

**RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2021-0620**

**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

- 1.1. El señor Víctor Manuel García Talavera, en su calidad de Apoderado Especial de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, mediante escrito ingresado en esta entidad con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2020-016586-E de 26 de noviembre de 2020, presenta Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020, documento en el cual solicita:

*“(...) IX. PETICIÓN CONCRETA. –*

*a) Acepte el presente recurso de Apelación y de trámite al mismo en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042, suscrita por la ING. MARÍA TERESA AVILÉS BURBANO MSc., en calidad de Directora Técnica Zonal 2 - función sancionadora de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en primera instancia administrativa.*

*b) Deje sin efecto el acto administrativo - RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042.*

*c) Disponga la extinción total del acto impugnado producto de la antijuridicidad estructural originaria al contener vicios de nulidad en su objeto insubsanables, como es la ausencia de motivación para el cálculo del importe de la multa, violación reconocida por el Tribunal de lo Contencioso administrativo en circunstancias similares, puesto que ha lesionado 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.*

*d) Se ordene por vuestro despacho la apertura de un periodo de prueba, así como también la determinación de una fecha para audiencia como parte del principio de defensa e inmediatez ante la autoridad competente.*

*e) Se ratifique el estado de inocencia de CONECEL, por no existir un acto típico vigente, es decir, por no concurrir los requisitos del sistema de asignación de responsabilidad subjetivos establecidos en la Constitución y el ordenamiento jurídico ecuatoriano.*

*f) Conforme al Artículo 260 del Código Orgánico Administrativo, por haber causado estado, se ordene la suspensión de los efectos del Acto impugnado.*

g) *Amparados en los principios y garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, avoque conocimiento de toda la causa, argumentos expuestos ante la autoridad a quo y resuelva el presente recurso.*

h) *Conforme al principio de interdicción a la arbitrariedad, disponga las medidas administrativas contra los funcionarios públicos que pretenden hacer incurrir a su despacho en error de hecho y de derecho. (...)*”.

- 1.2. El acto administrativo impugnado es la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020, emitida por la Dirección Técnica Zonal 2, se resolvió lo siguiente:

*“(…) **Artículo 2.- DECLARAR**, que se ha comprobado la existencia del hecho señalado en el Acto de Inicio del **Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020**; y, que el Prestador, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, es responsable del incumplimiento de la obligación reportado en el **Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018, ratificado en el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de Octubre de 2020**; configurándose la comisión de la **Infracción de Segunda Clase** establecida en el artículo 118, letra b) número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

**Artículo 3. IMPONER**, al Prestador del Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con RUC: 1791251237001, la sanción económica de **TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON 33/100 (USD \$ 3.678,33)**, tal como lo establece el Artículo 122, en el literal b) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se procede a realizar el cálculo de la multa considerando: *“(…) Para las sanciones de segunda clase, desde ciento uno hasta trescientos Salarios Básicos Unificados del trabajador en general. (...)”*; teniendo en cuenta que el Servicio de Valor Agregado al ser un servicio de telecomunicaciones cuyo título corresponda a un registro de actividades, se aplicará el 5% de la multa referida en el literal anterior, por lo que, considerando dos de las cuatro atenuantes que señala el artículo 130 de la Ley de la materia, y una circunstancia agravante que indica el artículo 131 Ibídem; el pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Río Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución; caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento de este. (...)

## II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECURSO DE APELACIÓN

- 2.1 El artículo 10, número 1.3.1.2.3 Gestión de Impugnaciones, acápite II y III letra b), establecido en el Estatuto Orgánico de la ARCOTEL 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. (...)*”.
- 2.2 Con Acción de Personal No. 641 de 20 de septiembre de 2019, que rige a partir de 23 de los mismos mes y año, se designó a la Dra. Adriana Verónica Ocampo Carbo, como Directora de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.
- 2.3 Mediante escrito ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-016586-E de 26 de noviembre de 2020, la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL presenta Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de fecha 12 de noviembre de 2020.
- 2.4 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00370 de 09 de diciembre de 2020, la Dirección de Impugnaciones dispuso a la recurrente subsanar el requisito del numeral 3 del artículo 221 del Código Orgánico Administrativo. La providencia fue notificada al recurrente con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2020-1208-OF de 08 de los mismos mes y año.
- 2.5 En respuesta a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00370 de 09 de diciembre de 2020, la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL con escrito ingresado con No. ARCOTEL-DEDA-2020-017232-E de 09 diciembre de 2020, solicita se consideren como pruebas a su favor las siguientes:  
“(...) a) Oficio No. GR-0927-2017 de fecha 22 de mayo de 2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-008041-E el 24 de mayo de 2017.  
b) Oficio No. GR-1220-2017 de fecha 03 de julio de 2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-010568-E el 04 de julio de 2017.  
c) Oficio No. GR-1484-2017 de fecha 17 de agosto de 2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-012906-E el 17 de agosto de 2017.  
d) Oficio No. GR-0319-2018 de fecha 26 de febrero de 2018, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-04592-E el 26 de febrero de 2018.  
e) Oficio No. GR-1995-2017 de fecha 27 de noviembre de 2017, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-018039-E el 29 de noviembre de 2017.  
f) Oficio No. GR-724-2018 de fecha 20 de abril de 2018, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2018-007654-E el 23 de abril de 2018.  
g) Oficio No. DR-01265-2020 de fecha 29 de octubre de 2018, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2020-015041-E el 29 de octubre de 2020. (...)”.

- 2.6 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00014 de 08 de enero de 2021 notificada al recurrente mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2021-0043-OF de 08 de enero de 2021, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL admitió a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL; y, abre el término probatorio por 30 días, y se provee la prueba presentada por el recurrente y solicita copia certificada del expediente administrativo sancionador a la Coordinación Zonal 2. Así mismo se analiza la petición de suspensión, determinando que la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020 deviene de un procedimiento administrativo sancionador y al haber sido impugnado en recurso de apelación, la referida Resolución no es ejecutiva mientras no se resuelva el recurso interpuesto según el artículo 260 ejusdem que prevé que el acto administrativo es ejecutivo desde que causa estado en la vía administrativa, en concordancia con el artículo 218 del Código Orgánico Administrativo.
- 2.7 Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2021-0072-M de 14 de enero de 2021, la Coordinación Zonal 2 dando contestación a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00014 de 08 de enero de 2021, suscrita por la Dirección de Impugnaciones, remite copia certificada de todo el expediente administrativo que concluyó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020.
- 2.8 Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2021-0077-M de 14 de enero de 2021, la Coordinación Zonal 2 dando contestación a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00014 de 08 de enero de 2021, remite el informe No. IJ-CZO2-2021-005 de 15 de enero de 2021.
- 2.9 Mediante memorando ARCOTEL-CCON-2021-0138-M de 21 de enero de 2021 la Coordinación Técnica de Control dando contestación a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00014 de 08 de enero de 2021, se pronuncia sobre los argumentos técnicos expuestos en el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-016586-E de 26 de noviembre de 2020.
- 2.10 Con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00205 de 18 de marzo de 2021, notificada al recurrente mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2021-0749-OF de 18 de marzo de 2021, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, corre traslado a la administrada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo, el memorando No. ARCOTEL-CZO2-2021-0077-M de 14 de enero de 2021, el informe No. IJ-CZO2-2021-005 de 15 de enero de 2021 y el memorando No. ARCOTEL-CCON-2021-0138-M de 21 de enero de 2021.
- 2.11 Mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-004840-E de 23 de marzo de 2021, la administrada se pronuncia sobre los informes remitidos mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00205 de 18 de marzo de 2021.

2.12 Con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00213 de 22 de marzo de 2021, notificada al recurrente mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2021-0803-OF de 23 de marzo de 2021, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, amplía el plazo para resolver por 2 meses, contados a partir del día hábil siguiente al de notificación de la providencia.

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 de este se ha dado estricto cumplimiento a las garantías básicas del debido proceso, por lo que se declara su validez.

### III. BASE LEGAL Y COMPETENCIA PARA RESOLVER EL RECURSO

Para resolver el presente recurso se consideran entre otras las disposiciones contenidas en los artículos 76, 82, 83, 173, 226, 261, 313, 426 y 427 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Artículo 2, 11, 18, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicado en el Tercer Suplemento Registro Oficial No-439 de 18 de febrero de 2015, y sus reformas.

Artículo 33, 106, 107 del Código Orgánico Administrativo publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

Artículos 2, 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones Publicada en el Registro Oficial Suplemento 676 de 25 de enero de 2016, y sus reformas.

El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos aprobado mediante Resolución del Directorio de ARCOTEL No. 04-03-ARCOTEL-2017 publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 13 de 14 de junio de 2017 reformado mediante Resolución 13-13-ARCOTEL-2019 de 30 de agosto de 2019, publicado en el Registro Oficial 60 de 15 de octubre de 2019, particularmente el artículo 10, número 1.1.1.1.2. Dirección Ejecutiva, acápite II y III letras a), i), m); se establece que es 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.”*

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, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas aplicables.”.*

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, en ejercicio de sus atribuciones legales, con fundamento en el artículo 47 del Código Orgánico Administrativo, artículo 147 y 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

#### IV. ANÁLISIS JURÍDICO

Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2021-00065 de 21 de mayo de 2021, la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, emitió su informe jurídico referente al Recurso de Apelación interpuesto por el señor Víctor Manuel García Talavera, en su calidad de Apoderado Especial de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, mediante escrito ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-016586-E de 26 de noviembre de 2020, presenta Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020; en el cual se señala:

##### 4.1 PRETENSIÓN Y ARGUMENTOS

La parte recurrente como pretensión, señala:

*“(...) IX. PETICIÓN CONCRETA. -*

- a) Acepte el presente recurso de Apelación y de tramite al mismo en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042, suscrita por la ING. MARÍA TERESA AVILÉS BURBANO MSc., en calidad de Directora Técnica Zonal 2 - función sancionadora de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en primera instancia administrativa.*
- b) Deje sin efecto el acto administrativo - RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042.*
- c) Disponga la extinción total del acto impugnado producto de la antijuridicidad estructural originaria al contener vicios de nulidad en su objeto insubsanables, como es la ausencia de motivación para el cálculo del importe de la multa, violación reconocida por el Tribunal de lo Contencioso administrativo en circunstancias similares, puesto que ha lesionado 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.*
- d) Se ordene por vuestro despacho la apertura de un periodo de prueba, así como también la determinación de una fecha para audiencia como parte del principio de defensa e intermediación ante la autoridad competente.*

*e) Se ratifique el estado de inocencia de CONECEL, por no existir un acto típico vigente, es decir, por no concurrir los requisitos del sistema de asignación de responsabilidades subjetivos establecidos en la Constitución y el ordenamiento jurídico ecuatoriano.*

*f) Conforme al Artículo 260 del Código Orgánico Administrativo, por haber causado estado, se ordene la suspensión de los efectos del Acto impugnado.*

*g) Amparados en los principios y garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, avoque conocimiento de toda la causa, argumentos expuestos ante la autoridad A quo y resuelva el presente recurso.*

*h) Conforme al principio de interdicción a la arbitrariedad, disponga las medidas administrativas contra los funcionarios públicos que pretenden hacer incurrir a su despacho en error de hecho y de derecho. (...)"*

Con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-016586-E de 26 de noviembre de 2020, el recurrente, dentro del término concedido para el efecto, solicita se acojan las atenuantes expuestas, se aplique el artículo 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y se suspenda la ejecución de la Resolución impugnada y fundamentan su petición en el artículo 183 y 260 del Código Orgánico Administrativo.

#### **4.1.1. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR QUE CONCLUYÓ CON LA RESOLUCIÓN NO. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 DE FECHA 12 DE NOVIEMBRE DE 2020.**

En base a la práctica de varias diligencias destinadas a resolver la presente impugnación; resulta pertinente, en primer lugar, realizar la revisión del expediente del procedimiento administrativo sancionador que fue anunciado como prueba por parte de la recurrente CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, y remitido en copias certificadas por la Coordinación Zonal 2.

Conforme consta en el Acápite II del presente recurso, la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, y la Administración solicitaron la práctica de pruebas; sin embargo, para efectos del presente análisis, como ha quedado señalado, es necesaria la revisión del expediente del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL y que concluyó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020, que corresponde a una de las pruebas solicitadas dentro del presente recurso.

La revisión del expediente del procedimiento administrativo sancionador tiene como fin establecer el cumplimiento o no del debido proceso, para lo cual se procede a detallar las siguientes piezas procesales:

- Mediante Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018 elaborado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, se realiza un análisis para verificar que la operadora prestadora del Servicio Móvil Avanzado la compañía CONSORCIO

ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se encuentra facturando y tasando correctamente el servicio de mensajes de voz, respecto de lo cual concluyó y recomendó:

**“(..). 7. CONCLUSIÓN**

*Sobre la base del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. y que fueron extraídas de la plataforma CDC, se concluye lo siguiente:*

**De la muestra del historial de las activaciones y desactivaciones de las líneas ("Historial de la Línea") de 113.644 mines,** y de los registros de las suscripciones en el "Formato 2 V2", se determinó que, existen 44.072 suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium, en un total de 31.551 números de líneas únicas cuyas suscripciones se mantuvieron activas a pesar de que existieron activaciones y desactivaciones de las líneas por parte de otros usuarios a los cuales **se les mantuvo la suscripción activa aun cuando no fue solicitada ni autorizada por el cliente/abonado o usuario de la línea.** De los 31.551 números de líneas únicas que se identificaron con suscripciones heredadas de otros usuarios, en el período de muestra de los registros de cobros comprendido entre el 05 de noviembre de 2016 y el 01 de febrero de 2017 la operadora realizó 40.515 en registros de cobros por suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium por un valor de USD \$ 11.314,11. (...)"

**8. RECOMENDACIÓN**

*Remitir el presente informe a la Coordinación Técnica de Control par 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. (...)"*

- Con memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0792-M de 04 de julio de 2018, la Coordinación Técnica de Control remite el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018 a la Coordinación Zonal 2, a fin de que se adopten las acciones administrativas que consideren pertinentes en su jurisdicción.
- Con Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-137 de 07 de julio de 2020, elaborado por el área jurídica de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, se concluyó:  
*“(..). Será la Función Instructora de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, 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, al Reglamento para los Abonados/Clientes- Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado expedido mediante Resolución No. TEL-477-16-CONATEL-2012 con fecha 12 de julio de 2012, al Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, expedido mediante Resolución No. 05-03-ARCOTEL-2016 con fecha 28 de marzo de 2016 y al Contrato de Concesión otorgado al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, suscrito el 26 de agosto de 2008, normativa vigente aplicable al hecho señalado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018. (...)*

- El 28 de agosto de 2020, la Coordinación Zonal 2 emite el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022, el cual determina:

*“En orden a los antecedentes, disposiciones jurídicas precedentes, y acogiendo los Informes Técnicos y Jurídico, el Responsable de la Función Instructora de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores del Organismo Desconcentrado, Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emite en su contra el presente Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, por la presunción, por la presunción de que la Operadora, de la muestra del historial de las actividades y desactivaciones de las líneas (“Historial de la Línea”) de 113.644 mines, y de los registros de las suscripciones en el “Formato 2 V2”, se determinó que, existen 44.072 suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium, en un total de 31.551 números de líneas únicas, cuyas suscripciones se mantuvieron activas a pesar de que existieron activaciones y desactivaciones de las líneas por parte de otros usuarios a los cuales se les mantuvo la suscripción activa aun cuando no fue líneas únicas que se identificaron con suscripciones heredadas de otros usuarios, en el periodo de muestra de los registros de cobros comprendido entre el 05 de noviembre de 2016 y el 01 de febrero de 2017 la operadora realizó 40.515 en registros de cobros por suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium por un valor de USD \$ 11.314,11; hecho verificado en el **Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018.***

*En caso de comprobarse conforme a derecho la existencia de la infracción y su responsabilidad, se dictará la Resolución sancionatoria correspondiente. (...)*

Con Oficio No. ARCOTEL-CZO2-2020-0143-OF de 28 de agosto de 2020, se notificó a la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL con el Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020, junto con los documentos que sirvieron de sustento:

- Informe de Control Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018.
- Memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0792-M de 04 de julio de 2018.
- Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-024 de 10 de marzo de 2020.
- Mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-012273-E de 11 de septiembre de 2020, el señor Víctor Manuel García Talavera, en calidad de Apoderado Especial de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL da contestación al Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020.
- Mediante providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020, notificada a la administrada el mismo día de emisión, en la dirección señalada para el efecto, el Responsable de Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL apertura el periodo de prueba por el término de 20 días, disponiendo la práctica de varias diligencias, con el objetivo de contar con la mayor cantidad de elementos de convicción dentro de la sustanciación del procedimiento administrativo, y en la cual dispuso, además:

**“CUARTO:** *Por encontrarse dentro del periodo de prueba ésta Función Instructora, atendiendo lo solicitado en el escrito x de contestación numeral IX “PETICIÓN CONCRETA”, “(...) 6. Que, se nos fije fecha y hora, a fin de presentar de forma verbal nuestros argumentos jurídicos expuestos en la presente contestación.(...)”(...) se señala para el día junes 21 de septiembre de 2020, a las 11H30, para que se realice la audiencia solicitada.(...)”*

Entre las pruebas de oficio dispuestas en la providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020 por la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL se evacuaron las siguientes:

- Con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1395-M de 21 de septiembre de 2020, el Responsable del Cumplimiento de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, solicitó a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes la información económica de los ingresos totales de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL.
- Con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1396-M de 21 de septiembre de 2020, el Responsable del Cumplimiento de la Función Instructora, solicitó al Área Técnica de la CZO2 un Informe Técnico sobre los descargos, alegaciones y pruebas presentadas por la compañía CONSORCIO

ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, además de un análisis de atenuantes y agravantes.

- Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1397-M de 21 de septiembre de 2020, el Responsable de la Función Instructora, solicitó al Área Jurídica de la CZO2, por encontrarse dentro del periodo de prueba, se elabore un informe jurídico respecto a los descargos, alegaciones y pruebas presentadas por el Prestador del Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, además el análisis de atenuantes y agravantes pertinentes.
- Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1412-M de 24 de septiembre de 2020 el Responsable del Cumplimiento de la Función Instructora solicitó a la Unidad de Documentación y Archivo, certifique si la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL con 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; esto es con la infracción de primera clase determinada en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, literal b) numeral 5.
- Con memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-1742-M de 24 de septiembre de 2020, la Unidad de Documentación y Archivo dando contestación al memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1412-M de 24 de septiembre de 2020 señala: *“(...) al efectuar la consulta en el Sistema Informático de Infracciones y Sanciones (SIIS) de la ARCOTEL, con fecha 22 de septiembre de 2020, se informa que para el Prestador, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL S.A., no se han registrado Procedimientos Administrativos Sancionadores tipificados en el artículo 118, letra b, numeral 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones” anterior a los nueve meses de la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020 (...)*”.
- La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes mediante memorando No. ARCOTEL-CTDG-2020-0933-M de 24 de septiembre de 2020, remite la información financiera de la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL referente a los rubros que corresponden a los ingresos por el Servicio de Valor Agregado:

DETALLE	TOTAL DE INGRESOS
SERVICIO DE VALOR AGREGADO	USD 47.016.432.83
<b>TOTAL INGRESOS</b>	<b>USD 47.016.432.83</b>

- Con Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de octubre de 2020, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2, realizó el siguiente análisis y concluyó:

**“(...) 5. CONCLUSIÓN**

Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL **NO DESVIRTÚA TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020, Acto que se inició a partir de lo concluido en el Informe Técnico IT-CCDSAT-2018-011 de 04 de julio de 2018 que indica: **“De la muestra del historial de las activaciones y desactivaciones de las líneas (“Historial de la Línea”) de 113.644 mines, y de los registros de las suscripciones en el “Formato 2 V2”, se determinó que, existen 44.072 suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium, en un total de 31.551 números de líneas únicas, cuyas suscripciones se mantuvieron activas a pesar de que existieron activaciones y desactivaciones de las líneas por parte de otros usuarios a los cuales se les mantuvo la suscripción activa aun cuando no fue solicitada ni autorizada por el cliente/abonado o usuario de la línea. De los 31.551 números de líneas únicas que se identificaron con suscripciones heredadas de otros usuarios, en el período de muestra de los registros de cobros comprendido entre el 05 de noviembre de 2016 y el 01 de febrero de 2017 la operadora realizó 40.515 en registros de cobros por suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium por un valor de USD \$ 11.314,11.”; ya que CONECEL mantuvo la suscripción activa a Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium a clientes/abonados o usuarios de las líneas muestreadas, aun cuando no fue solicitada ni autorizada por los mismos. (...)”.**

- Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-164 de 22 de octubre de 2020 el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en atención a la solicitud realizada con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1397-M de 21 de septiembre de 2020, concluyó:

*“(...) Del expediente del Procedimiento Administrativo Sancionador, en primera instancia se debe 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-2018-011 de 04 de julio de 2018, hechos que han sido contrastados mediante la emisión del Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de octubre de 2020 el cual concluye manifestando que, “(...) Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL **NO DESVIRTÚA TÉCNICAMENTE***

el hecho señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020, Acto que se inició a partir de lo concluido en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018 que indica: **“De la muestra del historial de las activaciones y desactivaciones de las líneas (“Historial de la Línea”) de 113.644 mines-**, y de los registros de las suscripciones en el “Formato 2 V2”, se determinó que, existen 44.072 suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium, en un total de 31.551 números de líneas únicas, cuyas suscripciones se mantuvieron activas a pesar de que existieron activaciones y desactivaciones de las líneas por parte de otros usuarios a los cuales **se les mantuvo la suscripción activa aun cuando no fue solicitada ni autorizada por el cliente/abonado o usuario de la línea.** De los 31.551 números de líneas únicas que se identificaron con suscripciones heredadas de otros usuarios, **en el período de muestra de los registros de cobros comprendido entre el 05 de noviembre de 2016 y el 01 de febrero de 2017** la operadora realizó 40.515 en registros de cobros por suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium por un valor de USD \$ 11.314,11.”; ya que CONECEL mantuvo la suscripción activa a Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium a clientes/abonados o usuarios de las líneas muestreadas, aun cuando no fue solicitada ni autorizada por los mismos.(...)”. Conforme con los antecedentes, disposiciones jurídicas precedentes, de acogerse el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de octubre de 2020, así como de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 emitido el 28 de agosto de 2020; se recomienda al Órgano Instructor, acoja el Informe Jurídico precedente, y se ser el caso, la Función Instructora del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emita el dictamen que corresponda, para lo cual se estima pertinente se observe lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que dispone: (...) En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase. (...).”.

- Con providencia No. ARCOTELCZO2-PR-2020-068 de 19 de octubre 2020, el Responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, dispuso la terminación el periodo de prueba así como, se agreguen al expediente y se consideren los documentos evacuados durante el mismo. Previo a la emisión del Dictamen establecido en el artículo 257 del Código Orgánico Administrativo serán remitidos con este, a la Función Sancionadora el expediente que contiene todos los documentos, alegaciones e informes que obran de la sustanciación del Procedimiento.

Con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1623-M de 27 de octubre de 2020, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL comunica que la providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-068 de 19 de octubre 2020, fue notificada el mismo día de la emisión.

- Con providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-074 de 23 de octubre de 2020, notificada a la administrada con oficio No. ARCOTEL-CZO2-2020-0205-OF de 26 de octubre de 2020, el Responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, dispuso que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 196 del Código Orgánico Administrativo, se pone en conocimiento del Prestador CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL, el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de octubre de 2020 y el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-164 de 22 de octubre de 2020, a fin de que se pronuncie sobre los mismos.
- Con Providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-077 de 30 de octubre de 2020, notificada con Oficio No. ARCOTEL-CZO2-2020-0212-OF en la misma fecha, el Responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, dispuso se agregue al expediente respectivo, el escrito de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, ingresado a la ARCOTEL mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-015041-E de 29 de octubre de 2020.
- El 30 de octubre de 2020, el Responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 emitió el Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-035, a través del cual se señaló:  
*“(...) La Función Instructora del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emite el **Dictamen** que en derecho corresponde, una vez que se ha verificado que el Prestador del Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL habría cometido una infracción tipificada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el Artículo 117, Letra b, numeral 5; al no cumplir las obligaciones como Prestador de Servicios de Valor Agregado, determinadas en su Artículo 24, numerales 3 y 28, no observar lo indicado en el Artículo 7 del “REGLAMENTO PARA ABONADOS/CLIENTES-USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE VALOR AGREGADO”, y lo establecido en su Contrato de Concesión: **Clausula Cuarenta y cuatro punto ocho (44.8)** que dice: “(...) La Sociedad Concesionaria no podrá prestar un servicio con pago que el usuario no hay solicitado expresamente. (...)”.*
- El procedimiento administrativo sancionador concluyó con la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de fecha 12 de noviembre de 2020, emitida por la Dirección Técnica Zonal 2, mediante la cual se determinó que la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES

S.A. CONECEL, es responsable del incumplimiento de la obligación, reportada en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-011 de 04 de julio de 2018, ratificado en el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de Octubre de 2020; configurándose la comisión de la Infracción de Primera Clase establecida en el artículo 118, letra b) número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que se le impuso una sanción económica de TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON 33/100 (USD \$ 3.678,33) tal como lo establece el Artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT).

#### 4.1.2. OMISIONES AL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Atendiendo el detalle precedente respecto del procedimiento administrativo sancionador, es necesario referirse al debido proceso.

La Constitución de la República del Ecuador 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 supra determina que 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).

La prueba de manera general deberá 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, conforme lo establece el artículo 194 del Código Orgánico Administrativo.

No obstante, en el procedimiento administrativo sancionador, la carga probatoria le corresponde a la administración pública de conformidad con el artículo 256 del Código Orgánico Administrativo, a fin de determinar la responsabilidad de presuntos responsables en el cometimiento de infracciones.

Una vez que se practiquen las pruebas la Administración está en la obligación de dar a conocer al administrado para que este ejerza su derecho a la defensa como lo establece la Constitución de la República en el artículo 76 numeral 7 establece:

*“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:*

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.”.*

Esto es concordante con lo establecido en el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo que señala:

*“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.”*

El principio de contradicción, tiene suma importancia, el momento de ejercer el derecho a la defensa da la posibilidad efectiva a las partes en el procedimiento administrativo sancionador, para que puedan hacer valer sus pretensiones dentro del proceso y se cumplan las garantías del debido proceso. En el caso de que no se proceda de esta manera existiría nulidad de procedimiento.

Sobre la nulidad del procedimiento, los artículos 106 y 107 del Código Orgánico Administrativo establece:

*“**Art. 106.- Declaración de nulidad.** Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.*

*La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo.*

*La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente.”*

*“**Art. 107.- Efectos.** La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables.*

*La declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición.*

*La declaración de nulidad de un acto administrativo afecta exclusivamente al acto viciado, salvo en los casos en que el procedimiento administrativo deba también ser declarado nulo de conformidad con este Código.*

*Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado.*

*El órgano que declare la nulidad del procedimiento administrativo dispondrá la conservación de aquellos 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.”*

Dentro de la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador que culminó con la Resolución impugnada en el presente Recurso de Apelación No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de fecha 12 de noviembre de 2020, emitida por la Dirección Técnica Zonal 2, el responsable de la función instructora emite la providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020, se apertura el periodo de prueba por el término de 20 días, disponiendo la práctica de varias diligencias como prueba de oficio; y, entre otros aspectos dispone de manera textual:

**“(…) ORGANISMO DESCONCENTRADO - COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - FUNCIÓN INSTRUCTORA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO CON EL ACTO DE INICIO No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 DE 28 DE AGOSTO DE 2020 EN CONTRA DEL PRESTADOR DEL SERVICIO DE VALOR AGREGADO, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL - PROVIDENCIA DE APERTURA DEL TÉRMINO DE PRUEBAS.-** Quito, miércoles 16 de septiembre de 2020, a las 11h00.- En mi calidad de “RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN INSTRUCTORA”, de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, designado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-1278-M, de 28 de agosto de 2019; al Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2020-1362-M, de 15 de septiembre de 2020; y en referencia a lo dispuesto en la Resolución ARCOTEL 2019-0682 de 26 de agosto de 2019.- **DISPONGO.- PRIMERO:** a) Incorpórese al expediente el Oficio de Notificación Nro. ARCOTEL-CZO2-2020-0143-OF de 28 de agosto de 2020, mismo que contiene la entrega del Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022, recibido en el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, por el señor Abg. Luis Guerra, con fecha 31 de agosto de 2020; b) Incorpórese al expediente la contestación efectuada por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, mismo que fuere ingresado con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-012273-E de 11 de septiembre de 2020.- **SEGUNDO:** Por corresponder al estado del trámite, y por existir diligencias

que evacuar se ordena la **apertura del período de pruebas 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 de pruebas se dictamina: a) Envíese atento Memorando y 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 de Valor Agregado, 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, esto es: "(...) **Art. 118.- Infracciones de segunda clase.** (...) b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de Títulos Habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) 5. Cobrar por servicios no encontrados o no prestados (...)"; b) Solicítese a la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, a fin de que dentro del término de cinco (5) días, remita a esta Coordinación Zonal 2, la información económica de los ingresos totales del Prestador, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, identificada con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al Servicio de Valor Agregado (SMS PREMIUM); c) Con la finalidad de formar la voluntad administrativa en el presente trámite, previo a emitir el Dictamen que ponga fin a la instrucción administrativa, en base a los elementos de convicción, desde el punto de vista técnico y jurídico, se solicita que las Áreas Técnica y Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presenten un informe en relación a las constancias existentes en el procedimiento administrativo y se pronuncien sobre los hechos, descargos y pruebas que se hubieren presentado por el Prestador CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, adicional realice un análisis de atenuantes y agravantes, la presentación de los informes correspondientes deben ser realizados inmediatamente se termine el término de prueba asignado al Prestador. Todo esto en consideración al artículo 120 y siguientes del Código Orgánico Administrativo;. **CUARTO:** Por encontrarse dentro del período de prueba ésta Función Instructora, atendiendo lo solicitado en el escrito de contestación numeral IX "**PETICIÓN CONCRETA**", "(...) 6. Que, se nos fije fecha y hora, a fin de presentar de forma verbal nuestros argumentos jurídicos expuestos en la presente contestación. (...)") "(...)", **se señala para el día lunes 21 de septiembre de 2020, a las 11H30, para que se realice la audiencia solicitada**, en la cual, la operadora, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL., en ejercicio de su derecho a la defensa, presente sus alegatos y descargos de forma verbal, para lo cual dispondrá del tiempo de una hora. Dicha diligencia se llevará a cabo en la sala de audiencias de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, auditorio, ubicado en la Av. Amazonas N 40-71 y Gaspar de Villarreal de esta ciudad de Quito; **si es de su preferencia y por cuestiones de bioseguridad precautelando la salud de los participantes, se podría realizar la reunión por videoconferencia** a través de la plataforma Zoom. (...)".

De la revisión del expediente del procedimiento administrativo sancionador, se verifica que no consta el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-012273-E de 11 de septiembre de 2020 mediante el cual, la Operadora remite la contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022, por tanto, no se puede determinar las pruebas que la empresa pública solicita dentro del procedimiento administrativo sancionador, lo cual vulnera el derecho a la defensa puesto que no se conoce las pruebas aportadas por la administrada, ni si éstas fueron evacuadas en su totalidad.

Adicionalmente se verifica que con la providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020, se dispuso la evacuación de pruebas de oficio señalados en el numeral 4.1.1, no obstante, no se tienen constancia de las pruebas solicitadas por la recurrente en razón de que dentro del expediente administrativo sancionador remitido por la Coordinación Zonal 2 a la Dirección de Impugnaciones con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2021-0072-M de 14 de enero de 2021 no se encuentra el documento ARCOTEL-DEDA-2020-012273-E de 11 de septiembre de 2020 mediante el cual la administrada realiza la contestación al Acto de Apertura, de igual manera no se puede determinar su evacuación, o si las pruebas anunciadas han sido aceptadas o rechazadas o si éstas serían consideradas al momento de resolver.

Por otro lado, de la revisión del expediente administrativo sancionador, consta en foja 30 a 34, específicamente en el numeral 3.5. DILIGENCIAS EVACUADAS del Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-035 de 30 de octubre de 2020, emitido por la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2, sobre la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública en el cumplimiento con lo dispuesto en la Providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020, y que fueron detalladas en el numeral 4.1.1 de la presente resolución.

Mediante Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de octubre de 2020, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, realizó el análisis sobre los descargos, alegatos de orden técnico presentadas por la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en referencia al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022, en el cual concluyó que:

**“(…) 5. CONCLUSIÓN**

*Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL **NO DESVIRTÚA TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020, Acto que se inició a partir de lo concluido en el Informe Técnico IT-CCDSAT-2018-011 de 04 de julio de 2018 que indica: **“De la muestra del historial de las activaciones y desactivaciones de las líneas***

**(“Historial de la Línea”) de 113.644 mines, y de los registros de las suscripciones en el “Formato 2 V2”, se determinó que, existen 44.072 suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium, en un total de 31.551 números de líneas únicas, cuyas suscripciones se mantuvieron activas a pesar de que existieron activaciones y desactivaciones de las líneas por parte de otros usuarios a los cuales se les mantuvo la suscripción activa aun cuando no fue solicitada ni autorizada por el cliente/abonado o usuario de la línea. De los 31.551 números de líneas únicas que se identificaron con suscripciones heredadas de otros usuarios, en el período de muestra de los registros de cobros comprendido entre el 05 de noviembre de 2016 y el 01 de febrero de 2017 la operadora realizó 40.515 en registros de cobros por suscripciones a los Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium por un valor de USD \$ 11.314,11.”; ya que CONECEL mantuvo la suscripción activa a Servicios de Valor Agregado con Mensajes Premium a clientes/abonados o usuarios de las líneas muestreadas, aun cuando no fue solicitada ni autorizada por los mismos. (...).”**

Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-164 de 22 de octubre de 2020, el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, realizó el análisis sobre los descargos, alegatos por la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en referencia al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-022 de 28 de agosto de 2020.

Tanto el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de octubre de 2020, emitido por el Área Técnica y el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-164 de 22 de octubre de 2020 emitido por el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2, fueron puestos en conocimiento de la administrada de conformidad a lo dispuesto en la providencia No. ARCOTELCZO2-PR-2020-074 de 23 de octubre 2020.

Respecto de las diligencias dispuestas por la administración pública en el cumplimiento con la Providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020, con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1395-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CZO2-2020-1396-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CZO2-2020-1397-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CZO2-2020-1412-M de 24 de septiembre de 2020, ARCOTEL-DEDA-2020-1742-M de 24 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CTDG-2020-0933-M de 24 de septiembre de 2020, no fueron puestos en conocimiento de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, y al respecto no existe evidencia documental sobre la razón de notificación realizada a la administrada, en consecuencia, se vulneró el derecho a la defensa y contradicción, considerando que éstos documentos sirvieron de fundamento para la emisión de los informes técnico y jurídico y constituyen medios probatorios de la Administración dentro del procedimiento administrativo sancionador, que tendrán valor si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo, garantizando de esta forma 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.

Adicionalmente, se verifica que el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-012273-E de 11 de septiembre de 2020, memorandos No. ARCOTEL-CZO2-2020-1395-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CZO2-2020-1396-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CZO2-2020-1397-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CTDG-2020-0933-M de 24 de septiembre de 2020, ARCOTEL-DEDA-2020-1742-M de 24 de septiembre de 2020 citados en tanto en los informes técnico IT-CZO2-C-2020-1428 de 19 de octubre de 2020 y jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-164 de 22 de octubre de 2020, solicitados por la Función Instructora, no constan en las copias certificadas del expediente administrativo sancionador remitido a la Dirección de Impugnaciones, a pesar de ser documentos probatorios que sirvieron de sustento para la emisión del Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-035 de 30 de octubre de 2020 y la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020, por lo que, se desconoce su contenido de manera integral, y tampoco existe evidencia documental de que los mismos hayan sido notificado a la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL.

Por otra parte, a fojas 25 a 30, específicamente en el numeral 5.2 EVALUACIÓN DE PRUEBAS, DENTRO DEL PERIODO DE INSTRUCCIÓN Y DILIGENCIA EVACUADAS de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020, emitida dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador, se enuncian las pruebas evacuadas por el Responsable de la Función de Instrucción de la CZO2, cuyo contenido sirvió de base para la formación de la voluntad administrativa y que fueron emitidos por la Unidad de Documentación y Archivo y la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes y por la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, y que además sirvieron de fundamento para el análisis de las circunstancias atenuantes y agravantes, los cuales no fueron notificados al presunto infractor, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo.

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.

Sobre lo analizado, el tratadista García de Enterría señala 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.<sup>1</sup>

Lo anterior vulnera el derecho a la defensa y el principio de contradicción consagrados en el artículo 76 de la Constitución de la República y en el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo, pues la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, desconoció el contenido de los memorandos que en su momento se valoraron para la emisión del acto administrativo impugnado y constante en el expediente.

En base a lo analizado, la omisión de notificación con el contenido de los memorandos emitidos dentro del procedimiento administrativo sancionador, la Administración vulneró el derecho a la defensa del administrado y el derecho a la contradicción consagrados en la Constitución de la República y en el Código Orgánico Administrativo, que acarrea nulidad en el procedimiento administrativo de conformidad con el artículo 107 del Código Orgánico Administrativo.

En lo relativo a las atenuantes y agravantes consideradas en la Resolución impugnada, a fojas 39 es preciso señalar que su aplicación debe tener sustentos probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador, a fin de no vulnerar derechos y garantizar el principio de interdicción de la arbitrariedad que señala que los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.

El referido informe jurídico elaborado por la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, signado con el número ARCOTEL-CJDI-2021-00065 de 21 de mayo de 2021, en su parte final establece las conclusiones y recomendaciones, cuyo tenor literal se transcribe:

#### **“V. CONCLUSIONES**

- 1. 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, en el presente caso los memorandos No. ARCOTEL-CZO2-2020-1395-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CZO2-2020-1396-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CZO2-2020-1397-M de 21 de septiembre de 2020, ARCOTEL-CTDG-2020-0933-M de 24 de septiembre de 2020, ARCOTEL-DEDA-2020-1742-M de 24 de septiembre de 2020 no consta en el expediente que hayan sido puestos en conocimiento ni notificadas a la parte administrada a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa dentro del proceso a fin de contradecir lo informado en dichos memorandos, hecho que contraviene una garantía básica del debido proceso en el ámbito administrativo, como es el derecho a la defensa y el principio de contradicción.*

---

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

2. *No se puede verificar si las pruebas solicitadas dentro del procedimiento administrativo sancionador, por parte del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, fueron evacuadas y analizadas de forma individual y oportuna, considerando la finalidad de estas dentro de los argumentos de defensa a exponer dentro del proceso, por cuanto el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-012273-E de 11 de septiembre de 2020 que corresponde a la contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo no se encuentra dentro del expediente administrativo sancionador remitido a la Dirección de Impugnaciones con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2021-0072-M de 14 de enero de 2021.*

## VI. 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 de ARCOTEL, en uso de sus atribuciones legales declarar la **NULIDAD** del procedimiento administrativo sancionador que culminó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en calidad de Función Sancionadora, debiendo reponerse al momento exacto donde se produjo la actuación administrativa viciada, a partir de la emisión de la providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020, mediante la cual se abre el periodo de prueba y se dispuso la práctica de diligencias que sirvieron de sustento para la emisión de la resolución impugnada.”*

## V. RESOLUCIÓN

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

### RESUELVE:

**Artículo 1.- AVOCAR** conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2021-00065 de 21 de mayo de 2021.

**Artículo 2.- DECLARAR** la nulidad del procedimiento administrativo sancionador que culminó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-042 de 12 de noviembre de 2020, a partir de la emisión de la providencia No. ARCOTEL-CZO2-PR-2020-054 de 16 de septiembre de 2020, 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.- DISPONER** a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones la ejecución de la presente Resolución en el ámbito de sus competencias.

**Artículo 4.- INFORMAR** al señor Víctor Manuel García Talavera, en su calidad de Apoderado Especial de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL que tiene derecho a impugnar esta Resolución ante el órgano competente.

**Artículo 5.- NOTIFICAR** con el contenido de este acto administrativo al Víctor Manuel García Talavera, en su calidad de Apoderado Especial de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL, en el casillero judicial No. 2276 del Palacio de Justicia de Quito, y en los siguientes correos electrónico: vgarciat@claro.com.ec mcarden@claro.com.ec lguerrap@claro.com.ec y ggutierrez@antitrust.ec direcciones electrónicas señaladas por el recurrente para recibir notificaciones, a través de la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

**Artículo 6.- INFORMAR** por medio de la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones 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 27 de mayo de 2021.

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

ELABORADO POR	REVISADO POR	APROBADO POR
Ab. Mayra Paola Cabrera Bonilla SERVIDOR PÚBLICO	Dra. Adriana Ocampo Carbo DIRECTORA DE IMPUGNACIONES	Ab. Virna Vásconez Soria COORDINADORA GENERAL JURÍDICA