE 13 DE MARZO DE 2020**

Mediante Resolución No. ARCOTEL-01-01-2020 de 13 de marzo de 2020, el Presidente del Directorio de la ARCOTEL, resolvió: "(...) **Artículo 2.-** Designar al Licenciado Rodrigo Xavier Aguirre Pozo, Director Ejecutivo 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 aplicables. (...)".

2.6 ACCIÓN DE PERSONAL No. 366 DE 13 DE MAYO DE 2019

Mediante Acción de Personal No. 366 de 17 de mayo de 2019, se designó al Abg. Fernando Javier Torres Núñez como Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

2.7 ACCIÓN DE PERSONAL No. 641 DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Mediante Acción de Personal No. 641 de 20 de septiembre de 2019, que rige a partir del 23 de los mismos mes y año, emitida por el Coordinador General Administrativo Financiero, Delegado del Director Ejecutivo de la ARCOTEL, se nombra a la Dra. Adriana Verónica Ocampo Carbo, como Directora de Impugnaciones de la ARCOTEL.

En consecuencia, la Directora de Impugnaciones de la ARCOTEL, tiene la atribución y responsabilidad de sustanciar reclamos administrativos en observancia del artículo 10, número 1.3.1.2.3, y acápite III letra b), del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la ARCOTEL; y, el Director Ejecutivo de la ARCOTEL, de conformidad a lo previsto en los artículos 147 y 148 número 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ejerce competencia para resolver el presente reclamo administrativo.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IMPUGNACIÓN:

ANTECEDENTES:

RECLAMO ADMINISTRATIVO

3.1. El señor Víctor Manuel García Talavera en calidad de Apoderado Especial de CONECEL mediante oficio No. DR-011-2020 ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de enero de 2020, presenta reclamo administrativo en contra del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, emitido por el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, y entre otros aspectos solicita:

"(...) V.- SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO IMPUGNADO

Al amparo de lo dispuesto por el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo, solicitamos que se suspenda los efectos los efectos de los actos recurridos mientras se tramita el presente reclamo.

Se cumplen los requisitos previstos por esta norma, pues:

1. El presente reclamo se funda en causales de nulidad de pleno derecho, por ser el acto contrario a derechos constitucionales.
2. La ejecución del acto podría causar afectaciones de difícil o imposible reparación, pues si CONECEL cumple con modificar sus plataformas, contratar nuevas plataformas o softwares para poder cumplir con lo requerido, quedará permanentemente obligado frente a sus terceros proveedores de estas plataformas o softwares que como hemos indicado durante la auditoría, no son de propiedad de CONECEL, obligaciones contractuales que no podrían deshacerse en caso de que se acepte el reclamo.
3. Asimismo, conforme hemos indicado al equipo Auditor, las modificaciones requeridas de su parte en los softwares y plataformas de facturación y gestión de CONECEL no

necesariamente son posibles de realizar, ni dicha posibilidad está bajo control de CONECEL, que no es el propietario ni desarrollador de éstas. Con lo que se solicita el cumplimiento de un imposible, y que se agrava más cuando se instaura la obligación bajo amenaza de una sanción.

Es así que se cumplen los requisitos que prevé el art. 229 del COA para la suspensión de los efectos de los actos administrativos mientras se tramita un recurso o reclamo. (...)

VI.- PETICIÓN CONCRETA

Señor Director Ejecutivo de la ARCOTEL, con lo antes manifestado y conforme faculta el artículo 172 del ERJAFE, solicitamos respetuosamente a su Despacho:

1. *Se declare la Nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de fecha 12 de diciembre de 2019, por adolecer de falta de motivación.*
2. *Se declare la Nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de fecha 12 de diciembre de 2019 por basarse fundamentalmente en un acto de simple administración.*
3. *Se declare la Nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de fecha 12 de diciembre de 2019 por imponer obligaciones regulatorias a CONECEL que no se encuentran establecidas en norma legal, reglamentaria ni contractual alguna, contraviniendo así el art. 66 numerales 15, 6 y 29 literal d) de la Constitución, en concordancia con sus arts. 11 y 132.*
4. *Se deje sin efecto el acto administrativo contenido en el Oficio Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de fecha 12 de diciembre de 2019, por imponer obligaciones adicionales a CONECEL que no se encuentra previstas en norma contractual alguna.*
5. *Se disponga la suspensión de los efectos del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de fecha 12 de diciembre de 2019, por haberse alegado su nulidad en base a violación de normas constitucionales y en razón de que su ejecución sería de difícil o imposible reversión en caso de aceptarse este recurso. (...)*

3.2. Mediante Resolución No. ARCOTEL-2020-0010 de 14 de enero de 2020, notificada el 15 de los mismos mes y año con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-020-OF de 15 de enero de 2020, el Director Ejecutivo de la ARCOTEL, resolvió:

“(...) Artículo 2.- NEGAR la solicitud de suspensión de la ejecución y efectos del acto administrativo contenido en el oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, solicitada por el señor Víctor García Talavera, Apoderado Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. mediante oficio No. DR-011-2020 de 10 de enero de 2020 ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de los mismos mes y año. (...)”.

3.3. Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00037 de 11 de febrero de 2020 notificada a CONECEL en legal y debida forma el 12 de los mismos mes y año, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL de conformidad a lo dispuesto en los artículos 152 y 153 del Código Orgánico Administrativo dispuso a CONECEL justifique con los documentos legales la calidad en la que comparece; y, subsane la impugnación dando cumplimiento al requisito formal establecido en el artículo 220 número 3 ejusdem; y, requirió a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, remita copia certificada del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019 con la prueba de notificación; y, del Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica al Servicio Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación.

3.4. Mediante memorando No. ARCOTEL-CCDS-2020-0068 de 14 de febrero de 2020, en respuesta a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00037, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, remite copia certificada del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019 con la prueba de notificación; y, del Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica al Servicio Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación.

- 3.5. En atención a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00037, el reclamante a través del oficio No. DR-0188-2020 recibido en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-003052-E de 18 de febrero de 2020, dentro del término legal concedido, justificó la calidad en la que comparece, y complementó la impugnación de acuerdo a los requisitos formales establecidos en el artículo 220 del Código Orgánico Administrativo.
- 3.6. En respuesta al escrito ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-003052-E, mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00045 de 28 de febrero de 2020 notificada a la impugnante el 04 de marzo de 2020 con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-0171-OF de 04 de marzo de 2020, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL en razón de haberse justificado la calidad en la que comparece el representante legal de CONECEL; y, que complementó la impugnación de acuerdo a los requisitos formales establecidos en el artículo 220 del Código Orgánico Administrativo, admitió a trámite; conforme al artículo 194 ibídem, abrió el término probatorio por 20 días y agregó y consideró el anuncio de la prueba presentado por la persona interesada correspondiente al contenido del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019; y, el Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación.
- 3.7. Mediante Decreto Ejecutivo No. 1017 de 16 de marzo de 2020, se declaró estado de excepción durante sesenta días, por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados y la declaratoria de pandemia de COVID, por parte de la Organización Mundial de la Salud. En estricto acatamiento del referido Decreto Ejecutivo, la ARCOTEL, mediante resolución No. ARCOTEL-2020-0124 de 17 de marzo de 2020, suspendió todos los términos y plazos que se encuentran discurriendo en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, a partir del 17 de marzo de 2020, y mientras dure el estado de excepción, según lo determina el artículo 1, número 4) "*Procedimientos administrativos de impugnaciones, recursos y reclamos administrativos.*". Mediante Decreto Ejecutivo No. 1052 de 15 de mayo de 2020, se renueva el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, que rigió durante treinta días a partir de la suscripción del mismo, es decir hasta el 15 de junio de 2020.
- 3.8. Mediante resolución No. ARCOTEL-2020-0244 de 17 de junio de 2020, la ARCOTEL resolvió levantar la suspensión de los términos y plazos dispuestos en la Resolución No. ARCOTEL-2020-0124 de 17 de marzo de 2020; y, dispuso la reanudación de todos los términos y plazos de los procedimientos y trámites administrativos a cargo de la ARCOTEL, suspendidos de conformidad con el artículo 1 de la Resolución No. ARCOTEL-2020-0124 de 17 de marzo de 2020, a partir del 17 de junio de 2020.
- 3.9. Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00098 de 06 de julio de 2020 la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL comunicó a la reclamante que el 02 de julio de 2020 feneció el término probatorio.
- 3.10. Encontrándose dentro de los plazos para resolver, se establece que el procedimiento administrativo ha sido sustanciado de conformidad con los preceptos constitucionales, sin que se observe omisión de solemnidad sustancial alguna, tanto más que en el desarrollo del mismo se ha dado estricto cumplimiento a las garantías básicas del debido proceso en el ámbito administrativo, por lo que se declara su validez.

IV. BASE LEGAL:

4.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, PUBLICADA EN EL REGISTRO

"Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. (...).

“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. 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. (...) 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.” (Subrayado fuera del texto original).

“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.”

“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.” (Subrayado 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; puertos y aeropuertos.”

“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.”

4.2. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCERSUPLEMENTO, REGISTRO OFICIAL No. 439, DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

“Art. 7.- Competencias del Gobierno Central.

El Estado, a través del Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones. Dispone del derecho de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, lo cual incluye la potestad para emitir políticas públicas, planes y normas técnicas nacionales, de cumplimiento en todos los niveles de gobierno del Estado.

La gestión, entendida como la prestación del servicio público de telecomunicaciones se lo realizará conforme a las disposiciones constitucionales y a lo establecido en la presente Ley. (...).

“Art. 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios.

Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (...)

5. A obtener 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. (...)

11. A obtener de su prestador la compensación por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos o el reintegro de valores indebidamente cobrados. (...)

“Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes:

3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes.

4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...)

6. Proporcionar en forma clara, precisa, cierta, completa y oportuna toda la información requerida por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones o el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, en el ámbito de sus competencias, en los formatos, plazos y condiciones establecidos por dichas autoridades.

7. Prestar las facilidades requeridas para el ejercicio de la labor de control. (...)

18. Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas. (...)

21. Proporcionar a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones cuando así lo requiera, la información referente a la contabilidad regulatoria-administrativa por servicios, conforme a la normativa que se establezca para el efecto. Se prohíbe realizar subsidios cruzados, salvo la excepción prevista en esta Ley para el caso del servicio universal.

25. Conservar la información relacionada con la prestación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones y por el tiempo que se disponga en las regulaciones respectivas.

28. Las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes. (...)

“Art. 118.- Infracciones de segunda clase. (...)

b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

22. Incumplir las disposiciones y recomendaciones de los informes de auditoría realizados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”

“Art. 142.- Creación y naturaleza.

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. 144.-** Competencias de la Agencia.

Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

1. Emitir las regulaciones, normas técnicas, planes técnicos y demás actos que sean necesarios en el ejercicio de sus competencias, para que la provisión de los servicios de telecomunicaciones cumplan con lo dispuesto en la Constitución de la República y los objetivos y principios previstos en esta Ley, de conformidad con las políticas que dicte el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. (...)

4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes. (...)

22. Inspeccionar y fiscalizar la instalación, establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones y los sistemas de los medios de comunicación social que usen el espectro radioeléctrico, así como las redes de audio y vídeo por suscripción.

23. Requerir a las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones cualquier información que considere conveniente, producida como consecuencia de la prestación de los servicios y ejecución de los títulos habilitantes dentro del ámbito de sus competencias. (...).”.

“**DISPOSICIONES FINALES** (...)

Cuarta.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercerá las funciones de regulación, control y administración atribuidas al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Superintendencia de Telecomunicaciones y Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, su Reglamento General y demás normativa.”.

4.3. CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, PUBLICADO EN EL SEGUNDO SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 31 DE 7 DE JULIO DE 2017.

“**Art. 14.-** Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código.”.

“**Art. 20.- Principio de control.** Los órganos que conforman el sector público y entidades públicas competentes velarán por el respeto del principio de juridicidad, sin que esta actividad implique afectación o menoscabo en el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y entidades a cargo de los asuntos sometidos a control.

Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el ejercicio de las competencias a su cargo.

Las personas participarán en el control de la actividad administrativa a través de los mecanismos previstos.”.

“**Art. 89.-** Actividad de las Administraciones Públicas.

Las actuaciones administrativas son:

1. Acto administrativo
2. Acto de simple administración
3. Contrato administrativo
4. Hecho administrativo
5. Acto normativo de carácter administrativo

Las administraciones públicas pueden, excepcionalmente, emplear instrumentos de derecho privado, para el ejercicio de sus competencias.”. (Subrayado fuera del texto original).

“Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.”

“Art. 152.- Representación. La persona interesada puede actuar ante las administraciones públicas en nombre propio o por medio de representante, con capacidad de ejercicio y legalmente habilitada.

La representación se acreditará en el procedimiento, por cualquier medio válido. El documento de representación puede facultar para todos los actos del procedimiento administrativo o para algún acto específico del mismo. (...)”

“Art. 153.- Falta de acreditación de la representación. La falta o la insuficiente acreditación, no impide que se tenga como realizada la actuación. La validez del acto depende de que se acredite la representación o se subsane el defecto dentro del término de diez días o de un término mayor, cuando las circunstancias del caso así lo requieran.
Se declararán nulas las actuaciones del representante que no hayan sido acreditadas en el término señalado. (...)”

“Art. 217.- Impugnación. En la impugnación se observarán las siguientes reglas: (...)”

3. La elección de la vía judicial impide la impugnación en vía administrativa. (...)”

Los actos de simple administración por su naturaleza no son propiamente impugnables, salvo el derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un acto de simple administración, necesario para la formación de la voluntad administrativa.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“Art. 134.- Procedencia. (...) Los reclamos administrativos, las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo.” (Subrayado fuera del texto original).

“Art. 137.- Actuaciones orales y audiencias. La administración pública puede convocar a las audiencias que requiera para garantizar la inmediación en el procedimiento administrativo, de oficio o a petición de la persona interesada. Esta competencia es facultativa y se ejercerá sin que se afecten las etapas o los términos o plazos previstos para cada procedimiento administrativo.

Se dejará constancia de los actos del procedimiento administrativo realizados de forma verbal en el acta correspondiente.”

“Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas **deberán ser resueltos en el término de treinta días**, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

“Art. 194.- Oportunidad. La prueba será aportada por la persona interesada en su primera comparecencia al procedimiento administrativo. La prueba, a la que sea imposible tener acceso, deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en el período de prueba previsto en la norma de la materia o en su defecto, cuando las administraciones públicas lo fijen.

Todo documento, información o pericia que no esté en poder de la persona interesada, que para ser obtenida requiera del auxilio de la administración pública, facultará para solicitar al órgano administrativo que ordene a quien corresponda que la entregue o facilite de acuerdo con las normas de este Código.

Se podrá solicitar prueba no anunciada en la primera comparecencia, hasta antes de la resolución, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la persona interesada o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La administración pública podrá aceptar o no esta solicitud. Si la acepta, el órgano dispondrá que se la practique en un término de cinco días y no se podrá solicitar más pruebas.

En el procedimiento administrativo donde no se haya previsto un período de prueba, la administración pública de oficio o a petición de la persona interesada, abrirá un período específico de no más de treinta días.”

“Art. 203.- Plazo de resolución. El acto administrativo en cualquier procedimiento será expreso, se expedirá y notificará en el plazo máximo de un mes, contado a partir de terminado el plazo de la prueba.

El transcurso del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución se puede suspender, únicamente en los supuestos expresamente recogidos en este Código.”

“Art. 220- Requisitos formales de las impugnaciones. La impugnación se presentará por escrito y contendrá al menos:

1. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica del impugnante. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal, se hará constar también los datos de la o del representado.
2. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.
3. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañará la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.
4. Los fundamentos de derecho que justifican la impugnación, expuestos con claridad y precisión.
5. El órgano administrativo ante el que se sustanció el procedimiento que ha dado origen al acto administrativo impugnado.
6. La determinación del acto que se impugna.
7. Las firmas del impugnante y de la o del defensor, salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que el impugnante no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante el órgano correspondiente, el que sentará la respectiva razón.”

“Art. 221.- Subsanción. Si la solicitud no reúne los requisitos señalados en el artículo precedente, se dispondrá que la persona interesada la complete o aclare en el término de cinco días. Si no lo hace, se considerará desistimiento, se expedirá el correspondiente acto administrativo y se ordenará la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias. En ningún caso se modificará el fundamento y la pretensión planteada.”

4.4. REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 676 DE 25 DE ENERO DE 2016.

“Art. 59.- Consideraciones generales de las obligaciones de los prestadores de servicios.- Para el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de servicios, previstas en la LOT, se considerará lo siguiente: (...)

6. Los prestadores de servicios del régimen general de las telecomunicaciones, deberán brindar sin condicionamiento todas las facilidades requeridas por la ARCOTEL para el ejercicio del control, incluido, pero sin limitarse, a: entrega de documentación técnica, económica, financiera, legal, y en general, cualquier forma o requerimiento de información; realización de inspecciones a instalaciones y sistemas, sitios de operación o colocación o tendido de infraestructura, etc. (...).”

“Art. 62.- Tarifa.- Es el valor que pagan los usuarios a los operadores a cambio de la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluidos los de radiodifusión por suscripción.

Está prohibido, tanto para el cálculo como para la facturación, el redondeo de unidades de tiempo o unidades de tasación.

Las tarifas sólo son aplicables a los servicios expresamente contratados y que hayan sido efectivamente prestados con posterioridad a la suscripción del respectivo contrato y sus anexos, en ningún caso incorporarán valores de prestaciones, productos o servicios no solicitados por los usuarios. (...).”

4.5. CONTRATO DE CONCESIÓN

Previa autorización del ex CONATEL, el 26 de agosto de 2008 la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, y CONECEL S.A., suscribieron el contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado y Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de terminales de telecomunicaciones de uso público; y, de uso de las Bandas de Frecuencias Esenciales, el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir del 27 de agosto de 2008.

“CLAUSULA TREINTA Y TRES.

SUPERVISIÓN Y CONTROL.- Treinta y Tres punto Uno. La prestación de los Servicios Concesionados por parte de la Sociedad Concesionaria está sujeta al control y supervisión por parte de la SUPTEL de conformidad con la Legislación Aplicable, para lo cual podrá realizar, a costo de la SUPTEL, las auditorías técnicas y exámenes necesarios.-” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

“CLÁUSULA SETENTA Y TRES.

Legislación Aplicable y Ordenamiento Jurídico Vigente.- La Legislación Aplicable y el Ordenamiento Jurídico Vigente están definidos en el Anexo Uno.”

El anexo 1 de Definiciones del Título Habilitante citado, define contractualmente al “Ordenamiento Jurídico Vigente”: como “(...) las leyes, reglamentos, así como las resoluciones, regulaciones, decretos y toda decisión de carácter general de cualquier institución del Estado existentes o que se dictaren durante el plazo de ejecución del contrato y que no se encuentran contenidas en el definición de legislación Aplicable.”

4.6. RECOMENDACIÓN No. 4 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

Mediante oficio No. 36123-DNA-2018 de 10 de septiembre de 2018, la Contraloría General del Estado a través de su Directora Nacional de Auditoría de Telecomunicaciones, Conectividad y Sectores Productivos, Subrogante, remite a la ARCOTEL el Informe No. DNA4-0037-2018 aprobado el 20 de agosto de 2018, el mismo que contiene los resultados del “Examen especial a los ingresos, gastos y contratos de la SENATEL, SUPERTEL y su fusión como ARCOTEL en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, por el período comprendido entre el 1 de abril de 2013 y el 18 de febrero de 2015; en el que se incluirá las reliquidaciones de los pagos por derechos de concesión de las operadoras OTECEL S.A. y CONECEL S.A. de los años 2012 y 2013, ejecutados por la ARCOTEL, hasta el 30 de abril de 2016”, en el cual, el indicado ente de Control emite las recomendaciones al Director Ejecutivo de la ARCOTEL, entre las que consta la Recomendación No. 4 con disposición al Coordinador Técnico de Control, en la que textualmente señala lo siguiente:

“Al Director Ejecutivo de la ARCOTEL

1. Dispondrá al Coordinador Técnico de Control, que de conformidad al contrato de concesión y a lo establecido en la cláusula 33 “Supervisión y Control”, designe un equipo de servidores los mismos que en forma trimestral realizarán auditorías técnicas de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional de las plataformas de facturación del operador y presenten el correspondiente informe con las respectivas observaciones; (...)” (Subrayado fuera del texto original).

V. ANÁLISIS JURÍDICO DEL RECLAMO ADMINISTRATIVO:

La Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, considerando lo manifestado por la operadora en su escrito de impugnación; y, los documentos que son parte del expediente administrativo de impugnación, realiza el siguiente análisis que consta en el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00045 de 30 de julio de 2020, mismos que se transcriben a continuación:

“5.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL RECLAMO ADMINISTRATIVO

Los artículos 134 y 207 del Código Orgánico Administrativo, textualmente en su orden señalan:

“Art. 134.- Procedencia. (...) Los reclamos administrativos, las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.” (Negrita y subrayado fuera del texto original)

De la lectura a las citadas normas se depende que el reclamo administrativo debe ser resuelto en el término de treinta (30) días, contados a partir del día hábil siguiente de presentado el reclamo y sustanciado de conformidad al procedimiento administrativo ordinario¹ establecido en el Código Orgánico Administrativo, que corresponde a un término ordinario; no obstante, el artículo 203 *ibidem* establece “Art. 203.- Plazo de resolución. El acto administrativo en cualquier procedimiento será expreso, se expedirá y notificará en el plazo máximo de un mes, contado a partir de terminado el plazo de la prueba”, en virtud de la norma legal transcrita, el plazo máximo de resolución se contabiliza una vez terminado el periodo de prueba.

5.2 CUMPLIMIENTO A INFORME DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO:

5.2.1 Antecedentes:

Mediante oficio No. 36123-DNA-2018 de 10 de septiembre de 2018, la Contraloría General del Estado a través de su Directora Nacional de Auditoría de Telecomunicaciones, Conectividad y Sectores Productivos, Subrogante, remite a la ARCOTEL el Informe No. DNA4-0037-2018 aprobado el 20 de agosto de 2018, el mismo que contiene los resultados del “Examen especial a los ingresos, gastos y contratos de la SENATEL, SUPERTEL y su fusión como ARCOTEL en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, por el período comprendido entre el 1 de abril de 2013 y el 18 de febrero de 2015; en el que se incluirá las reliquidaciones de los pagos por derechos de concesión de las operadoras OTECEL S.A. y CONECEL S.A. de los años 2012 y 2013, ejecutados por la ARCOTEL, hasta el 30 de abril de 2016”, en el cual, el indicado ente de Control emite las recomendaciones al Director Ejecutivo de la ARCOTEL, entre las que consta la recomendación No. 4 con disposición al Coordinador Técnico de Control, en la que textualmente señala lo siguiente:

“Al Director Ejecutivo de la ARCOTEL

2. Dispondrá al Coordinador Técnico de Control, que de conformidad al contrato de concesión y a lo establecido en la cláusula 33 “Supervisión y Control”, designe un equipo de servidores los mismos que en forma trimestral realizarán auditorías técnicas de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional de las plataformas de facturación del operador y presenten el correspondiente informe con las respectivas observaciones; los cuales serán remitidos a la dirección de títulos habilitantes, los que se adjuntarán y serán considerados en la elaboración de las reliquidaciones definitivas.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

El artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, textualmente señala:

“Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y sus servidores, deben ser **aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio**; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

A fin de implementar el cumplimiento de la Recomendación No. 4, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en acatamiento a lo previsto en el artículo 92 de la Contraloría General del Estado; artículo 22, números 5 y 11; artículo 24, números 3, 4, 6, 7, 18, 21 y 25; artículo 144, números 1, 4, 22, 23 y 30; y, artículo 38 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, Cláusula treinta y tres, supervisión y control, Treinta y tres punto Uno del

¹ ANDRÉS MORETA. Procedimiento Administrativo y Sancionador en el COA. Ediciones Continente, Primera Edición, 2019, pág. 123 y 124. “En este sentido, del artículo 134 al 174 (título I) son aplicables a los siguientes procedimientos: Procedimiento ordinario. Procedimientos especiales. (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

Contrato de Concesión, este órgano de control y regulación dio inicio de la Auditoría Técnica al Servicio Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, estableciéndose los detalles en la Orden de Trabajo No. ARCOTEL-APF-2019-0002.

5.3. PRUEBA

Uno de los derechos, que debe ser observado como contrapartida de la administración pública, es el derecho a la prueba, ya que éste surge estrechamente vinculado al debido proceso, a la libre defensa y a la presunción de inocencia, de ahí la importancia de su desarrollo en el procedimiento administrativo de impugnación. La Constitución de la República del Ecuador, así lo ha reconocido, ya que no discrimina el tipo de procedimiento al establecer de manera general que: “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”, y dentro de dichas garantías, en el número 7, prescribe que el derecho de toda persona a la defensa incluye:

“Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”.

El Código Orgánico Administrativo establece en el artículo 220 número 3 como uno de los requisitos formales para la impugnación, el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos, en tal sentido, es claro que la intención del legislador fue la de contar con una fase probatoria en los procedimientos administrativos de impugnación, permitiendo tanto al recurrente como a la administración pública, presentar elementos de prueba que consideren.

En tal razón, es necesario pronunciarse respecto de la prueba solicitada en el presente recurso de apelación:

En el oficio No. DR-0188-2010 recibido en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-003052-E de 18 de febrero de 2019, el recurrente solicita como prueba a su favor, lo siguiente:

“(…) anunciamos como prueba al respecto:

3. El contenido del oficio Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de fecha 12 de diciembre de 2019. (...)
4. El Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, de cuyo contenido se prueba que:
 - a. Este informe es un acto de simple administración.
 - b. Este informe pretende imponer obligaciones no previstas en el Contrato ni la Ley. (...)

Documentación que es agregada al expediente administrativo, conforme lo determinan las normas procesales del Código Orgánico Administrativo.

Al respecto de las razones expresadas por la recurrente para actuar esta prueba se procede a realizar el siguiente análisis:

Mediante oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-0071-OF de 16 de enero de 2019, la ARCOTEL, notificó a CONECEL el inicio de la Auditoría Técnica al Servicio Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, estableciéndose los detalles en la Orden de Trabajo No. ARCOTEL-APF-2019-0002.

La referida auditoría técnica se inicia con la realización de reuniones e inspecciones por parte del equipo de Auditoría. El procedimiento administrativo de auditoría incluyó la entrega de la información de las plataformas, por parte de la operadora, su procesamiento, análisis de los resultados obtenidos, informes de avances y observaciones.

Se procedió a la lectura del Informe Provisional respectivo, entregándose oficialmente el indicado documento mediante oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1025-OF de 31 de octubre de 2019, con la finalidad de que hasta las 17:00 del 18 de noviembre de 2019, se realicen las observaciones que corresponda.

La operadora CONECEL presentó las observaciones al informe provisional de la auditoría técnica a través del oficio No. GR-1618-2019 de 18 de noviembre de 2019 ingresado en esta institución con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-018581-E de 18 de los mismos mes y año, esto es, dentro del plazo concedido por la ARCOTEL con oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1025-OF, observaciones que han sido consideradas en el Informe General Definitivo y comentadas por el Equipo de Auditoría. Por consiguiente, el Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica al Servicio Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, contiene el análisis de la información obtenida de la operadora, conclusiones, observaciones de CONECEL, comentarios del Equipo de Auditoría a las opiniones de la operadora y recomendaciones.

En el citado Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, constan las siguientes conclusiones y recomendaciones:

“(…) 7.3.3.8 CONCLUSIONES FINALES LUEGO DE LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR CONECEL

En esta sección se analizaron devoluciones realizadas por CONECEL que pueden modificar a las cuentas de ingresos, sin embargo, es necesario aclarar que estos casos no corresponden a errores o problemas técnicos de las plataformas de facturación, dichas transacciones corresponden a devoluciones realizadas por la operadora (sic), como resultado de hallazgos en los controles técnicos los servicios de valor agregado con mensajería premium realizados por ARCOTEL: A continuación, se presentan las siguientes conclusiones finales:

1. En la sección de Información contable consta para conocimiento, la dinámica contable para las modalidades de Prepago y Pospago, utilizada por CONECEL respecto a las devoluciones por heredación del servicio de valor agregado con Mensajería Premium, realizadas por la operadora.
2. Como se puede observar en el escenario analizado de heredación de los servicios de SVA con mensajería Premium, cada hallazgo corresponde a un escenario diferente e independiente, tanto en los procesos como en las diferentes plataformas utilizadas por la operadora. A través de controles técnicos o auditorías técnicas de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se utilizan diferentes procedimientos específicos para la determinación de afectaciones de valores a los clientes/abonados o usuarios, como fue el caso de la heredación de estos servicios en la Auditoría técnica de Servicios de Valor Agregado con Mensaje Premium.
3. En los resultados del análisis técnico, se determinó que, en el proceso de devoluciones de CONECEL, realizó acreditaciones como recargas al saldo principal (sin vigencia) para clientes o abonados de modalidades prepago y transacciones en notas de crédito y estados de cuenta para modalidades pospago.
4. Como un mecanismo para la devolución de valores a los usuarios inactivos. CONECEL publicó en su página web, la siguiente información: el número telefónico y el valor a devolver; sin embargo, en el transcurso del tiempo, el número de la línea telefónica puede pertenecer a más de un cliente o abonado, con base en lo cual, el número de la línea telefónica no es un identificador único de la persona en el listado publicado.

7.3.3.9 RECOMENDACIONES

Se recomienda disponer a CONECEL lo siguiente

1. Como un mecanismo para la devolución de valores a los usuarios inactivos, CONECEL publicó en su página web, la siguiente información: el número telefónico y la cantidad a devolver, sin embargo, el número telefónico pudo pertenecer a más de un cliente o abonado, con lo cual no es identificable la persona que debe solicitar los valores publicados; con base en lo cual CONECEL deberá:

En el plazo de quince (15) días laborables, contados a partir de la entrega de la entrega del (sic) presenten informe, modificar la información publicada en su página web respecto a las 832 líneas de clientes o abonados inactivos que no fueron localizados, y se incluya el nombre o el número del documento del cliente/abonado o usuario de la línea afectada, para una efectiva identificación. Adicionalmente en la página web deberá especificar una explicación clara del contenido del listado

y el procedimiento que la persona identificada en la lista que debe realizar para recuperar dichos valores. Así por ejemplo de detallar información como formas de devoluciones, las directrices y teléfonos de los Centros de Atención al Usuario, y requisitos como la presentación de la cédula o documento de identificación de la persona.

2. Para los casos eventuales, en los que, se presenten problemas en las plataformas tecnológicas o procesos del SMA y LDI de la operadora, que existan afectaciones a los clientes, abonados o usuarios u otros, que a su vez podrían implicar cambios en los valores de las cuentas contables de los ingresos de la operadora, CONECEL deberá:
 - 4.1 Notificar a la ARCOTEL (Coordinación Técnica de Control) la ocurrencia del evento señalado, en un plazo máximo de dos (2) días laborales una vez identificado el evento, a través de una comunicación o correo electrónico a la Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL; y,
 - 4.2 Remitir a la ARCOTEL un informe técnico, en un plazo máximo de diez (10) días laborales (contados desde la identificación del evento), detallando la problemática suscitada con al menos la siguiente información:
 - Descripción del Evento
 - Fecha y hora de inicio del evento (...)
 - Fecha y hora de fin del evento (...)
 - Descripción de Causas
 - Servicios involucrados
 - Plataformas y procesos involucrados
 - Consecuencias del evento
 - Solución planteada
 - Afectación a otros (diferente a clientes, abonados, o usuarios)
 - Documentos de respaldo.”.

Una vez concluida la auditoría técnica, el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, a través del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, remitió a la operadora CONECEL el Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, en el cual se establecen recomendaciones que deben ser cumplidas por la operadora.

El artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece entre otras obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, lo determinado en el número 10:

“Pagar en los plazos establecidos sus obligaciones económicas tales como los **valores de concesión, autorización, tarifas, tasas, contribuciones u otras que correspondan.**” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

Dentro de las competencias asignadas a la ARCOTEL, establecidas en el artículo 144 se encuentran entre otras: Normar sustanciar y resolver los procedimientos de otorgamiento, administración y control y extinción de los títulos habilitantes previstos en esta Ley; establecer los requisitos, contenidos, condiciones términos y plazos de los títulos habilitantes; **establecer y recaudar los derechos económicos para la prestación de servicios de telecomunicaciones y demás valores establecidos en la presente Ley en el marco de sus competencias;** requerir a las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones cualquier información que considere pertinente, producida como consecuencias de la prestación de los servicios y ejecución de los títulos habilitantes dentro del ámbito de sus competencias.

El artículo 147 determina que: “La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción del Directorio. - (...) el Director Ejecutivo tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, **regulación y control de las telecomunicaciones** y del espectro radioeléctrico, (...) Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).

La CLÁUSULA DIECIOCHO del contrato de concesión del servicio móvil avanzado, suscrito con CONECEL, estipula:

“Pagos por los Derechos de Concesión.- Los derechos de concesión se pagarán den dos partes: un valor fijo pagadero a una fecha determinada y un valor variable con un porcentaje de los Ingresos Facturados y Percibidos durante los quince (15) años del período de concesión. El detalle del pago es el siguiente: (...).”

La CLÁUSULA TREINTA Y TRES del contrato de concesión del servicio móvil avanzado, suscrito con CONECEL, estipula:

*“SUPERVISIÓN Y CONTROL.- Treinta y Tres punto Uno. La prestación de los Servicios Concesionados por parte de la Sociedad Concesionaria está sujeta al control y supervisión por parte de la SUPTEL de conformidad con la Legislación Aplicable, para lo cual podrá realizar, a costo de la SUPTEL, las **auditorías técnicas** y exámenes necesarios.-”* (Negrita fuera del texto original).

No habiéndose estipulado en los contratos de concesión suscritos con las empresas OTECEL S.A. y Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL el procedimiento para realizar el pago del valor variable de los derechos de concesión, mediante Resolución No. SNT-2009-0057 de 22 de abril de 2009, se estableció el procedimiento de aplicación para realizar el pago del valor variable de los derechos de concesión.

Por lo indicado la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, durante la vigencia de los títulos habilitantes tiene plena competencia para requerir a los prestadores de servicios de telecomunicaciones cualquier información que considere pertinente, producida como consecuencias de la prestación de los servicios y ejecución de los títulos habilitantes; y, recaudar valores por concepto de derechos de concesión variable o derechos económicos por la prestación de servicios de telecomunicaciones, a fin de establecer formas de control en cuanto a los ingresos de las operadoras del servicio móvil avanzado lo cual conlleva la determinación de los montos de ingresos en base a la facturación y/o tarificación y su correspondiente tratamiento, en los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional.

Por otra parte tomando en consideración lo establecido en los artículos 142 y 147, Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en armonía con la Cláusula treinta y tres del contrato de concesión, la prestación del servicio móvil avanzado está sujeta al control y supervisión por parte de la ARCOTEL, para lo cual está autorizada para realizar, las auditorías técnicas y exámenes que fueren necesarios, lo contrario, equivaldría a restringir o a limitar las facultades otorgadas por la ley y las estipulaciones establecidas en el contrato, considerando aún más, que los propios contratos de concesión, establecen la posibilidad de sujetarse a la nueva normativa legal que se dicte en el Estado Ecuatoriano, conforme lo estipula la Cláusula Setenta y tres del contrato de concesión que manifiesta: **“Legislación Aplicable y Ordenamiento Jurídico Vigente.-** La Legislación Aplicable y el Ordenamiento Jurídico Vigente están definidos en el Anexo Uno.”

El anexo 1 de Definiciones del Título Habilitante citado, define contractualmente al **“Ordenamiento Jurídico Vigente”**: como **“(…) las leyes, reglamentos, así como las resoluciones, regulaciones, decretos y toda decisión de carácter general de cualquier institución del Estado existentes o que se dictaren durante el plazo de ejecución del contrato y que no se encuentran contenidas en el definición de legislación Aplicable.”** (Subrayado fuera del texto original).

De lo expuesto se evidencia que la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, ha cumplido con una responsabilidad y obligación determinada tanto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como en el Contrato de Concesión, que es la de realizar el control a las operadoras, como es en este caso CONECEL, en lo atinente a la realización de auditorías técnicas de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional de las plataformas de facturación del operador con las respectivas observaciones.

5.4. ARGUMENTOS DE CONECEL EN SU RECLAMO ADMINISTRATIVO:

CONECEL fundamenta su reclamo, con los siguientes argumentos los cuales se proceden a analizar:

5.4.1 Argumento 1:

En el oficio No. DR-011-2020 de 10 de enero de 2020, recibido en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de los mismos mes y año, la operadora CONECEL expresa lo siguiente:

“(...) 4.1 El oficio impugnado contiene un acto administrativo

Señor Director, el Oficio impugnado dice:

*Una vez que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ha concluido la Auditoría técnica realizada a CONECEL, adjunto sírvase encontrar el Informe General Definitivo de la Auditoría técnica al Servicio Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, en el **cual se establecen recomendaciones que serán de cumplimiento obligatorio** para la operadora, y su posible incumplimiento será verificado conforme lo estipulado en el Artículo 118, literal b, numeral 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”*

Es claro que por medio de este instrumento -denominado como Oficio- se convierte las “recomendaciones” del Informe anexo, en verdaderas obligaciones para CONECEL, incluso sujetas a sanción.

En consecuencia, este oficio se encuadra en la definición de acto administrativo prevista en el art. 98 del Código Orgánico Administrativo (COA) (...)

No cabe duda que la imposición de estas obligaciones a CONECEL cumple con los requisitos para ser considerado un acto administrativo, así:

- i) *una declaración unilateral de la voluntad de la administración.*
- ii) *tienen efectos jurídicos individuales respecto de CONECEL pues le obligan a adoptar ciertos comportamientos e implementaciones de forma obligatoria.*
- iii) *Se agotan con su cumplimiento y son sujetas a control posterior por parte de ARCOTEL. (...)*

4.2 El acto administrativo impugnado es nulo por falta de motivación.

Sostenemos que el Oficio impugnado adolece de nulidad por falta de motivación pues es contrario al art. 100 del COA (...)

En el presente caso, de la simple lectura del texto del Oficio impugnado, se observa que éste remite al administrado al texto del Informe de Auditoría anexo, sin incorporar en el texto del acto administrativo dicha remisión, su análisis ni conclusiones, ni siquiera un resumen o cita de dicho Informe.

Es así que el Oficio no expresa en su texto las normas jurídicas aplicables ni su alcance, no explica tampoco cuáles son los hechos encontrados como relevantes para la adopción de la decisión de imponer a CONECEL las obligaciones adicionales a las que refiere el Informe, ni justifica su relación con las normas jurídicas aplicables. Solamente se limita a indicar que es de cumplimiento obligatorio bajo amenaza de sanción, es decir, convirtiendo las recomendaciones del informe en obligaciones.

Tampoco explica por qué razón, en base a qué normativa, en base a qué hechos y su calificación o gravedad, puede la ARCOTEL intervenir en asuntos de gestión y administración interna de CONECEL, yéndose en contra de normas expresas que garantizan su derecho a administrar el negocio a su mejor criterio, a su propia cuenta y riesgo. (...).”

Análisis del argumento 1:

El oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019 objeto del reclamo es un acto de la actividad de control de la administración pública emitido en función de sus competencias, a través del cual se notifica el contenido del Informe General Definitivo de Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación emitido por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, el 10 de diciembre de 2019.

El Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación anexo al oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, contiene el desarrollo los siguientes temas:

1. Antecedentes
2. Objetivos
3. Alcance
4. Introducción a la auditoría técnica del servicio móvil avanzado y larga distancia internacional de las plataformas de facturación a CONECEL.
5. Objetivo 1: Procedimientos que utiliza CONECEL, para la determinación y tratamiento de eventos en las plataformas que afecten la facturación y/o tarificación, de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional.
6. Objetivo 2: Verificar los eventos en los procesos y plataformas que afectan a la facturación y/o tarificación y su correspondiente tratamiento, en los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional; y,
7. Análisis de la información relacionada con las notas de crédito y acreditación de saldos, dentro del cual entre otros aspectos también constan las conclusiones y recomendaciones de la referida auditoría técnica.

Dentro de las conclusiones finales y recomendaciones de la auditoría técnica consta lo siguiente:

“(…) 7.3.3.8 CONCLUSIONES FINALES LUEGO DE LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR CONECEL

En esta sección se analizaron devoluciones realizadas por CONECEL que pueden modificar a las cuentas de ingresos, sin embargo, es necesario aclarar que estos casos no corresponden a errores o problemas técnicos de las plataformas de facturación, dichas transacciones corresponden a devoluciones realizadas por la operadora (sic), como resultado de hallazgos en los controles técnicos los servicios de valor agregado con mensajería premium realizados por ARCOTEL: A continuación, se presentan las siguientes conclusiones finales:

1. En la sección de Información contable consta para conocimiento, la dinámica contable para las modalidades de Prepago y Pospago, utilizada por CONECEL respecto a las devoluciones por heredación del servicio de valor agregado con Mensajería Premium, realizadas por la operadora.
2. Como se puede observar en el escenario analizado de heredación de los servicios de SVA con mensajería Premium, cada hallazgo corresponde a un escenario diferente e independiente, tanto en los procesos como en las diferentes plataformas utilizadas por la operadora. A través de controles técnicos o auditorías técnicas de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se utilizan diferentes procedimientos específicos para la determinación de afectaciones de valores a los clientes/abonados o usuarios, como fue el caso de la heredación de estos servicios en la Auditoría técnica de Servicios de Valor Agregado con Mensaje Premium.
3. En los resultados del análisis técnico, se determinó que, en el proceso de devoluciones de CONECEL, realizó acreditaciones como recargas al saldo principal (sin vigencia) para clientes o abonados de modalidades prepago y transacciones en notas de crédito y estados de cuenta para modalidades pospago.
4. Como un mecanismo para la devolución de valores a los usuarios inactivos. CONECEL publicó en su página web, la siguiente información: el número telefónico y el valor a devolver; sin embargo, en el transcurso del tiempo, el número de la línea telefónica puede pertenecer a más de un cliente o abonado, con base en lo cual, el número de la línea telefónica no es un identificador único de la persona en el listado publicado.

7.3.3.9 RECOMENDACIONES

Se recomienda disponer a CONECEL lo siguiente

1. Como un mecanismo para la devolución de valores a los usuarios inactivos, CONECEL publicó en su página web, la siguiente información: el número telefónico y la cantidad a devolver, sin embargo,

el número telefónico pudo pertenecer a más de un cliente o abonado, con lo cual no es identificable la persona que debe solicitar los valores publicados; con base en lo cual CONECEL deberá:

En el plazo de quince (15) días laborables, contados a partir de la entrega de la entrega del (sic) presenten informe, modificar la información publicada en su página web respecto a las 832 líneas de clientes o abonados inactivos que no fueron localizados, y se incluya el nombre o el número del documento del cliente/abonado o usuario de la línea afectada, para una efectiva identificación. Adicionalmente en la página web deberá especificar una explicación clara del contenido del listado y el procedimiento que la persona identificada en la lista que debe realizar para recuperar dichos valores. Así por ejemplo de detallar información como formas de devoluciones, las directrices y teléfonos de los Centros de Atención al Usuario, y requisitos como la presentación de la cédula o documento de identificación de la persona.

2. Para los casos eventuales, en los que, se presenten problemas en las plataformas tecnológicas o procesos del SMA y LDI de la operadora, que existan afectaciones a los clientes, abonados o usuarios u otros, que a su vez podrían implicar cambios en los valores de las cuentas contables de los ingresos de la operadora, CONECEL deberá:

2.1 Notificar a la ARCOTEL (Coordinación Técnica de Control) la ocurrencia del evento señalado, en un plazo máximo de dos (2) días laborales una vez identificado el evento, a través de una comunicación o correo electrónico a la Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL; y,

2.2 **Remitir a la ARCOTEL un informe técnico, en un plazo máximo de diez (10) días laborables** (contados desde la identificación del evento), detallando la problemática suscitada con al menos la siguiente información:

- Descripción del Evento
- Fecha y hora de inicio del evento (...)
- Fecha y hora de fin del evento (...)
- Descripción de Causas
- Servicios involucrados
- Plataformas y procesos involucrados
- Consecuencias del evento
- Solución planteada
- Afectación a otros (diferente a clientes, abonados, o usuarios)
- Documentos de respaldo.". (Negrita fuera del texto original).

La citada auditoría técnica contiene de manera clara los elementos esenciales de los hechos detectados o investigados con las correspondientes conclusiones finales y recomendaciones; por tanto la Dirección Técnica de Control Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL ha ejecutado las gestiones y acciones necesarias para dar cumplimiento a la facultad de control atribuida por ley; y; para dar cumplimiento, además, a la Recomendación No. 4 emitida por la Contraloría General del Estado en su Informe No. DNA4-0037-2018, atinente a la realización de auditorías técnicas de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional de las plataformas de facturación del operador con las respectivas observaciones, auditoría que fue puesta en consideración de CONECEL, a través del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, a efectos de que dé estricto cumplimiento a las conclusiones finales y recomendaciones, por lo tanto el argumento señalado por la operadora no puede ser aceptado ni procede la declaración de que "(...) de la simple lectura del texto del Oficio impugnado, se observa que éste remite al administrado al texto del Informe de Auditoría anexo, sin incorporar en el texto del acto administrativo dicha remisión, su análisis ni conclusiones, ni siquiera un resumen o cita de dicho informe. (...)".

La auditoría fue notificada a través del referido oficio a efectos de que CONECEL de manera obligatoria cumpla con sus recomendaciones dentro de los plazos establecidos en dicho informe, esto es, presente los informes y documentación requeridos con los argumentos que se crea asistida la reclamante a fin de desvirtuar las observaciones o justificar las mismas, por lo tanto las recomendaciones deben ser cumplidas por la operadora las cuales están directamente relacionadas con los clientes/abonados o usuarios, y que son en su beneficio para mejorar el servicio que presta la operadora tal como lo ha establecido norma constitucional, legal; y, el contrato de concesión.

En lo referente a lo que señala la reclamante respecto a que la auditoría técnica crea nuevas obligaciones que no están establecidas en el contrato de concesión, del contenido mismo del informe se aprecia que no es así, al contrario de lo manifestado por la operadora, la citada auditoría describe de manera clara **los procedimientos** que utiliza CONECEL, para la determinación y tratamiento de eventos en las plataformas que afecten la facturación y/o tarificación, de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional; **verifica** los eventos en los procesos y plataformas que afectan a la facturación y/o tarificación y su correspondiente tratamiento, en los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional; y, **analiza** la información relacionada con las notas de crédito y acreditación de saldos, para mejorar el servicio al usuario. En este sentido, no se imponen nuevas obligaciones, pues lo que se realiza con la auditoría es un control a fin de que el servicio destinado a los clientes/abonados o usuarios sean de calidad, por mandato constitucional, legal y contractual; y, además esto permite mejorar la actividad de control en cuanto a la determinación del pago de los derechos de concesión plenamente establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y estipulados en el contrato de concesión.

En virtud de lo anterior y en relación a la falta de motivación del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, alegada por la operadora, cabe señalar que en el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución, establece que las Resoluciones son las que deben ser motivadas, más el oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF objeto de reclamo no puede ser considerado un acto administrativo que genera efectos jurídicos individuales de forma directa, sino únicamente un acto de la actividad de control de la administración pública emitido en función de sus competencias, a través del cual en garantía del derecho fundamental de la defensa² previsto en el artículo 76, número 7, letra a) de la Norma Suprema se pone en conocimiento del administrado el contenido del informe de auditoría general definitivo a efectos de que el controlado de manera obligatoria cumpla con sus recomendaciones dentro de los plazos establecidos, esto es, presente los informes y documentación requeridos con los argumentos que se crea asistida a fin de desvirtuar las observaciones o justificar las mismas, esto es, que pueda defenderse de una imputación específica para no verse “obligado a combatir sin saber con certeza que conducta se le reprocha teniendo que luchar, por así decirlo, en varios frentes y por si acaso.”³, por consiguiente el contenido del oficio ha permitido la defensa de CONECEL⁴; empero, a pesar de no ser necesario, esta institución no se ha descuidado de sustentar este acto de control, ya que en forma previa a emitirlo, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL ha realizado un análisis minucioso preciso y detallado que consta en el Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación.

5.4.2 Argumento 2:

En el oficio No. DR-011-2020 de 10 de enero de 2020, recibido en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de enero los mismos mes y año, CONECEL expresa lo siguiente:

(...) V.- SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO IMPUGNADO

Al amparo de lo dispuesto por el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo, solicitamos que se suspenda los efectos de los actos recurridos mientras se tramita el presente reclamo.

Se cumplen los requisitos previstos por esta norma, pues: (...)

- 1 El presente reclamo se funda en causales de nulidad de pleno derecho, por ser el acto contrario a derechos constitucionales.
- 2 La ejecución del acto podría causar afectaciones de difícil o imposible reparación, pues si CONECEL cumple con modificar sus plataformas, contratar nuevas plataformas o softwares para poder cumplir

² TOMÁS HUTCHINSON. Régimen de Procedimientos Administrativos, Editorial Astrea, Novena Edición, 2010, pág. “3) Principio de defensa. La garantía de la defensa en juicio es aplicable al procedimiento administrativo, dada la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional, cuya plena vigencia es la base esencial del goce de los restantes derechos individuales. (...)”.

³ ALARCÓN SOTOMAYOR Lucía. El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales. Editorial Aranzandi, SA. Navarra, Primera Edición, 2007, pág. 113.

⁴ Ibídem pág. 113-115.

con lo requerido, quedará permanentemente obligado frente a sus terceros proveedores de estas plataformas o softwares que como hemos indicado durante la auditoría, no son de propiedad de CONECEL, obligaciones contractuales que no podrían deshacerse en caso de que se acepte el reclamo.

- 3 Asimismo, conforme hemos indicado al equipo Auditor, las modificaciones requeridas de su parte en los softwares y plataformas de facturación y gestión de CONECEL no necesariamente son posibles de realizar, ni dicha posibilidad está bajo control de CONECEL, que no es el propietario ni desarrollador de éstas. Con lo que se solicita el cumplimiento de un imposible, y que se agrava más cuando se instaura la obligación bajo amenaza de una sanción.

Es así que se cumplen los requisitos que prevé el art. 229 del COA para la suspensión de los efectos de los actos administrativos mientras se tramita un recurso o reclamo. (...)

VI.- PETICIÓN CONCRETA

Señor Director Ejecutivo de la ARCOTEL, con lo antes manifestado y conforme faculta el artículo 172 del ERJAFE, solicitamos respetuosamente a su Despacho: (...)

10. Se disponga la suspensión de los efectos del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de fecha 12 de diciembre de 2019, por haberse alegado su nulidad en base a violación de normas constitucionales y en razón de que su ejecución sería de difícil o imposible reversión en caso de aceptarse este recurso. (...).

Análisis del argumento 2:

Mediante Resolución No. ARCOTEL-2020-0010 de 14 de enero de 2020, notificada a CONECEL el 15 de los mismos mes y año con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-020-OF de 15 de enero de 2020, el Director Ejecutivo de la ARCOTEL, entre otros aspectos señala lo siguiente:

(...) La recurrente en su reclamo administrativo, no ha podido señalar en forma expresa, clara, precisa, las razones de la solicitud de suspensión de la ejecución y efectos del acto administrativo contenido en el oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197 de 12 de diciembre de 2019, a través del cual se entregó a CONECEL el Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación, es decir no ha justificado sobre que recomendaciones contenidas en el acto impugnado acarrea perjuicio al interés público o a terceros, o provoca perjuicios de imposible o difícil reparación; ni presenta un detalle, descripción, o especificación técnica por la cual CONECEL se vea obligado a erogar recursos para la contratación e implementación de licencias de software y desarrollos adicionales en sus plataformas.

En el presente caso CONECEL, en el oficio No. DR-011-2020 de 10 de enero de 2020 presentado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E el 10 de los mismos mes y año, hace una breve mención al perjuicio grave que causaría la ejecución del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF. El argumento expuesto resulta insuficiente, pues se limita a enunciar de manera general una erogación para la contratación de implementación de licencias de software en sus plataformas, lo cual obliga a suscribir contrato con terceros, por cuanto CONECEL no es el dueño ni desarrollador de estos sistemas; por tanto no se establece de forma precisa la correlación entre la ejecución del oficio y el presunto perjuicio.

Roberto Dromi⁵, en su obra "Derecho Administrativo", analiza la suspensión del acto y hace referencia a los perjuicios graves, así:

*(...) **Perjuicios graves.** En un principio para fundamentar la suspensión, se invocó el criterio del daño irreparable. En cuyo mérito procedía la suspensión cuando se daba esa situación. Tal criterio se abandonó, porque el Estado no puede producir nunca "perjuicios irreparables", dada su indiscutida condición de solvencia material (fiscus Semper solvens). Por otra parte, no se podía aguardar a que el daño se produjera, y se perfeccionara, por ende, la violación del orden jurídico para obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo. - Después se utilizó la fórmula "daño de difícil o imposible reparación" y "daño proporcionalmente mayor que los perjuicios que la suspensión" irrogaría a la autoridad pública, y **ahora simplemente se habla de perjuicios graves. Se entiende por ello que el acto debe suspenderse cuando su cumplimiento produce mayores perjuicios que su suspensión**, a juicio de la Administración Pública. Este criterio tiene, desde luego, un carácter contingente, aunque de rigor jurídico*

⁵DROMI Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires; Editorial ciudad Argentina Hispania Libros, 2006, p. 390, 392 y 393

impuesto por los límites de la actividad discrecional y los principios de equidad que rodean el caso concreto. (...)”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).

En el caso, y, en atención a lo señalado por el autor, lo expuesto por el recurrente sobre perjuicio grave resulta insuficiente.

En el oficio No. DR-011-2020, CONECEL no señala las presuntas causales de nulidad de pleno derecho del oficio impugnado, emitido por el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL. Siendo esta una de las circunstancias prevista por el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo COA para que proceda la suspensión. La operadora se limita únicamente a citar sin ningún análisis: “No cabe duda que esta impugnación se ha fundamentado en causales de nulidad de pleno derecho, concretamente la prevista en el numeral 1 del art. 105 del COA, así como el numeral 8 del mismo artículo.”.

Roberto Dromi⁶, en su obra “Derecho Administrativo”, analiza la suspensión del acto y hace referencia a la nulidad, así:

*“(…) **Nulidad.** La suspensión de la ejecución del acto es procedente cuando lo afectan vicios jurídicos. Cuando se alega fundadamente una ilegalidad, corresponde hacer lugar a la suspensión. La ilegalidad de vicios graves (v.gr., nulidad absoluta, nulidad manifiesta o inexistencia) quiebra la ejecutoriedad y la presunción de legalidad.*

La suspensión del acto por ilegalidad manifiesta (acto inexistente) no tiene límite alguno, es absoluta. Demostrada la ilegalidad procede la suspensión, pues en un Estado de derecho es inconcebible que la Administración Pública actúe al margen de la legalidad. Su actividad es siempre sublegal: debe actuar secundum legem.

En este caso es deber del órgano estatal, administrativo o judicial, según se trate, proceder a la suspensión de la ejecución del acto impugnado.”.

En el caso que nos ocupa, CONECEL, no cumple con las dos (2) circunstancias establecidas en el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo para que el acto impugnado pueda suspenderse. Estos requisitos son necesarios para que la Administración Pública evalúe la procedencia de la suspensión del acto administrativo, así lo dispone la norma en referencia.

*Por lo indicado, no se aprecia o determina la configuración de los presupuestos normativos determinados en la norma *ibídem*, relacionados con la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan causar los actos administrativos que se impugnan; así como tampoco se identifica preliminarmente que la impugnación se fundamente de forma argumentada en la causa de nulidad de pleno derecho que invoca. (...)”.*

Por lo indicado en los párrafos que preceden en la Resolución No. ARCOTEL-2020-0010 de 14 de enero de 2020, el Director Ejecutivo de la ARCOTEL, resolvió:

*“(…) **Artículo 2.- NEGAR** la solicitud de suspensión de la ejecución y efectos del acto administrativo contenido en el oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, solicitada por el señor Víctor García Talavera, Apoderado Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. mediante oficio No. DR-011-2020 de 10 de enero de 2020 ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de los mismos meses y año. (...)”.*

VI. CONCLUSIONES:

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis procedente, esta Dirección considera que:

- 1. La auditoría técnica contiene de manera clara los elementos esenciales de los hechos detectados con las correspondientes conclusiones finales y recomendaciones; por tanto la Dirección Técnica de Control Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, ha ejecutado las gestiones y acciones necesarias para dar cumplimiento a la facultad de control que tiene ARCOTEL atribuida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, la Recomendación No. 4 emitida por la Contraloría General del Estado en su Informe No. DNA4-0037-2018, atinente a la realización de auditorías técnicas de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional de las plataformas de facturación del operador con las respectivas*

⁶DROMI Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires; Editorial ciudad Argentina Hispania Libros, 2006, p. 390, 392 y 393

observaciones, auditoría que fue puesta en consideración de CONECEL, a través del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, a fin de que cumpla con sus conclusiones y recomendaciones.

2. La auditoría técnica fue puesta en consideración de CONECEL, a efectos de que el controlado de manera obligatoria cumpla con sus recomendaciones dentro de los plazos establecidos en dicho informe, esto es, presente los informes y documentación requeridos con los argumentos que se crea asistida la reclamante a fin de desvirtuar las observaciones o justificar las mismas, por lo tanto las recomendaciones deben ser cumplidas por la operadora las cuales están directamente relacionadas con los clientes/abonados o usuarios, y que son en su beneficio para mejorar el servicio que presta la operadora tal como lo ha establecido la norma constitucional, legal; y, el contrato de concesión.
3. La auditoría técnica no crea nuevas obligaciones, sino que describe de manera clara los procedimientos que utiliza CONECEL, para la determinación y tratamiento de eventos en las plataformas que afecten la facturación y/o tarificación, de los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional; verifica los eventos en los procesos y plataformas que afectan a la facturación y/o tarificación y su correspondiente tratamiento, en los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional; y, analiza la información relacionada con las notas de crédito y acreditación de saldos, para mejorar el servicio al usuario, en este sentido, no se están creando nuevas obligaciones, lo que se está realizando es un control a fin de que el servicio destinado a los clientes/abonados o usuarios sean de calidad, por mandato constitucional, legal y contractual; y, además esto permite mejorar la actividad de control en cuanto a la determinación del pago de los derechos de concesión plenamente establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y estipulados en el contrato de concesión.
4. Durante la vigencia de los títulos habilitantes la ARCOTEL tiene plena competencia para requerir a los prestadores de servicios de telecomunicaciones cualquier información que considere pertinente, producida como consecuencias de la prestación de los servicios y ejecución de los títulos habilitantes; y, recaudar valores por concepto derechos de concesión variable o derechos económicos por la prestación de servicios de telecomunicaciones, a fin de establecer formas de control en cuanto a los ingresos de las operadoras del servicio móvil avanzado lo cual conlleva la determinación de los montos de ingresos en base a la facturación y/o tarificación y su correspondiente tratamiento, en los servicios móvil avanzado y larga distancia internacional.
5. Tomando en consideración lo establecido en los artículos 142 y 147, Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en armonía con la cláusula treinta y tres del contrato de concesión, la prestación del servicio móvil avanzado está sujeta al control y supervisión por parte de la ARCOTEL, para lo cual está autorizada para realizar, las auditorías técnicas y exámenes que fueren necesarios, lo contrario, equivaldría a restringir o a limitar las facultades otorgadas por la ley y las estipulaciones establecidas en el contrato de concesión, considerando aún más, que los propios contratos de concesión, establecen la posibilidad de sujetarse a la nueva normativa legal que se dicte en el Estado Ecuatoriano, conforme lo estipula la Cláusula Setenta y tres del contrato de concesión que manifiesta: “Legislación Aplicable y Ordenamiento Jurídico Vigente.- La Legislación Aplicable y el Ordenamiento Jurídico Vigente están definidos en el Anexo Uno.”.
6. El reclamo administrativo ingresado por CONECEL a esta entidad con oficio No. DR-011-2020 recibido en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de enero de 2020, en contra del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, con el cual el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL remite a la citada operadora el Informe General Definitivo de la Auditoría Técnica de los Servicios Móvil Avanzado y Larga Distancia Internacional de las Plataformas de Facturación; no puede ser admitido a trámite como impugnación a un acto administrativo, por cuanto, es un acto de la actividad de control de la administración pública emitido en función de sus competencias, a

través del cual en garantía de derecho fundamental de la defensa previsto en el artículo 76, número 7, letra a) de la Norma Suprema alerta, avisa o anuncia al administrado de un informe de auditoría, a efectos de que el controlado de manera obligatoria cumpla con sus recomendaciones dentro de los plazos establecidos en la misma.

7. La solicitud de suspensión realizada por CONECEL, a través del oficio No. DR-011-2020 recibido en esta institución con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de enero de 2019, no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo para proceder con la suspensión de la ejecución del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2020, emitido por el Director Ejecutivo de la ARCOTEL.

En lo que tiene relación al número 1 de la norma *ibídem*, se limita a señalar de una posible erogación para la contratación e implementación de licencias de software en sus plataformas, lo cual obliga a suscribir contratos con terceros, por cuanto CONECEL no es el dueño ni desarrollador de estos sistemas, cuando estas responsabilidades le corresponden a la operadora para brindar servicios de calidad al usuario. Sobre el número 2, no se verifica análisis alguno o argumento que justifique la suspensión por la causal de nulidad invocada. El artículo 229 *eiusdem* hace referencia a la concurrencia de los requisitos fijados en los números 1 y 2, en el caso no se cumple con estas dos circunstancias establecidas en la norma para que opere la suspensión del acto administrativo contenido en el oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019.

VII. RECOMENDACIÓN:

Con base en los antecedentes, fundamentos jurídicos, análisis precedente; y, estando dentro del término para resolver, se considera jurídicamente procedente que el Director Ejecutivo como máxima autoridad de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en uso de sus atribuciones legales, NEGAR el Reclamo Administrativo presentado por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, mediante oficio No. DR-011-2020 recibido en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de enero de 2020, en contra del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, emitido por el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL.

Este informe se emite con sujeción a lo dispuesto en el primer inciso del artículo 122 del Código Orgánico Administrativo.”.

VI. RESOLUCIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al amparo de lo previsto en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador; 147, 148, números 1 y 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, Resolución No. ARCOTEL-01-01-2020 de 13 de marzo de 2020, emitida por Directorio de la ARCOTEL; el suscrito Director Ejecutivo, máxima autoridad de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL;

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00045 de 30 de julio de 2020, emitido por la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL.

Artículo 2.- NEGAR el Reclamo Administrativo presentado por el señor Víctor Manuel García Talavera en calidad de Apoderado Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, mediante oficio No. DR-011-2020 ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de enero de 2020, en contra del oficio No. ARCOTEL-CCON-2019-1197-OF de 12 de diciembre de 2019, emitido por el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL.

Artículo 3.- DISPONER el archivo del Reclamo Administrativo, ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E de 10 de enero de 2020.

Artículo 4.- INFORMAR al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, que tiene derecho a impugnar esta Resolución en sede judicial de conformidad a lo previsto en el artículo 219, inciso tercero del Código Orgánico Administrativo.

Artículo 5.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, notifique el contenido de la presente resolución al señor Víctor Manuel García Talavera, en calidad de Apoderado Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL (SMA) en las siguientes direcciones electrónicas vgarcia@claro.com.ec, mcarden@claro.com.ec, Iguerrap@claro.com.ec y fpozo@gottfredipozo.com señalados por el reclamante en el escrito de impugnación recibido en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000511-E, de conformidad con las normas del Código Orgánico Administrativo; y, considerando el estado de excepción en que se encuentra el país; a la Coordinación General Jurídica; a la Dirección de Patrocinio y Coactivas de la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación Técnica de Control; a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones; y, a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL.

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 30 de julio de 2020.

Lcdo. Rodrigo Xavier Aguirre Pozo
DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES,
ARCOTEL

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
Abg. Juan Seminario Esparza SERVIDOR PÚBLICO	Dra. Adriana Ocampo Carbo DIRECTORA DE IMPUGNACIONES	Abg. Fernando Torres Núñez COORDINADOR GENERAL JURÍDICO