

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2020-0612

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONSIDERANDO:

I. ACTO IMPUGNADO

1.1. Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013.

El acto administrativo impugnado es la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013, de fecha 21 de febrero de 2020, en la cual se resolvió:

*"(...) **Artículo 2.- DECLARAR** que se ha comprobado la existencia del presupuesto fáctico que originó la emisión del **Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037** de 02 de diciembre de 2019, así como la responsabilidad del Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL**, en el hecho descrito en el Informe Técnico **No. IT-CCDS-AT-2018-012** de 04 de julio de 2018, y que se ratifica en el **Informe técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020**; mediante el cual, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones determinó que: '(...) ... existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través el canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en 'Lista Negra V2'; es decir, **CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos.** Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH (...), inobservando lo establecido en su Contrato de Concesión (CUARENTA Y UNO PUNTO DOCE y CUARENTA Y UNO PUNTO TRECE) y lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Artículo 22, numeral 24, Artículo 24, numerales 4 y 17 por lo tanto, se ha configurado la comisión de la infracción administrativa de **Primera Clase, tipificada en el artículo 117, letra b) número 16** de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

***Artículo 3.- IMPONER** al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL**, con RUC 1791251237001, la sanción económica de **TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 01/100 (USD \$3.578,01)**, de acuerdo a lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 (...)"*

II. COMPETENCIA.

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

2.1 CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, 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 (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

“Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial.

Se correrá traslado de los recursos a todas las personas interesadas.” (Negrita fuera del texto original)

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

“Art. 147.- Director Ejecutivo. 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.

Con excepción de las competencias expresamente reservadas al Directorio, la o 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.”

“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. (...) 8. Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador. 11. Aprobar la normativa interna, suscribir los contratos y emitir los actos administrativos necesarios para el funcionamiento de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...) 16. Ejercer las demás competencias establecidas en esta Ley o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.”. (Subrayado fuera del texto original).

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 1.1.1.2. Dirección Ejecutiva, acápites II y III letras a), i), m); y, w) que establece la atribución y responsabilidad del Director Ejecutivo de la ARCOTEL: a) “Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia.”; i) Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento administrativo sancionados”; m) Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; y, 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, número 1.3.1.2 Gestión Jurídica, acápite III numerales 1, 2 y 11, prescribe que es atribución y responsabilidad del Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL: “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;” y, 11. “Cumplir las demás disposiciones y delegaciones emitidas por la Dirección Ejecutiva”.

El artículo 10, número 1.3.1.2.3 Gestión de Impugnaciones, acápites II y III letra b), determina que es atribución y responsabilidad de la Dirección de Impugnaciones: “b. Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL. (...)”.

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

En la disposición derogatoria única de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, 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 opongán al alcance y contenido de dicho instrumento.

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

Mediante Resolución No. 01-01-2020 de 13 de marzo de 2020, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió:

*“(...) **Artículo 2.-** Designar al licenciado Rodrigo Xavier Aguirre Pozo, Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quién 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 13 de mayo de 2019, se designó al Mgs. 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 septiembre de 2019, 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.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1 Mediante resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020, emitido por el Director Técnico Zonal 2, Función Sancionadora de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se resolvió:

*“(...) **Artículo 3.- IMPONER** al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con RUC 1791251237001, la sanción económica de **TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 01/100 (USD \$3.578,01)**, (...)”*

3.2 El señor Víctor Manuel García Talavera, representante de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, mediante escrito ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-003937-E de 09 de marzo de 2020, presenta recurso de apelación en contra de la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020, y solicita:

“(...) Pido a Usted en su calidad de Director de la ARCOTEL, en relación al ACTO ADMINISTRATIVO – Resolución- dictada el día 21 de febrero del 2020 (notificada el 26 de febrero mediante oficio No. ARCOTEL-CZO2-2020-056-OF) dentro del procedimiento administrativo signado con Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 declare la nulidad del acto administrativo al violar el principio rector en materia de derecho administrativo y constitucional como es la motivación, violación que ha lesionado además los derechos fundamentales de tutela efectiva, defensa y seguridad jurídica y debido proceso, todo lo cual provoca además la nulidad de pleno derecho del acto, por incurrir en vicios que no son susceptibles de convalidación. (...)”

3.3 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00056 de 13 de marzo de 2020, la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, dispuso que el señor Víctor Manuel García Talavera, en representación de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 220 numeral 3 del Código Orgánico Administrativo.

Según consta en el memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0686-M de 20 de marzo de 2020, mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-0207-OF, el día 16 de marzo de 2020 se notificó el contenido de la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00056, al señor

Víctor Manuel García Talavera, en representación de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL.

3.4 El señor Víctor Manuel García Talavera, representante de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-004275-E de 16 de marzo de 2020, subsana el recurso de apelación, dando cumplimiento a lo dispuesto en la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00056, emitida por la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL.

3.5 Mediante Decreto Ejecutivo No. 1017 de 16 de marzo de 2020, se declara 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 Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, 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.*".

3.6 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00063 de 27 de mayo de 2020, la Dirección de Impugnaciones, informa que, en cumplimiento de la resolución No. ARCOTEL-2020-0124 de 17 de marzo de 2020, los términos y plazos de los procedimientos administrativos de impugnaciones, recursos y reclamos administrativos se encuentran suspendidos, una vez se levante la medida se continuará con el trámite respectivo.

Según consta en el memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-1720-M de 23 de septiembre de 2020, mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-0320-OF, el día 28 de mayo de 2020 se notifica el contenido de la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00063, al señor Víctor Manuel García Talavera, en representación de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL.

3.7 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 rige durante treinta días a partir de la suscripción del mismo.

A través de la resolución No. ARCOTEL-2020-0244 de 17 de junio de 2020, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, resolvió levantar la suspensión de los términos y plazos dispuestos en la resolución No. ARCOTEL-2020-0124 de 17 de marzo de 2020.

3.8 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00078 de 18 de junio de 2020, la Dirección de Impugnaciones, admite a trámite el Recurso de Apelación, presentado por el señor Víctor Manuel García Talavera, representante de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, a través del documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-003937-E de 09 de marzo de 2020; se apertura el periodo de prueba por el término de treinta (30) días; se agrega la prueba anunciada por la administrada, que será analizada al momento de resolver; se solicita prueba de oficio de conformidad con el artículo 198 del Código Orgánico Administrativo; y, respecto de la audiencia solicitada por la recurrente de conformidad con el artículo 137 de la norma ibídem, que le faculta a la administración convocar o no audiencia se dispone

que con el fin de precautelar la salud y cumplir con las medidas básicas contra el COVID-19, se solicita al recurrente presente sus alegatos en forma escrita.

Según consta en el memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-1098-M de 06 de julio de 2020, mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-0389-OF, el día 18 de junio de 2020 se notifica el contenido de la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00078, al señor Víctor Manuel García Talavera, representante de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL.

3.9 Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0910-M de 23 de junio de 2020, el señor Director Técnico Zonal 2 de ARCOTEL, remite copia debidamente certificada y foliada del expediente que concluye con la expedición de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013; y, adjunto el informe jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-130 de 22 de junio de 2020, respecto de la fórmula de cálculo que determinó la sanción económica estipulada en el artículo tres de la Resolución impugnada, prueba de oficio solicitada por la Dirección de Impugnaciones.

3.10 El señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, mediante documento ingresado a la institución con el No. ARCOTEL-DEDA-2020-007385-E de 25 de junio de 2020, ratifica su pedido y solicita se realice la audiencia mediante plataformas digitales.

3.11 La Coordinación Técnica de Control, mediante memorando No. ARCOTEL-CCON-2020-1012-M de 09 de julio de 2020, remite el informe técnico No. IT-CCDS-AT-2020-012 de 03 de julio de 2020, referente al análisis de los argumentos técnicos presentados por CONECEL S.A., en el escrito de interposición del recurso de apelación signado con el No. ARCOTEL-DEDA-2020-003937, prueba de oficio solicitada por la Dirección de Impugnaciones.

3.12 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00134 de 11 de agosto de 2020, se incorpora los documentos al expediente; se corre traslado a la recurrente para que se pronuncie sobre el contenido de la prueba de oficio de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del Código Orgánico Administrativo; en referencia a la insistencia por parte del administrado, para que se lleve a cabo la audiencia, se señala día y hora a efectuarse la diligencia a través de la plataforma Cisco Webex; se declara cerrado el término probatorio; y, se amplía de forma extraordinaria el plazo para resolver por el periodo de un mes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 204 del Código Orgánico Administrativo.

Según consta en el memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-1358-M de 13 de agosto de 2020, mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-0592-OF, el día 13 de agosto de 2020 se notifica el contenido de la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00134, al señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.

3.13 El señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-011055-E de 17 de agosto de 2020, solicita se corra traslado con una copia certificada y foliada del expediente físico o digital, que corresponde a la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020.

3.14 Mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-011177-E de 19 de agosto de 2020, el señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano

de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, se pronuncia sobre el contenido de la prueba de oficio, que se corre traslado con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00134.

3.15 Según se desprende del Acta de Audiencia debidamente firmada por los asistentes, dentro de la presente sustanciación del recurso de apelación, el día 20 de agosto de 2020 a las 10h10, a través de la plataforma Cisco Webex, se lleva a cabo la diligencia.

3.16 Mediante memorando No. ARCOTEL-CJDI-2020-0509-M de 26 de agosto de 2020, la Dirección de Impugnaciones, solicita a la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, copia certificada y foliada del expediente de sustanciación que culminó con la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013, para dar cumplimiento a lo solicitado por CONECEL S.A.

Mediante el oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-0714-OF de 02 de septiembre de 2020, el día 03 de septiembre de 2020, se notifica el expediente físico que culmina con la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013, al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., en las oficinas ubicadas en la Av. Río Amazonas N44-105 y Río Coca.

3.17 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00261 de 29 de septiembre de 2020, se incorpora la documentación al expediente; respecto de los argumentos señalados de la prueba de oficio, se indica que serán considerados al momento de resolver; y, en armonía de lo dispuesto en los artículos 162 y 198, y por ser necesaria la información técnica se suspende el plazo del procedimiento administrativo por dos meses; y, en virtud de las competencias se solicita a la Coordinación Técnica de Control de ARCOTEL, remita un informe técnico en el cual determine los antecedentes y normativa que sirvió de base para la emisión del memorando No. ARCOTEL-CTC-2015-0216-M de 19 de octubre de 2015, documento elaborado por el Coordinador Técnico de Control, explique el proceso y la metodología de cálculo para la imposición de sanciones, su ámbito de aplicación, y la metodología que es aplicada por las Coordinaciones Zonales que se encuentran bajo su responsabilidad.

Según consta en el memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-1823-M de 30 de septiembre de 2020, mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-0852-OF, el día 30 de septiembre de 2020 se notifica el contenido de la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00261, al señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.

3.18 Mediante memorando No. ARCOTEL-CCON-2020-1418-M de 12 de octubre de 2020, la Coordinación Técnica de Control de ARCOTEL, da respuesta a lo solicitado con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00261, e indica:

“(...) Con estos antecedentes, me permito manifestar que, la información solicitada en el memorando Nro. ARCOTEL-CJDI-2020-0638-M, debe reposar en los archivos de la ex Dirección Jurídica de Control de Telecomunicaciones; de la cual esta Coordinación Técnica de Control no tiene conocimiento adicional, ya que como se menciona en dicho documento, ‘La información referente a la Metodología de Cálculo a ser empleada para la imposición de sanciones, deberá ser utilizada de manera confidencial’.”

El proceso administrativo ha sido sustanciado de conformidad con los preceptos constitucionales y legales, 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, por lo que se declara su validez.

IV. BASE LEGAL

4.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No. 449 DE 20 DE OCTUBRE DE 2008.

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

“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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) 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.

“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 y negrita 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 y negrita fuera del texto original).

“Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

(...)

5. Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.”(...)

“Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.”

“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.”

“Art. 384.- La comunicación como un servicio público se prestará a través de medios públicos, privados y comunitarios.

El sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana.

El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana.”

“Art. 384.- El sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana.

El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana.

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

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

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”

4.2. CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO NO. 31 DE 07 DE JULIO DE 2017.

“Art. 3.- Principio de eficacia. Las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias.”

“Art. 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.”

“Art. 17.- Principio de buena fe. Se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.”

“Art. 19.- Principio de imparcialidad e independencia. Los servidores públicos evitarán resolver por afectos o desafectos que supongan un conflicto de intereses o generen actuaciones incompatibles con el interés general. Los servidores públicos tomarán sus resoluciones de manera autónoma.”

“Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.”

“Art. 33.- Debido procedimiento administrativo. Las personas tienen derecho a un procedimiento administrativo ajustado a las previsiones del ordenamiento jurídico.”

“Art. 99.- Requisitos de validez del acto administrativo.

Son requisitos de validez:

1. Competencia
2. Objeto
3. Voluntad
4. Procedimiento
5. Motivación.”

“Art. 101.- Eficacia del acto administrativo. El acto administrativo será eficaz una vez notificado al administrado. La ejecución del acto administrativo sin cumplir con la notificación constituirá, para efectos de la responsabilidad de los servidores públicos, un hecho administrativo viciado.”

“Art. 103.- Causas de extinción del acto administrativo.

El acto administrativo se extingue por:

1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad.
2. Revocatoria, en los casos previstos en este Código.
3. Cumplimiento, cuando se trata de un acto administrativo cuyos efectos se agotan.
4. Caducidad, cuando se verifica la condición resolutoria o se cumple el plazo previsto en el mismo acto administrativo o su régimen específico.

5. Ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él, de conformidad con la ley, si no se ha previsto un régimen específico.”

“Art. 122.- Dictamen e informe. El dictamen y el informe aportan elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa.

Cuando el acto administrativo requiere fundarse en dictámenes o informes, en estos estará expresamente previsto el ordenamiento jurídico, como parte del procedimiento.

Únicamente con expresa habilitación del ordenamiento jurídico, un órgano administrativo puede requerir dictámenes o informes dentro de los procedimientos administrativos.”

“Art. 123.- Alcance del dictamen o informe. El dictamen o informe se referirá a los aspectos objeto de la consulta o del requerimiento; a las materias objeto de la competencia del órgano emisor y a los aspectos que incumben a la profesión, arte u oficio, de los servidores públicos que lo suscriben.”

“Art. 124.- Contenido del dictamen o informe. El dictamen o informe contendrá:

1. La determinación sucinta del asunto que se trate.
2. El fundamento.
3. Los anexos necesarios.

Los dictámenes contendrán, además, de forma inequívoca, la conclusión, pronunciamiento o Recomendación.”

“Art. 133.- Aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.

Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.

Asimismo, el órgano competente puede, de oficio, realizar las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones en el plazo de tres días subsiguientes a la expedición de cualquier acto administrativo.

La solicitud de aclaración, rectificación o subsanación del acto administrativo, no interrumpe la tramitación del procedimiento, ni los plazos para la interposición de los recursos que procedan contra la resolución de que se trate.

No cabe recurso alguno contra el acto de aclaración, rectificación o subsanación a que se refiere este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra el acto administrativo.”

“Art. 181.- Procedencia. El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas provisionales de protección, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

1. Que se trate de una medida urgente.
2. Que sea necesaria y proporcionada.
3. Que la motivación no se fundamente en meras afirmaciones.

Las medidas provisionales serán confirmadas, modificadas o levantadas en la decisión de

iniciación del procedimiento, término que no podrá ser mayor a diez días desde su adopción.

Las medidas provisionales ordenadas quedan sin efecto si no se inicia el procedimiento en el término previsto en el párrafo anterior o si la resolución de iniciación no contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

Las medidas provisionales de protección se adoptarán garantizando los derechos amparados en la Constitución.”

“Art. 183.- *Iniciativa. El procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a solicitud de la persona interesada.*

A solicitud de la persona interesada de la forma y con los requisitos previstos en este Código.

De oficio, mediante decisión del órgano competente, bien por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos administrativos o por denuncia.

“Art. 186.- *Petición razonada. La petición razonada es la propuesta de inicio del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciarlo y que tiene conocimiento de su objeto.*

La petición contendrá los mismos requisitos previstos para la orden superior.

Sin embargo, el órgano a quien se dirige la petición podrá abstenerse de iniciar el procedimiento para lo cual comunicará expresamente y por escrito, los motivos de su decisión.”

“Art. 187.- *Denuncia. La denuncia es el acto por el que cualquier persona pone en conocimiento, de un órgano administrativo, la existencia de un hecho que puede constituir fundamento para la actuación de las administraciones públicas.*

La denuncia por infracciones administrativas expresará la identidad de la persona que la presenta, el relato de los hechos que pueden constituir infracción y la fecha de su comisión y cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.

La denuncia no es vinculante para iniciar el procedimiento administrativo y la decisión de iniciar o no el procedimiento se comunicará al denunciante.”

“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. 195.- Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos. En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada.

La administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

“Art. 196.- Regla de contradicción. La prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

“Art. 198.- Prueba oficiosa. Las administraciones públicas podrán disponer la práctica de cualquier prueba que juzguen necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.”

“Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial.

Se correrá traslado de los recursos a todas las personas interesadas.” (Subrayado fuera del texto original).

“Art. 248.- Garantías del procedimiento. El ejercicio de la potestad sancionadora requiere procedimiento legalmente previsto y se observará:

1. En los procedimientos sancionadores se dispondrá la debida separación entre la función instructora y la sancionadora, que corresponderá a servidores públicos distintos.
2. En ningún caso se impondrá una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.
3. El presunto responsable por ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pueda imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.
4. Toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no exista un acto administrativo firme que resuelva lo contrario.”

“Art. 249.- Deber de colaboración con las funciones de inspección. Las personas deben colaborar con la administración pública. Deben facilitar al personal inspector, en el ejercicio de sus funciones, el acceso a las dependencias e instalaciones y el examen de documentos, libros y registros directamente relacionados con la actividad inspectora.

Si se le niega la entrada o acceso a los lugares objeto de inspección, no se les facilita la documentación solicitada o no se acude a la oficina administrativa a requerimiento del

órgano o servidor público competente, el inspector formulará por escrito la advertencia de que tal actitud constituye infracción administrativa sancionable.”

“Art. 250.- Inicio. El procedimiento sancionador se inicia de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

La iniciación de los procedimientos sancionadores se formaliza con un acto administrativo expedido por el órgano instructor.

“Art. 251.- Contenido. Este acto administrativo de inicio tiene como contenido mínimo:

1. Identificación de la persona o personas presuntamente responsables o el modo de identificación, sea en referencia al establecimiento, objeto u objetos relacionados con la infracción o cualquier otro medio disponible.
2. Relación de los hechos, sucintamente expuestos, que motivan el inicio del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que puedan corresponder.
3. Detalle de los informes y documentos que se consideren necesarios para el esclarecimiento del hecho.
4. Determinación del órgano competente para la resolución del caso y norma que le atribuya tal competencia.

En el acto de iniciación, se pueden adoptar medidas de carácter cautelar previstas en este Código y la ley, sin perjuicio de las que se puedan ordenar durante el procedimiento. Se le informará al inculpado su derecho a formular alegaciones y a la argumentación final en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.”

“Art. 252.- Notificación del acto de iniciación. El acto administrativo de inicio se notificará, con todo lo actuado, al órgano peticionario, al denunciante y a la persona inculpada. Salvo que se requiera la colaboración personal en el procedimiento, la notificación de inicio del procedimiento será la última que se cursa al peticionario o al denunciante, si ha fijado su domicilio de conformidad con este Código.

En el caso de que la o el inculpado no conteste el acto administrativo de inicio en el término de diez días, este se considerará como el dictamen previsto en este Código, cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

En caso de infracciones administrativas flagrantes, el acto de inicio se incorporará en una boleta, adhesivo o cualquier otro instrumento disponible que se entregará a la o al presunto infractor o se colocará en el objeto materia de la infracción o el lugar en el que se produce.”

“Art. 255.- Actuaciones de instrucción. La o el inculpado dispone de un término de diez días para alegar, aportar documentos o información que estime conveniente y solicitar la práctica de las diligencias probatorias. Así mismo podrá reconocer su responsabilidad y corregir su conducta.

La o el instructor realizará de oficio las actuaciones que resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e información que sean relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.”

“Art. 257.- Dictamen. Si el órgano instructor considera que existen elementos de convicción suficientes emitirá el dictamen que contendrá:

1. La determinación de la infracción, con todas sus circunstancias.
2. Nombres y apellidos de la o el inculpado.
3. Los elementos en los que se funda la instrucción.
4. La disposición legal que sanciona el acto por el que se le inculpa.
5. La sanción que se pretende imponer.
6. Las medidas cautelares adoptadas.

Si no existen los elementos suficientes para seguir con el trámite del procedimiento sancionador, el órgano instructor podrá determinar en su dictamen la inexistencia de responsabilidad.

El dictamen se remitirá inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto con todos los documentos, alegaciones e información que obren en el mismo.”

“Art. 260.- Resolución. *El acto administrativo que resuelve el procedimiento sancionador, además de cumplir los requisitos previstos en este Código, incluirá:*

- 1. La determinación de la persona responsable.*
 - 2. La singularización de la infracción cometida.*
 - 3. La valoración de la prueba practicada.*
 - 4. La sanción que se impone o la declaración de inexistencia de la infracción o responsabilidad.*
 - 5. Las medidas cautelares necesarias para garantizar su eficacia.*
- En la resolución no se pueden aceptar hechos distintos a los determinados en el curso del procedimiento.*

El acto administrativo es ejecutivo desde que causa estado en la vía administrativa.

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

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

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

(...) 24. A no recibir mensajes masivos o individuales o llamadas con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista, que no hayan sido previa y expresamente autorizados por el cliente, abonado o usuario.

En aplicación de los principios de progresividad y de no regresividad, se podrán establecer nuevos derechos a favor de los usuarios y abonados o regular la aplicación de los establecidos en esta Ley, sin menoscabarlos o disminuirlos.

Los derechos de los abonados y usuarios señalados no excluyen otros que se establezcan en el ordenamiento jurídico vigente.

Estos derechos son extensivos a los abonados, clientes y usuarios de los sistemas de audio y vídeo por suscripción, en lo que fueren aplicables.”

“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:

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

(...)

17. No limitar, bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, priorizar ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de Internet o en general de sus redes u otras

tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales, salvo las excepciones establecidas en la normativa vigente. Se exceptúan aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de contenidos, o por disposición de autoridad competente. Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas para efectos de garantizar el servicio. (...)"

“Art. 117.- *Infracciones de primera clase.*

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

“Art. 121.- *Clases.*

Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:

1. *Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia.*
2. *Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% al 0,07% del monto de referencia.*
3. *Infracciones de tercera clase.- La multa será de entre el 0,071% y el 0,1 % del monto de referencia.*
4. *Infracciones de cuarta clase.- La sanción será la revocatoria del título habilitante, con excepción de aquellas que se originen en tercera clase y que por reincidencia se establezcan como de cuarta clase en la que la multa será del 1% del monto de referencia.”.*

“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.”

“Artículo 144.- *Competencias de la Agencia.-Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...)4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, (...) con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico (...)*”

V. ANÁLISIS JURÍDICO

La Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, emite su Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00126 de 27 de noviembre de 2020, referente al recurso de apelación, interpuesto por

el señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, mediante escrito ingresado en esta entidad con No. ARCOTEL-DEDA-2020-003937-E de 09 de marzo de 2020, en contra de la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020; y, en lo referente al análisis jurídico se determina:

El señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, permisionario del servicio de valor agregado, mediante escrito ingresado en esta entidad con No. ARCOTEL-DEDA-2020-003937-E de 09 de marzo de 2020, solicita:

“(...) 3. Pido a Usted en su calidad de Director de la ARCOTEL, en relación al ACTO ADMINISTRATIVO – Resolución- dictado el día 21 de febrero del 2020 (notificada el 26 de febrero mediante oficio No. ARCOTEL-CZO2-2020-056-OF) dentro del procedimiento administrativo signado con Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 declare la nulidad del acto administrativo al violar el principio rector en materia de derecho administrativo y constitucional como es la motivación, violación que ha lesionado además los derechos fundamentales de tutela efectiva, defensa y seguridad jurídica y debido proceso, todo lo cual provoca además la nulidad de pleno derecho del acto, por incurrir en vicios que no son susceptibles de convalidación (...)”.

5.1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0910-M de 23 de junio de 2020, la Coordinación Zonal 2 remite copia certificada y foliada del expediente administrativo que concluyó con la expedición de la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020.

La Constitución de la República del Ecuador en los artículos 261 y 313, dispone que el Estado central tendrá competencias exclusivas y el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, entre los cuales se encuentra el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, es la entidad competente encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión en todo el territorio nacional. Además de iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos, para determinar las infracciones, e imponer la respectiva sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 125 y 142 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Se ha considerado oportuno analizar el origen y desarrollo del Procedimiento Administrativo Sancionador que concluyó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de fecha 21 de febrero de 2020.

ANTECEDENTE FÁCTICO, HECHO, CONDUCTA O DOCUMENTOS QUE IMPULSA EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.

En el ejercicio de sus competencias la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, emite el Informe Técnico AMP-CONECEL S.A. No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, el mismo que concluye:

“(...) 7. CONCLUSIÓN

Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en 'Lista Negra V2'; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH.

8. RECOMENDACIÓN

Remitir el presente informe a la Coordinación Técnica de Control para conocimiento de las verificaciones efectuadas y para que, de considerarlo pertinente, se remita a la Coordinación Zonal 2 para las acciones legales que correspondan, dado que CONECEL S.A. no bloqueó los mensajes masivos a los Abonados/Clientes y Usuarios que así lo solicitaron conforme se detalle en este informe.(...)"

La Coordinación Técnica de Control de ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M de 04 de julio de 2018, remite el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012, con el fin de que se adopten las acciones administrativas que considere pertinentes.

El Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, emite el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2019-075 de 13 de septiembre de 2019, concluye:

"(...) 7. CONCLUSIONES.-

Sobre la base de la conclusión del Informe Técnico citado, en el cual se ha determinado que: "... la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en 'Lista Negra V2'; es decir CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron suscripción al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH.'; hecho detectado en el INFORME TÉCNICO No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, el cual constituye un documento público que observa los requisitos legales pertinentes y contiene hechos constatados por servidores públicos y que tiene valor probatorio independientemente de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los inculpados, con fundamento en el Art. 256 del Código Orgánico Administrativo.

*Con sustento en lo expuesto, tomando en cuenta que la carga de la prueba le corresponde a la administración, y considerando que el informe técnico constituyó el medio probatorio mediante el cual la administración atribuyo al presunto infractor la comisión de una conducta o un hecho, observando la garantía básica del debido proceso '**motivación**' de las resoluciones de los poderes públicos, consagrada en el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República que ordena que: '**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**', se debe asegurar el debido proceso del administrado así como la garantía básica constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, de manera particular, el número 7, letra b), c) y h), así como el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador establecido en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; debiéndose respetar las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código*

Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, reglamentos y normas aplicables.

Será la función instructora en uso de sus facultades constitucionales y legales quien acoja o no, total o parcialmente el presente informe jurídico, mismo que hace un breve análisis de un presunto incumplimiento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sin que esto signifique bajo ningún concepto la validez científica y técnica del Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012, siendo de estricta responsabilidad de los funcionarios públicos que lo emitieron.”

Acto de Inicio del procedimiento administrativo sancionador

El Código Orgánico Administrativo, regula el ejercicio de la función administrativa de los órganos que conforman el sector público, el Libro Tercero Título I, determina el procedimiento administrativo sancionador debiendo cumplirse de manera obligatoria por parte de la administración pública.

Con fundamento en el Informe Técnico de Auditoría AMP CONECEL S.A. No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, y los anexos; y, el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2019-075 de 13 de septiembre de 2019, se emite el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024 de 17 de septiembre de 2019, suscrito por el responsable de la Función Instructora, a fin de investigar y comprobar la existencia del hecho, CONECEL S.A. estaría presuntamente incurriendo en una infracción de segunda clase prevista en el artículo 118, literal b), numeral 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que determina: “22. *Incumplir las disposiciones y recomendaciones de los informes de auditoría realizados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.*”

Se notifica el acto de inicio del procedimiento sancionador, conjuntamente con los documentos de respaldo, que corresponde al Informe Técnico de Auditoría AMP CONECEL S.A. No. IT-CCDS-AT-2018-012, e Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2019-075; al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., el día 18 de septiembre de 2019, mediante oficio No. ARCOTEL-CZO2-2019-0242-OF.

Contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

La recurrente da contestación al acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024 de 17 de septiembre de 2019, mediante documento ingresado a la institución con No. ARCOTEL-DEDA-2019-016187-E de 01 de octubre de 2019, dentro del tiempo establecido en el artículo 252 del Código Orgánico Administrativo.

Periodo de prueba

El responsable de la función instructora de la Coordinación Zonal 2, mediante providencia de instrucción de fecha viernes 04 de octubre de 2019, incorpora al expediente la documentación; apertura el periodo de prueba por el plazo de 30 días, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 194 y 256 del Código Orgánico Administrativo; dentro del periodo de evacuación, la administración solicita prueba de oficio; señala día y hora para que se realice la audiencia solicitada. La presente providencia, se notifica al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., el día 04 de octubre de 2019.

El señor Víctor Manuel García Talavera, representante del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones, CONECEL S.A., mediante documento ingresado a la Entidad con el No. ARCOTEL-DEDA-2019-016416-E de 07 de octubre de 2019, legitima y ratifica la intervención del abogado Luis Fernando Guerra Padilla, abogada María Belén Cárdenas, abogado Gilberto Gutiérrez, ingeniero Danilo Karolys, Ingeniera Cristina Ayala, y la ingeniera Mishell Moreno, para que dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionador acudan a audiencias, presenten escritos y realicen todo cuanto acto fuere necesario en representación de los intereses de CONECEL.

Mediante documento ingresado a la Institución con el No. ARCOTEL-DEDA-2019-016433-E de 08 de octubre de 2019, el recurrente solicita diferimiento de la audiencia, debido al conflicto nacional que atraviesa Ecuador, y se establezca nueva fecha y hora, una vez superado los eventos de fuerza mayor.

El responsable de la Función Instructora, mediante providencia de 14 de octubre de 2019, señala que, por corresponder al estado del trámite, al existir una causa de fuerza mayor debidamente comprobada, se acepta a trámite el pedido formulado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-016433-E. Providencia, que fue notificada a CONECEL S.A., el día 14 de octubre de 2019.

Según se desprende del acta, la audiencia se llevó a cabo el día 17 de octubre de 2019 a las 10h00, y para constancia de lo actuado suscriben el documento los asistentes.

La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, mediante memorando No. ARCOTEL-CTDG-2019-0782-M de 24 de octubre de 2019, remite la información económica financiera de la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., con relación al Servicio Móvil Avanzado.

La Unida de Documentación y Archivo, mediante memorando No. ARCOTEL-DEDA-2019-2545-M de 24 de octubre de 2019, informa que el recurrente no registra procesos administrativos sancionatorios de infracción de segunda clase prevista en el artículo 118, literal b), numeral 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, emite el informe técnico No. IT-CZO2-C-2019-1204 de 24 de octubre de 2019, en referencia al análisis técnico de los descargos, alegatos, prueba presentada por CONECEL S.A., atenuantes y agravantes.

La Coordinación Técnica de Control de ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-CCON-2019-1383-M de 25 de octubre de 2019, determina:

"(...) El control técnico de la verificación del cumplimiento de las recomendaciones o seguimiento de las recomendaciones de la auditoría técnica, cuyos resultados se encuentran en los Informes técnicos Nros. IT-CCDS-AT-2018-020 y IT-CCDS-AT-2018-021, corresponde a un proceso de control (en períodos, normas materia de control, hallazgos, informes técnicos, entre otros).

La ejecución de la Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium, cuyo hallazgo en la mención consta en el Informe General Definitivo de la Auditoría técnica, el mismo que fue individualizado en el informe técnico Nro. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, corresponde a otro proceso de control (en períodos, normas materia de control, hallazgos, informes técnicos, entre otros).

*Con base en lo cual, se observa que al ser **dos procesos de control independientes**, la Coordinación Zonal 2 debería analizar los hechos determinados en dichos procesos y reportados en informes técnicos diferentes, de **forma independiente**.* (Subrayado y negrita fuera del texto original)

Dictamen emitido por modificación de los hechos, calificación, sanción o responsabilidad.

El artículo 258 del Código Orgánico Administrativo, en referencia a la modificación de los hechos, calificación, sanción o responsabilidad, determina:

“Modificación de los hechos, calificación, sanción o responsabilidad. Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resulta modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello, a la o al inculpado en el dictamen.

En este supuesto, la o el instructor expedirá nuevo acto de inicio, dispondrá la reproducción íntegra de las actuaciones efectuadas y ordenará el archivo del procedimiento que le precede.”

La Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, de conformidad con lo establecido en el artículo 258 del Código Orgánico Administrativo, emite el Dictamen No. DTZ-CZO2-D-2019-0023 de 18 de noviembre de 2019, que ordena el archivo del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024 de 17 de septiembre de 2019, el mismo que determina:

(...) 6.- CONCLUSIÓN, PRONUNCIAMIENTO O RECOMENDACIÓN.-

Por lo anotado en consideración con lo que determina el artículo 258 del Código Orgánico Administrativo, se debe proceder a notificar con todo lo actuado al inculpado y luego iniciar un nuevo Procedimiento Administrativo, ordenando al Área Jurídica el archivo del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-24, de 17 de septiembre de 2019 y disponiendo la reproducción de las siguientes piezas procesales:

- **Informe de Control Técnico IT-CCDS-AT-2018-012** de 04 de julio de 2018, en donde se determinan presuntos incumplimientos a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y al Título habilitante suscrito entre el Estado Ecuatoriano y el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.
- **Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M**, de 04 de julio de 2018, que contiene a realizar un análisis si la operadora CONECEL S.A., habría o no bloqueado los mensajes masivos de publicidad de los Abonados/Clientes y Usuarios que así lo hayan solicitado.
- **Oficio GR-01474-2019** de 07 de octubre de 2019, cursado por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL al Responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, ingresado con número de trámite No. ARCOTEL-DEDA-2019-016416-E de 07 de octubre de 2019.
- **Memorando ARCOTEL-CZO2-2019-1557-M** de 15 de octubre de 2019. (...)

En el Dictamen, se dispone la reproducción de las siguientes piezas procesales:

- a. Informe de Control Técnico IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018,
- b. Memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M de 04 de julio de 2018,
- c. Trámite No. ARCOTEL-DEDA-2019-016416-E de 07 de octubre de 2019,
- d. Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2019-1557-M de 15 de octubre de 2019,
- e. Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2019-1558-M de 15 de octubre de 2019,
- f. Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2019-1600-M de 22 de octubre de 2019,
- g. Memorando No. ARCOTEL-CTDG-2019-0782-M de 24 de octubre de 2019,

- h. Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2019-1615-M de 24 de octubre de 2019,
- i. Informe Técnico No. IT-CZO2-C-201-1204 de 24 de octubre de 2019,
- j. Memorando No. ARCOTEL-CCON-2019-1383-M de 25 de octubre de 2019.

El artículo 258 del Código Orgánico Administrativo, dispone que como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resulta modificada la calificación de la infracción y la sanción como se dio en el presente caso, se notificará al inculpado con todo lo actuado en el dictamen. En el acto de inicio expedido por el órgano instructor, se dispondrá la reproducción íntegra de las actuaciones efectuadas y se ordenará el archivo del procedimiento que lo antecede.

Acto de Inicio del procedimiento administrativo sancionador, emitido de conformidad con el artículo 258 del Código Orgánico Administrativo.

Por lo señalado, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, emite el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, el mismo que establece:

“(...) el mismo que fue puesto en conocimiento del Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 por la Función Instructora, de conformidad con el Código Orgánico Administrativo y luego del análisis respectivo se puede determinar una modificación en cuanto a la calificación de la infracción y de la sanción imponible, por lo tanto hay que remitirse nuevamente a los hallazgos, determinados en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, así como con lo determinado en el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2019-1204, de 24 de octubre de 2019, en los que se puede evidenciar un posible incumplimiento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la ejecución de una actividad que podría constituir en una infracción de carácter administrativo por parte del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, acto de inicio que se lo formula de conformidad a lo que determina el artículo 251 del Código Orgánico Administrativo y en relación con lo determinado en el artículo 258, acto que se lo dicta de acuerdo a lo siguiente (...)”

En orden a los antecedentes, disposiciones jurídicas precedentes, y acogiendo el Informe Técnico emitido por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, mismo que fuere verificado en todas sus partes por el Coordinador Técnico de Control, y el Dictamen No. DTZ-CZO2-D-2019-0023 de 18 de noviembre de 2019, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2, Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emite en su contra el presenta Acto d Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, por existir la presunción de haber cometido la infracción de primera clase tipificada en el artículo 117, letra b), numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al haber presuntamente vulnerado las disposiciones antes citadas. En caso de comprobarse conforme a derecho la existencia de la infracción y su responsabilidad, se dictará la Resolución sancionatoria correspondiente. (...)”

Se notifica el Dictamen No. DTZ-CZO2-D-2019-0023, el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, con todo lo actuado, al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., el día 04 de diciembre de 2019, mediante oficio No. ARCOTEL-CZO2-2019-0309-OF.

Contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

Dentro del tiempo establecido en el artículo 252 del Código Orgánico Administrativo, la recurrente da contestación al acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, mediante

documento ingresado a la institución con No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E de 19 de diciembre de 2019, actúa las siguientes pruebas:

- a) ANEXO 1: Poder No. P00200 (ANEXO 1) otorgado ante la Notaria 23 Dra. María Tatiana García Plaza, Guayaquil – Ecuador.
- b) ANEXO 2: Oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0250-OF
- c) ANEXO 3: Oficio GR-1605-2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-014637-E.
- d) ANEXO 4: Oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0263-OF
- e) ANEXO 5: Oficio No. GR-1645-2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-014953-E.
- f) ANEXO 6: Mayores contables que contienen los ingresos del año 2018 correspondientes al Servicio de Valor Agregado. Contenido en CD en carpeta denominada “Mayores SVA”.
- g) ANEXO 7: Cartas a integradores
- h) ANEXO 8: Archivo digital denominado “Distribución SMS” que contiene la distribución de los 28.592 mensajes enviados por terceros (no por CONECEL).

Periodo de prueba

El responsable de la función instructora de la Coordinación Zonal 2, mediante providencia de instrucción de fecha 27 de diciembre de 2019, dispone:

“(…) **SEGUNDO:** Por corresponder al estado del trámite y por existir diligencias que evacuar, se ordena la apertura del periodo de prueba por el término de veinte (20) días de acuerdo al principio constitucional previsto en el artículo 76 numerales 2, 4, 6, y 7 contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente providencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 194 (último inciso) y 256 del Código Orgánico Administrativo.- **TERCERO:** Dentro del periodo de evacuación de pruebas se dictamina: **a)** Solicítese al funcionario responsable de la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la ARCOTEL, que dentro del término de cinco (5) días certifique a esta Coordinación Zonal 2, si el Prestador del Servicio Móvil Avanzado (SMA) Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, ha sido sancionada por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores a la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador; **b)** Solicítese a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, que a través de la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes y dentro del término de (5) días remita a esta Coordinación Zonal 2, la información económica de los ingresos totales de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL., con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, correspondientes a su última declaración de Impuestos a la Renta, con relación al Servicio Móvil Avanzado; **c)** Dispóngase a un profesional del Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, que dentro del periodo para la evacuación de pruebas, presente un Informe Jurídico respecto al tema concerniente, esto es al Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, de 02 de diciembre de 2019, realice además un análisis de atenuantes y agravantes pertinentes; .; (sic) **d)** Solicítese al Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 para que realice un análisis técnico a fin de verificar y comprobar los hechos y alegatos planteados por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado en contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, de 02 de diciembre de 2019, realice además un análisis de las atenuantes y agravantes pertinentes.- **CUARTO:** Por encontrarse dentro del período de prueba ésta Función Instructora, acepta el pedido formulado en el Ordinal V, Numeral 5 de la Prueba Testimonial del escrito de contestación solicitado por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL; a) Señálese para el día lunes 06 de enero de 2020, a las 10h00 horas, para que se realice la audiencia

solicitada, la misma que se realizará en el piso 5 de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (...)

Es importante resaltar, que la prueba anunciada y adjuntada por la administrada, no se ha evacuado y no ha sido considerada en la providencia de 27 de diciembre de 2019, como se evidencia en el expediente del procedimiento administrativo sancionador.

Según consta en el memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0016-M de 03 de enero de 2020, se notifica la providencia de 27 de diciembre de 2019, al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., el día 03 de enero de 2020.

Según se desprende del acta, la audiencia se llevó a cabo el día 06 de enero de 2020, a las 10h00, y para constancia de lo actuado suscriben el documento los asistentes.

La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, emite el memorando No. CTDG-2020-0009-M de 07 de enero de 2020, indicando la información económica financiera de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL., por el servicio móvil avanzado.

Posteriormente, la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, mediante memorando No. ARCOTEL-CTDG-2020-0015-M de 07 de enero de 2020, informa: *"(...) cuenta con la información económica financiera de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL., con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, constante en el Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión del año 2018, en el cual consta el rubro TOTAL INGRESOS por USD 30.130.613,21, correspondiente al Servicio de Valor Agregado. (...)"* (Negrita fuera del texto original).

La Unidad de Documentación y Archivo de ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0021-M de 06 de enero de 2020, certifica que, el prestador de Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., registra un Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-R-2019-006 de 28 de mayo de 2019, tipificado en el artículo 117, literal b, numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, anterior a los nueve meses de la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019.

El Señor Víctor Manuel García Talavera, representante de Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones, CONECEL S.A., en el escrito ingresado a la Institución con No. ARCOTEL-DEDA-2020-000274-E de 08 de enero de 2020, anexa 6 hojas las actuaciones realizadas dentro del Proceso No. 09359-2019-01642 que consta en el sistema de Consulta de Procesos en la página de la Función Judicial.

La Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, emite el Informe de Control Técnico No.IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020, cuyo asunto corresponde "SMA – CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ANÁLISIS DE LA CONTESTACIÓN, ALEGATOS Y PRUEBAS PRESENTADAS, DENTRO DEL ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 EN CONTRA DE LA COMPAÑÍA CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL", que en la parte pertinente concluye:

"(...) 4. CONCLUSIONES.

Con base en el análisis expuesto, considerando la evaluación realizada a la muestra correspondiente al periodo 01 de octubre al 31 de diciembre de 2016, a través de la

plataforma del Servicio Móvil Avanzado de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se cursaron o enviaron 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH luego de que los abonados / clientes / usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos; lo que deriva en que la Operadora no adoptó las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por ésta o por terceros (integradores/agregadores de contenido), existiendo esta obligación establecida en su Título Habilitante suscrito el 26 de agosto de 2008; ratificando de esta forma lo actuado por parte de la ARCOTEL y lo determinado en los Informe Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204. Por lo tanto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE lo señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de la 02 de diciembre de 2019. (...)"

(...)

7. RECOMENDACIONES.-

Se recomienda que se considere la conclusión y análisis de atenuantes y agravantes del presente informe técnico y se acojan los mismo en el Dictamen para la Resolución al Procedimiento Administrativo Sancionador respectivo."

Mediante providencia de 03 de febrero de 2020, el responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, dispone:

"(...) PRIMERA: Una vez recibidas las alegaciones por parte del Prestador del Servicio Móvil Avanzado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, y transcurrido en su integridad el término de 20 días abierto para la evacuación de pruebas, agréguese al expediente y téngase en consideración los documentos evacuados durante el mismo; las cuales, han sido dispuestas, en aplicación de la regla de contradicción prevista en el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo.- (...)"

Según se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0200-M de 04 de febrero de 2020, la referida providencia se notifica el día 03 de febrero de 2020, sin documentos adjuntos, al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A.

El Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, en virtud de lo solicitado en providencia de evacuación de pruebas de 27 de diciembre de 2019, emite el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-015 de 06 de febrero de 2020, en la parte pertinente señala:

"(...) 8.- CONCLUSIÓN

Del expediente administrativo sancionador, en primera instancia se debía considerar que el juzgamiento de la conducta infractora por la cual se dio inicio al procedimiento en cuestión, ocurre en razón de los hechos reportados en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, el mismo que concluye manifestando: '(...) Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en 'Lista Negra V2'; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH. (...)'.

El Área Jurídica enfatiza que en la sustanciación del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se ha asegurado el derecho al debido proceso del administrado consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, las garantías básicas constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, de manera particular el número 7, letras b), c) y h), así como el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador establecido en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como también, se han respetado las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y reglamentos y normas aplicables; por lo que, no habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar la validez de todo lo actuado, se recomienda declarar la validez del presente Procedimiento Administrativo Sancionador. (...)

Dictamen y Resolución emitido dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador.

En cumplimiento del artículo 257 del Código Orgánico Administrativo, dentro del procedimiento administrativo sancionador el responsable de la función instructora de la Coordinación Zonal 2, emite el Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008 de 10 de febrero de 2020, en contra del prestador del servicio móvil avanzado Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.

En el Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008 de 10 de febrero de 2020, en el numeral 3.4, señala: *“PROVIDENCIA DE APERTURA DEL PERIODO DE EVACUACIÓN DE PRUEBAS. La Función Instructora de todos los Procedimientos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 193 y siguientes del Código Orgánico Administrativo, relativas a la prueba, dispuso de oficio mediante providencia dictada el 27 de diciembre de 2019, a las 16h30, notificada el 03 de enero de 2020, (...)*”.

Posteriormente, en el numeral 3.5 del Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008, corresponde a las Diligencias evacuadas, estableciendo que en cumplimiento con lo dispuesto en la providencia de 27 de diciembre de 2019, constan en el expediente los siguientes documentos y actuaciones procedimentales:

- a) **Memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0021-M de 06 de enero de 2020**, emitido por el responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL, en el cual certifica si el prestador del servicio móvil avanzado CONECEL S.A., ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores;
- b) **Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2020-0009-M de 07 de enero de 2020**, a través del cual la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, remite el monto de ingresos por el servicio móvil avanzado;
- c) **Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2020-0015-M de 07 de enero de 2020**, a través del cual la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, remite el rubro total de ingresos por el servicio de valor agregado;
- d) **Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020**, el área técnica realiza el análisis sobre descargos, alegatos y pruebas presentadas por CONECEL S.A.; y,
- e) **Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-015 de 06 de febrero de 2020**, consta el análisis sobre los descargos, alegatos y pruebas de orden jurídico presentadas por el recurrente.

Según lo señalado, la función instructora de la Coordinación Zonal 2, solicita documentación como prueba de oficio, que sirve de sustento para la emisión del Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008 de 10 de febrero de 2020.

El Director Técnico Zonal 2, responsable de la función sancionadora de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, acogiendo en su totalidad el Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008 de 10 de febrero de 2020, expide la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020, declarando que se ha comprobado la existencia del presupuesto fáctico que originó la emisión del Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, e impone la sanción económica de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 01/100 (USD \$3.578,01).

Según consta en el memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0384-M de 26 de febrero de 2020, el contenido de la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013, se notificó en legal y debida forma el día 26 de febrero de 2020, en la dirección señalada por el administrado para recibir notificaciones

5.2. DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Garantías Constitucionales: Debido Procedimiento, Derecho a la Defensa, y Principio de Contradicción.

La Constitución de la República, determina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, siendo la norma suprema y que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

El artículo 76 de la norma suprema dentro de las garantías básicas o reglas propias del debido proceso en el numeral 3 establece: "(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...)". El numeral 7 ibídem señala que el derecho de las personas a la defensa incluirá: "(...) h) 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. (...)” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

El procedimiento administrativo sancionador, cuenta con un periodo de prueba, debiendo cumplir con los lineamientos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y lo determinado en el artículo 256 del Código Orgánico Administrativo que dispone la carga de la prueba le corresponde a la administración pública, y el órgano instructor evacuará la prueba que haya admitido hasta el cierre del período de instrucción; en concordancia con lo dispuesto en los artículos 193, 194, 195, y 196 ibídem.

La prueba, debe ser aportada por la persona interesada en su primera comparecencia al procedimiento administrativo, y se podrá solicitar prueba no anunciada, hasta antes de la resolución, siempre que se acredite que no fue de su conocimiento o que no pudo disponer de la misma; queda en facultad de la administración pública, el aceptar o no esta prueba. La administración pública de oficio o a petición de la persona interesada, abrirá un periodo específico de no más de treinta días, según lo establecido en el artículo 194 del Código Orgánico Administrativo, que señala:

“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 fijan.

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.”.

En el procedimiento administrativo sancionador, la carga probatoria le corresponde a la administración pública para determinar la responsabilidad; la prueba aportada por la administración pública tendrá valor si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo, garantizando el derecho a la defensa y el principio de contradicción, según lo establecido en los artículos 195, 196, 198, y 256 del Código Orgánico Administrativo, que señala:

“Art. 195.- Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos.

En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada.

La administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible.

Art. 196.- Regla de contradicción. La prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa.”

“Art. 198.- Prueba oficiosa. Las administraciones públicas podrán disponer la práctica de cualquier prueba que juzguen necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.”

“Art. 256.- Prueba. En el procedimiento administrativo sancionador la carga de la prueba corresponde a la administración pública, salvo en lo que respecta a los eximentes de responsabilidad.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el término de diez días, el órgano instructor evacuará la prueba que haya admitido hasta el cierre del período de instrucción.

Los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la administración pública con respecto a los procedimientos sancionadores que tramiten.

Los hechos constatados por servidores públicos y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tienen valor probatorio independientemente de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los inculpados. Igual valor probatorio tienen las actuaciones de los sujetos a los que la administración pública les haya encomendado tareas de colaboración en el ámbito de la inspección, auditoría, revisión o averiguación, aunque no constituyan documentos públicos de conformidad con la ley.

Se practicarán de oficio o a petición de la o del inculpado las pruebas necesarias para la determinación del hecho y responsabilidad. Solo pueden declararse improcedentes aquellas pruebas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de la o del presunto responsable.”

En el procedimiento administrativo sancionador, la carga probatoria le corresponde a la administración pública para determinar la responsabilidad; la prueba aportada por la administración pública tendrá valor si la persona interesada ha tenido la oportunidad de **contradecirla** en el procedimiento administrativo, garantizando el derecho a la defensa y el principio de contradicción. Por lo que si el administrado comparece al procedimiento sancionador debe existir necesariamente un periodo de prueba.

Dentro de la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, el responsable de la función instructora emite la providencia de instrucción de fecha 27 de diciembre de 2019, en la que dispone la apertura del periodo de pruebas por el término de veinte (20) días, para la evacuación de pruebas; y, se solicita prueba de oficio por parte de la administración pública, entre otros aspectos dispone:

*“(…) SEGUNDO: Por corresponder al estado del trámite, y por existir diligencias que evacuar se ordena la apertura del período de prueba por el término de veinte (20) días de acuerdo al principio constitucional previsto en el artículo 76, numerales 2, 4, 6, y 7 contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente providencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 194 (último inciso) y 256 del Código Orgánico Administrativo.- TERCERO: Dentro del período de evacuación pruebas se dictamina: **a)** Solicítese al funcionario Responsable de la Unidad da Gestión Documental y Archivo de la ARCOTEL, que dentro del término de cinco (5) días certifique a esta Coordinación Zonal 2, si el Prestador del Servicio Móvil Avanzado (SMA) Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores a la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador; **b)** Solicítese a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, que a través de la Dirección Técnica da Gestión Económica de Títulos Habilitantes y dentro del término de cinco (5) días remita a esta Coordinación Zonal 2, la información económica de los ingresos totales de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, correspondiente a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al Servicio Móvil Avanzado; **c)** Dispóngase un profesional del Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, que dentro del periodo para la evacuación de pruebas, presente un Informe Jurídico respecto al tema concerniente, esto es el Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZ02-AI-2019-037, de 02 de diciembre de 2019, realice además un análisis de atenuantes y agravantes pertinentes; **d)** Solicítese al Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 para que realice un análisis técnico a fin de verificar y comprobar los hechos y alegatos planteados por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado en contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-AI-2019-037, de 02 diciembre de 2019, realice además un análisis de atenuantes y agravantes pertinentes.- (…)”*

EL CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., en la contestación al acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, ingresado a la institución con el No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E de 19 de diciembre de 2019, anuncia y adjunta las siguientes pruebas:

- a) ANEXO 1: Poder No. P00200 (ANEXO 1) otorgado ante la Notaria 23 Dra. María Tatiana García Plaza, Guayaquil – Ecuador.
- b) ANEXO 2: Oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0250-OF
- c) ANEXO 3: Oficio GR-1605-2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-014637-E.
- d) ANEXO 4: Oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0263-OF
- e) ANEXO 5: Oficio No. GR-1645-2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-014953-E.
- f) ANEXO 6: Mayores contables que contienen los ingresos del año 2018 correspondientes al Servicio de Valor Agregado. Contenido en CD en carpeta denominada “Mayores SVA”.
- g) ANEXO 7: Cartas a integradores
- h) ANEXO 8: Archivo digital denominado “Distribución SMS” que contiene la distribución de los 28.592 mensajes enviados por terceros (no por CONECEL).

La prueba anunciada por la administrada no se evacúa en la providencia de instrucción de fecha 27 de diciembre de 2019, así como tampoco se considera en el procedimiento administrativo sancionador, en el Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008 de 10 de febrero de 2020, y en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020.

En virtud de la prueba de oficio solicitada por la administración pública, dentro del procedimiento administrativo sancionador, se emite las siguientes pruebas:

- a) **Memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0021-M de 06 de enero de 2020**, emitido por el responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL, en el cual certifica si el prestador del servicio móvil avanzado CONECEL S.A., ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores;
- b) **Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2020-0009-M de 07 de enero de 2020**, a través del cual la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, remite el monto de ingresos por el servicio móvil avanzado;
- c) **Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2020-0015-M de 07 de enero de 2020**, a través del cual la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, remite el rubro total de ingresos por el servicio de valor agregado;
- d) **Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020**, el área técnica realiza el análisis sobre descargos, alegatos y pruebas presentadas por CONECEL S.A.; y,
- e) **Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-015 de 06 de febrero de 2020**, consta el análisis sobre los descargos, alegatos y pruebas de orden jurídico presentadas por el recurrente.

De la revisión del expediente, a fojas 247 a la 348 no consta la notificación de esta documentación a la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., únicamente se emite la providencia (a fojas 283) de fecha 03 de febrero de 2020, en la que se agrega la documentación al expediente, y señala la fecha en la que se resolverá el procedimiento; no se llega a disponer la notificación de las pruebas evacuadas a la prestadora del servicio; y, por lo tanto no se corre traslado con las

mismas. Posteriormente, a fojas 286 a la 297 consta el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZ02-2019-015 de 06 de febrero de 2020, que tampoco tiene prueba de notificación; a fojas 298 a la 322 del expediente consta el Dictamen No. DTZ-CZO2-D-2020-0008 de 10 de febrero de 2020; y, a fojas 324 a la 348 consta la Resolución del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020.

La falta de notificación con el contenido de un informe, que a toda vista es relevante en la resolución del procedimiento administrativo sancionador, acarrea vulneración al debido proceso en el derecho a la defensa, como ya se ha señalado. El derecho a la defensa está establecido en nuestra Constitución en el artículo 76 numeral 7, y el mismo incluye a su vez garantías básicas que son de obligatorio cumplimiento, como son el principio de contradicción y principio de publicidad de la prueba, que señala:

*“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: (...)4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. **Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.** (...)h) 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.** (...)”*

Este principio se complementa con el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo, el cual prescribe:

“Regla de contradicción. La prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa. ”.

El artículo 196 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 76 de la Carta Magna, dispone el principio de contradicción estableciendo que la prueba aportada por la administración pública tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo, debiendo ser notificada para que se ejerza el derecho a la defensa.

Este derecho garantiza a toda persona a una defensa adecuada en cualquier proceso (administrativo, penal, civil, constitucional, etc), y es la facultad que tiene toda persona para contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se vea involucrado; y, de sostener sus posiciones y de contradecir los fundamentos del contrario.

En un sentido amplio, el principio de contradicción implica la garantía de la participación activa de los interesados en el desarrollo de todo proceso en el que se ventilan sus derechos e intereses legítimos, lo que desde luego, presupone la presencia de los administrados en todas las diligencias que anteceden a la emisión de una resolución definitiva, lo que implica primordialmente la práctica de pruebas, formulación de alegaciones, **conocimiento a los informes y la prueba de oficio solicitada por la administración**, y actuaciones previas a la emisión del acto administrativo que los afecta.

Señala García de Enterría que, en términos constitucionales estrictos no existe procedimiento válido si no hay igualdad de oportunidades entre las partes, en cada una de las piezas, trámites o momentos procesales, esto es, si no existe un auténtico debate contradictorio tanto sobre los hechos como la calificación jurídica. El principio de contradicción, sostiene, ilumina todas las fases del procedimiento administrativo y es en ese fundamento que deben interpretarse todas y cada una de sus normas reguladoras y como deben valorarse todas y cada una de las actuaciones que lo integran. Es por ello, que, las normas constitucionales consagran principios esenciales en materia de procedimiento, que giran en torno al derecho a la defensa de los administrados, pues la Constitución prescribe cualquier forma de indefensión, ya sea total o parcial, es decir cualquier disminución de las posibilidades de hacer valer sus derechos e intereses.¹

Asimismo, es oportuno señalar, que, en virtud del principio de legalidad y seguridad jurídica, y al amparo de lo establecido en el artículo 106 del Código Orgánico Administrativo, la Administración Pública podrá anular de oficio el acto administrativo, por lo que está en la obligación de corregir aquellos actos contrarios a la norma, en su propia sede, para lo cual la ley le ha otorgado facultad de hacerlo. Este despacho luego de haber analizado el expediente y los argumentos de la recurrente, determina que existe violación al procedimiento sancionador.

El fundamento de este principio está constituido por el derecho de acceso a la jurisdicción y a la justicia. Cuando la persona interesada accede a la prueba, la administración pública debe permitir a la parte procesal, intervenir en todos los actos del procedimiento en forma amplia y libre para que pueda hacer valer sus pretensiones, presentar argumentos, pruebas, contradecirlas y replicar los argumentos de la administración pública.

El derecho que tiene todo inculpado radica en conocer las pruebas que se presente en el procedimiento, esto implica que, a todas y a cada una de ellas, debe conocerlas en forma oportuna y libre; que nada se le debe ocultar, porque si así ocurriera, peligraría su defensa y se lo ubicaría en la indefensión.

Las pruebas, igual que en el procedimiento, son públicas; no existen, no puede haber pruebas ocultas. El artículo 7, número 7, letra d) del artículo 76 de la Constitución de la República prescribe: *“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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.”* Por lo tanto, nada se puede ocultar a la persona interesada; ocultarlas, acarrea vulneración a derechos constitucionales.

En un sentido amplio, el principio de contradicción implica la garantía de la participación activa de los interesados en el desarrollo de todo procedimiento en el que se ventilan sus derechos e intereses legítimos, lo que desde luego, presupone la presencia de los administrados en todas las diligencias que anteceden a la emisión de una resolución definitiva, lo que implica primordialmente la práctica de pruebas, la formulación de alegaciones, **el conocimiento a los informes, y actuaciones previos** a la emisión del acto administrativo que los afecta, que altera adicionalmente el principio constitucional de motivación.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, Curso de Derecho Administrativo II, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Décimo Quinta Edición, 2017, pág. 495.

Los informes dentro del procedimiento administrativo ordinario; y, sobre todo, en el sancionador, adquieren una singular relevancia, ya que contienen declaraciones de juicio emanadas de órganos especializados o calificados, que ilustran y aportan elementos de juicio y le permite al órgano resolutor, determinar la infracción y la respectiva sanción.

Además se debe señalar que, dentro de las garantías del debido procedimiento, la administración pública para emitir la correspondiente resolución, debe analizar en su totalidad la prueba aportada, de lo que se evidencia del Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008, y de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013, no se considera la prueba aportada por la recurrente.

Es importante señalar que, cuando se trate del ejercicio de la potestad sancionatoria o determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública, esta prueba aportada únicamente tendrá valor si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla, este pronunciamiento será considerado al momento de resolver; tomando en consideración que las actuaciones emitidas por la administración dentro del procedimiento (providencias, informes, memorandos, entre otros), no son recurribles por sí solos, sino al momento de impugnar la resolución que dispone la sanción o decisión final.

Asimismo, es oportuno señalar, que, en virtud del principio de legalidad y seguridad jurídica, la Administración Pública está en la obligación de corregir aquellos actos contrarios a la norma, en su propia sede, para lo cual la ley le ha otorgado facultad de hacerlo.

Al existir una petición una petición razonada de parte de la Coordinación Técnica de Control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, e informes, se debe sustanciar la investigación del cometimiento de la presunta infracción observando las garantías constitucionales y procesales de forma estricta, por lo que es necesario declarar la nulidad procesal.

Al respecto, el artículo 107 del Código Orgánico Administrativo señala, que cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado, debiendo disponerse la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual.

En consecuencia, por todo lo expuesto, se debe declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador a partir de la emisión de la providencia de instrucción de 27 de diciembre de 2019, mediante la cual se apertura el periodo de prueba por el término de veinte días, y se solicita la práctica de diligencias probatorias, a fin de que se emita nuevamente la providencia, se disponga la evacuación de la prueba anunciada por la administrada, y se corra traslado con la prueba de oficio aportada por la Administración; en observancia de las garantías del debido proceso, sobre todo el principio de contradicción de la prueba en tutela del derecho a la defensa.

El referido informe jurídico elaborado por la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, signado con el número ARCOTEL-CJDI-2020-00126, en su parte final establece las conclusiones y recomendación, mismas que son acogidas y su tenor literal se transcribe:

“VI. CONCLUSIONES

1. *La prueba anunciada por la administrada no se evacua, así como tampoco se considera en el procedimiento administrativo sancionador, en el Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008, y en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013, vulnerando el derecho a la defensa.*
2. *La prueba de oficio solicitada dentro del procedimiento administrativo sancionador, no fue notificada a la administrada a fin de que pueda contradecirlas, lo cual no le permitió ejercer plenamente una de las garantías básicas del debido proceso en el ámbito administrativo como es el derecho a la defensa y el principio de contradicción.*
3. *En consecuencia se debe declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador, a partir de la emisión de la providencia de instrucción de 27 de diciembre de 2019, mediante la cual se apertura el periodo de prueba por el término de veinte días, y se solicita la práctica de diligencias probatorias; a fin de que se emita nuevamente la providencia y se disponga la evacuación de la prueba anunciada por la administrada, y se corra traslado con la prueba de oficio para su validez; en observancia de las garantías del debido proceso, sobre todo el principio de contradicción de la prueba en tutela del derecho a la defensa. Se dispondrá la conservación de los actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual de no haberse incurrido en el vicio que motiva la declaración de nulidad del procedimiento, de conformidad con el artículo 107 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.*

VII RECOMENDACIÓN

Con base en los antecedentes, fundamentos jurídicos y análisis precedente, se recomienda al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, en uso de sus atribuciones, declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador que culminó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020, emitida por el Director Técnico Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, y debiendo reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado, a partir de la emisión de la providencia de instrucción de 27 de diciembre de 2019, mediante la cual se apertura el periodo de prueba por el término de veinte días, y se solicita la práctica de diligencias probatorias, a fin de que se emita nuevamente la providencia, se disponga la evacuación de la prueba anunciada por la administrada, y se corra traslado con la prueba de oficio para su validez, observando las garantías del debido proceso, sobre todo el principio de contradicción de la prueba en tutela del derecho a la defensa; y, se conserve los actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual.”

VI. RESOLUCIÓN

Por las consideraciones expuestas, al amparo de lo previsto los artículos 226 de la Constitución de la República, artículo 219 del Código Orgánico Administrativo, artículo 148 de la Ley de Orgánica de Telecomunicaciones; artículo 10, número 1.1.1.1.2 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de ARCOTEL; y, la Resolución N° ARCOTEL-01-01-2020 de 13 de marzo de 2020, el suscrito Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL.

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00126 de 27 de noviembre de 2020.

Artículo 2.- DECLARAR la nulidad del procedimiento administrativo sancionador que culminó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013 de 21 de febrero de 2020, a partir a partir de la emisión de la providencia de instrucción de 27 de diciembre de 2019, reponiéndose el proceso al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado, debiendo disponer la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual. La declaración de la nulidad se la hace sin costas.

Artículo 3.- INFORMAR al señor Víctor Manuel García Talavera, representante del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, tiene derecho a impugnar la presente resolución ante el órgano judicial competente en el término y plazo establecido en la ley.

Artículo 4.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de este acto administrativo al señor Víctor Manuel García Talavera representante de Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, a los correos electrónicos vgarcia@claro.com.ec; mcarden@claro.com.ec; gutierrez@antitrust.ec; y, lquerrap@claro.com.ec; dirección señalada por el peticionario en el escrito de impugnación para recibir notificaciones.; a la Coordinación General Jurídica; Coordinación Zonal 2; Coordinación General Administrativa Financiera, Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, Coordinación Técnica de Control; Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, para los fines pertinentes. Notifíquese y Cúmplase.-

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

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

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO:
Abg. Priscila Llongo Simbaña SERVIDOR PÚBLICO	Dra. Adriana Ocampo Carbo DIRECTORA DE IMPUGNACIONES	Mgs. Fernando Torres Núñez COORDINADOR GENERAL JURÍDICO