

RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-2016- 0684

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES -ARCOTEL- NIEGA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 DE 18 DE ABRIL DE 2016.

CONSIDERANDO

I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1.- TÍTULO HABILITANTE – ADMINISTRADO

El 20 de noviembre de 2008, ante el Notario Trigésimo Noveno, del cantón Quito, se suscribió un Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público y Concesión de las Bandas de Frecuencias Esenciales, entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir del 30 de noviembre de 2008. Por tanto, el administrado o interesado dentro de este procedimiento es la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A.

1.2. ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 expedida el 18 de abril de 2016, por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, la cual fue notificada a la Compañía OTECEL S.A., el 20 de abril de 2016, según se desprende del memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0489-M de 22 de abril de 2016, que consta a fojas 167 del expediente del respectivo procedimiento administrativo sancionador.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

AUTORIDAD Y COMPETENCIA

2.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

*"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)"* (Subrayado fuera del texto original).

*"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: "1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. (...) **Sólo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.** (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."* (Negrita y Subrayado fuera del texto original).



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

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

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

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

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

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

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

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

**“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.”. (Lo remarcado y subrayado no pertenece al texto).

## 2.2 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

**“Art. 20.-** Obligaciones y Limitaciones.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, determinará las obligaciones específicas para garantizar la calidad y expansión de los servicios de telecomunicaciones así como su prestación en condiciones preferenciales para



garantizar el acceso igualitario o establecer las limitaciones requeridas para la satisfacción del interés público, todo lo cual será de obligatorio cumplimiento.

**Las empresas públicas que presten servicios de telecomunicaciones y las personas naturales o jurídicas delegatarias para prestar tales servicios, deberán cumplir las obligaciones establecidas en esta Ley, su reglamento general y las normas emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para garantizar la calidad, continuidad, eficacia, precios y tarifas equitativas y eficiencia de los servicios públicos.** (Negrita fuera del texto original).

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

**“Art. 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: (...) 11. El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”. (Negrita fuera del texto original).

**“Art. 121.- Clases.-** Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera: (...) 2. Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% al 0,07% del monto de referencia. (...)”.

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

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

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

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

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

**“Art. 134.- Apelación.-** La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, **podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.** Dicho funcionario tendrá el plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite. La apelación no suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).



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

**“Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.-** Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 8 **“Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador.”** (Subrayado fuera del texto original).

#### “DISPOSICIONES TRANSITORIAS

*Primera.-* Los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones otorgados antes de la expedición de la presente Ley se mantendrán vigentes hasta el vencimiento del plazo de su duración sin necesidad de la obtención de un nuevo título. No obstante, las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán cumplir con todas las obligaciones y disposiciones contenidas en esta Ley, su Reglamento General, los planes, normas, actos y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. **En caso de contradicción o divergencia entre lo estipulado en los títulos habilitantes y las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento General, incluyendo los actos derivados de su aplicación, prevalecerán estas disposiciones.** (...). (Negrita fuera del texto original).

### 2.3 RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

#### 2.5.1 Resolución Nro. 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: *“Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.”*.

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

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

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

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



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

## 2.6 CRITERIO JURÍDICO SOBRE APLICACIÓN DE RÉGIMEN LEGAL

Mediante memorando Nro. ARCOTEL-CAJ-2016-0090-M de 08 de abril de 2016, el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la ARCOTEL, sobre la consulta efectuada por la Coordinación Técnica de Control en relación a “qué régimen, contractual o legal, debe aplicarse para los procedimientos administrativos sancionadores por parámetros de calidad (...)”, concluyó: **“Con fundamento en la normativa citada, el análisis realizado, es conclusión de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica que, el régimen aplicable para las relaciones Estado-Administrado en función de los contratos de concesión (incluyendo las “CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES” de CNT EP) es el legal debiendo estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y no al régimen contractual, pues así lo manda la Constitución y demás normas que forma parte de este análisis.”** (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

En consecuencia, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ejerce competencia para conocer, sustanciar y resolver el presente Recurso de Apelación, en cumplimiento de los artículos 134 y 148, número 8 de la de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

## III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

- ✚ El trámite interno para la sustanciación del recurso de Apelación en la vía administrativa, se encuentra previsto en los artículos 134 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, y 85 de su Reglamento General, así como en los artículos 36, 37 y 38 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de ARCOTEL, en todo aquello que no contrarie las normas legales y reglamentarias.
- ✚ El 4 de febrero de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó el Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0015, con sustento en los Informes Técnicos Nros. IT-DCS-C-2015-0104 de 19 de junio de 2015 e IT-DCS-C-2015-0123 de 2 de octubre de 2015, que contienen la verificación de cumplimiento de parámetros de calidad establecidos mediante Resoluciones Nros. TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014 de la Compañía OTECEL S.A., correspondientes al primer y segundo trimestre de 2015.
- ✚ El 18 de abril de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dictó la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 en la cual se determinó que la Compañía OTECEL S.A., “(...) al no haber desvirtuado lo determinado en los Informes Técnicos Nro. IT-DCS-C-2015-0104, de 19 de junio de 2015 e IT-DCS-C-2015-0123, de 2 de octubre de 2015 y el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo ARCOTEL-2016-CZ2-015, de 4 de febrero del 2016, es responsable de la infracción tipificada en el Art. 118.- Infracciones de segunda clase b). Son infracciones de segunda clase aplicables a los poseedores de título (sic) habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: **11 “El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...)”**; y, le impuso la sanción pecuniaria de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL, NOVECIENTOS DIEZ Y SEIS DÓLARES, CON NUEVE CENTAVOS (USD \$ 287.916,09).
- ✚ A fojas 167 del expediente del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, consta que la Compañía OTECEL S.A., fue notificada en legal y debida forma el 20 de abril de 2016, con el contenido de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 de 18 de abril de 2016.



- ✦ El doctor Andrés Donoso Echanique, en su calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., mediante escrito ingresado en la ARCOTEL el 10 de mayo de 2016 con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, dirigido a la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, interpuso "RECURSO DE APELACIÓN" en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 de 18 de abril de 2016.
- ✦ El Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, según memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0248-M de 7 de julio de 2016, dispuso a la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción emitir el informe técnico en el ámbito de su competencia, respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación presentada así como en la audiencia solicitada por la Compañía OTECEL S.A., y que a su vez remita la respuesta a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones.
- ✦ Mediante oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0682-OF de 7 de julio de 2016, el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL comunicó a la Operadora OTECEL S.A., que al amparo de lo dispuesto en el artículo 76, número 7, letras c) y h), de la Constitución de la República, se señaló día y hora para la Audiencia solicitada dentro del procedimiento administrativo impugnativo, para exponer sus argumentos y comunicó que ha dispuesto la suspensión por 10 días hábiles del plazo máximo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para resolver el presente Recurso de Apelación por ser determinante y obligatoria la emisión del Informe Técnico de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, para la sustanciación y resolución del mismo, de conformidad con lo que establece el Art. 115, número 5, letra b) del ERJAFE.
- ✦ Del Acta de la Audiencia agregada al expediente, consta que la misma se efectuó el 14 de julio de 2016, a las 10H50, ante el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, Director Jurídico de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, servidores de la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, con la intervención de los funcionarios de Compañía OTECEL S.A.
- ✦ La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016, emitió el informe técnico respectivo.
- ✦ Mediante Providencia de 17 de agosto de 2016, el Director de Impugnaciones de la ARCOTEL dispuso: "**PRIMERO.**- Que la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, amplíe el Informe Técnico contenido en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016, respecto de la afirmación realizada por OTECEL S.A., en su escrito de apelación presentado en esta Agencia el 10 de mayo de 2016, con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, quien a propósito de los atenuantes invocados, manifiesta: "(...) OTECEL S.A., antes del inicio del Acto Nro. ARCOTEL-2016-CZ2-015 no ha sido sancionada por la misma infracción; se demostró, y es un hecho real que procedió con la subsanación del problema técnico; y que reparó los daños, los cuales debieron ser considerados por la Coordinación Zonal 2, sin necesidad de que hayan sido apelados (...)". En este sentido, se requiere que la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, señale si con ocasión de la comisión de la infracción materia del procedimiento administrativo sancionador concluido con la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0051, se ha causado o no daño técnico; esto con el fin de analizar jurídicamente el argumento de la operadora en función de la aplicación de la circunstancia atenuante cuarta invocada contenida en el artículo 130 de la LOT. Para lo cual se concede el término de cinco (5) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de la presente providencia.- **SEGUNDO.**- En virtud de los requerimientos antes señalados, por ser determinante en el contenido de la resolución, al amparo de lo señalado en el artículo 115, del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para resolver en quince (15) días hábiles.- (...)". (Subrayado fuera del texto original).



- ✚ En atención a la providencia de 17 de agosto de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, emitió el informe técnico pertinente.
- ✚ Mediante Providencia de 2 de septiembre de 2016, el Director de Impugnaciones de la ARCOTEL dispuso: **"PRIMERO.-** Que la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones amplíe y aclare el Informe Técnico contenido en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de agosto 18 de 2016.- **SEGUNDO.-** En virtud del requerimiento antes señalado, por ser determinante en el contenido de la resolución, al amparo de lo señalado en el artículo 115 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para resolver en cinco (5) días hábiles. (...)"
- ✚ En atención a la providencia de 2 de septiembre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0096-M de 09 de septiembre de 2016, emitió el informe técnico pertinente.
- ✚ A través del Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-IJ-DJDI-2016-0007 de 13 de septiembre de 2016, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, emitió el criterio jurídico respectivo.

#### IV ANÁLISIS DE FONDO

##### 4.1 RESOLUCIÓN APELADA

El Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, luego de la sustanciación del respectivo procedimiento administrativo sancionador, en ejercicio de sus atribuciones y dentro de la esfera de su jurisdicción y competencia, dictó la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 el 18 de abril de 2016, en la que se resolvió lo siguiente:

*"(...) Artículo 2.- DETERMINAR que la empresa Operadora OTECEL S.A., cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791256115001, al no haber desvirtuado lo determinado en los Informes Técnicos Nro. IT-DCS-C-2015-0104, de 19 de junio de 2015 e IT-DCS-C-2015-0123, de 2 de octubre de 2015 y el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo ARCOTEL-2016-CZ2-015, de 4 de febrero del 2016, es responsable de la infracción tipificada en el Art. 118.- Infracciones de segunda clase b). Son infracciones de segunda clase aplicables a los poseedores de título (sic) habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 11 "El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...)"*

*Artículo 3.- IMPONER a la empresa Operadora OTECEL S.A., cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC No. 1791256115001, de conformidad con el artículo 118 de la LOT, la sanción económica prevista en el artículo 121 como de segunda clase de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, del monto de referencia tomado del Formulario de homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de servicio, concretamente de Servicio Móvil Avanzado; esto, es, DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL, NOVECIENTOS DIEZ Y SEIS DÓLARES, CON NUEVE CENTAVOS (USD \$ 287.916,09) (...)"*

##### 4.2 ARGUMENTOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

La Compañía OTECEL S.A., interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051, mediante escrito ingresado el 10 de mayo de 2016 en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, argumentando en lo principal, lo siguiente:

##### "I. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

*El acto administrativo que recorro es la resolución No. ARCOTELNo-CZ2-2016-051 (sic) emitida por el Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, el día 18 de abril de 2016, debidamente notificada el día 20*



de abril de 2016, dentro del Acto de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-015, iniciado en contra de OTECEL.

Mediante el referido acto administrativo la Coordinación Zonal 2 - ARCOTEL, resuelve imponer una multa de USD\$ 287.916,09, a OTECEL por considerarla responsable de la infracción contenida en el Art. 118, letra b), numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que señala: "El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la agencia (sic) de Regulación y Control de las Telecomunicaciones". (...)

## **II.I. VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.-**

En el numeral 3.3 de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-051 (pág. 20) la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL señala lo siguiente:

**"En cuanto a las demás circunstancias atenuantes se las considera como no presentadas para su análisis por las razones expuestas a los largo de este procedimiento".**

**"La empresa OTECEL S.A. no ha dado contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ya que en el escrito ingresado en fecha 26 de febrero de 2016 con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-003470-E, el mismo no ha sido ratificado o legitimado debidamente".** (...)

En el caso que nos ocupa, se ha desconocido y violentado el derecho al debido proceso y a la defensa contraviniendo la norma legal expresa en el artículo 76 de la Constitución de asegurar dichos derechos en todo proceso en el que se determine nuestros derechos y obligaciones.

Es preciso señalar que el Acto de Inicio, se da por un supuesto incumplimiento a los parámetros de calidad, por tanto, la carga de la prueba de dicho incumplimiento recae sobre el ente regulador, quien incluso reconoce en la propia resolución objeto de este recurso que OTECEL S.A., sí demostró técnicamente, que los datos de los reportes, tenían errores por la desincronización de sus plataformas, es decir, técnicamente, OTECEL S.A. demostró, que los errores en las mediciones, eran consecuencia de dicha desincronización; (...)

**II.II.-** El análisis técnico efectuado por ARCOTEL en el numeral 2.1 de los considerandos de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-051, en la página 16, se basa en dos aspectos.

Que OTECEL S.A. "...ha demostrado técnicamente que la causa de los incumplimientos reportados en los meses de febrero a mayo de 2015, están relacionados con el registro erróneo de fechas en el CDR por la desincronización del servicio NTP (Network Time Protocol) de uno de los servidores del SMSC1-UIO"; y,

"Que el sustento técnico presentado, para demostrar la causa de los incumplimientos reportados en los meses de febrero a mayo de 2015, corresponde únicamente al análisis de seis (6) registros, generados el día 14 de mayo de 2015; y,"

Al respecto, es necesario aclarar que la herramienta TRAFFICA se la utiliza para realizar análisis y solución de problemas puntuales (troubleshooting), por lo que para cada caso o evento que se investiga, es necesario realizar el rastreo (trace) en los registros de las diferentes plataformas y centrales que tiene la red, lo cual es un proceso que toma tiempo debido a la cantidad de datos que se registran cada segundo en la BDD, por ello, el proceso de seguimiento de los 6 eventos señalados tomó aproximadamente 5 días; en tal virtud, con esta herramienta no es posible obtener muestras significativas que permitan realizar una medición real del parámetro de calidad.

Al haber determinado puntualmente (6 casos) que los tiempos de entrega eran inferiores al que se encontraba registrado en CDRs, en una segunda fase se explicó técnicamente la configuración y operación de la plataforma de SMSC, así como también el problema que se produce al existir la desincronización de los relojes de los 2 servidores que conforman el SMSC UIO. Con esta explicación como antecedente, se expuso los resultados del análisis realizado con una muestra de 34.322





registros de CDRs del 14 de mayo del 2016, confirmándose que el problema se presentó en el registro de CDRs (hecho reconocido por ARCOTEL); y que, no hubo afectación al usuario, por tanto la ARCOTEL conocía que no solamente se registraron pruebas en seis registros, sino en una muestra mucho más significativa de más de 34 mil registros.

Adicionalmente, y efectos de demostrar que no existió afectación se presentó un cuadro en el que se aprecia que la cantidad de reclamos por el envío de SMS entre octubre del 2014 (2316) y abril del 2015 (1311), disminuyó en 43%; y que la cantidad de reclamos es mínima en relación a la cantidad de usuarios, con lo cual se confirma lo que ya técnicamente se había determinado; esto es que no hubo afectación al usuario.

**II.III.** Por otra parte, si bien la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL no considera las atenuantes en el presente caso, por el hecho de no haberse legitimado la intervención del abogado Fabián Corral, no es menos cierto que estas existían, y eran de conocimiento del ente Regulador.

OTECEL S.A., antes del inicio del Acto No. ARCOTEL-2016-CZ2-015 no ha sido sancionada por la misma infracción; se demostró, y es un hecho real que procedió con la subsanación del problema técnico; y que reparo los daños, los cuales debieron ser considerados por la Coordinación Zonal 2, sin necesidad de que hayan sido alegados, motivo más que suficiente para que haya abstenido de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que señala: "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. (...)". Cabe recalcar que no existe afectación para los clientes. (...)

#### **IV. PETICIÓN**

En virtud de lo expuesto y de acuerdo a lo señalado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sobre la base de los fundamentos de hecho y derecho expuestos, interponemos el presente recurso de apelación, a fin de que se abstenga de imponer una sanción. (...)

#### **VII. PETICIÓN DE AUDIENCIA**

Pido a la Directora Ejecutiva, que se sirva señalar fecha y hora, con la finalidad de ser recibidos en audiencia para exponer de mejor manera nuestros argumentos. (...)

#### **4.3 MOTIVACION**

##### **4.3.1 ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Con memorandos Nros. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016, ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, y ARCOTEL-CCDS-2016-0096-M de 9 de septiembre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, realiza el análisis de los argumentos presentados por la Compañía OTECEL S.A., mediante escrito recibido con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, específicamente sobre los argumentos relacionados con el hecho imputado en el Acto de Apertura, y emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

##### **♦ MEMORANDO Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016**

##### **"(...) ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN TÉCNICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, en cumplimiento a lo requerido en el memorando ARCOTEL-CTC-2016-0248-M, manifiesta lo siguiente:

1. Mediante Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-0051 de 18 de abril de 2016, la Coordinación Zonal 2, entre otros aspectos señala:



“...**FUNDAMENTO DE HECHO**...Los Informes Técnicos No. IT-DCS-C-2015-0104 de 19 de junio de 2015 e IT-DCS-C-2015-0123, de 2 de octubre de 201 (sic), concluyen en sus páginas 30 y 36 respectivamente, que la operadora OTECEL S.A., de acuerdo a los valores informados en Formato SMA-C-QoS-5, “Parámetros de Calidad General”, a través de su SAAD, para el primero y segundo trimestre del 2015 cumple con varios valores objetivos establecidos en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014, de 27 de junio del 2014; sin embargo se presenta la siguiente observación:

ITEM	PARAMETRO	PERIODO	OBSERVACION
2	Tiempo promedio de entrega de SMSs	I TRIMESTRE 2015	No alcanza el valor objetivo para la SMSC1-UIO para los meses de febrero y marzo del 2015 (febrero: 26 segundos, marzo: 35 segundos), cuyos valores están por encima del 2% de desvío permitido y establecido.

ITEM	PARAMETRO	PERIODO	OBSERVACION
3	Tiempo promedio de entrega de SMSs	II TRIMESTRE 2015	No alcanza el valor objetivo para la SMSC1-UIO para los meses abril (45 segundos) y mayo (48 segundos). Por lo que el valor alcanzado supera el 2% de desvío permitido.

Como se puede apreciar el hecho que originó la apertura del procedimiento administrativo sancionador fue el incumplimiento del valor objetivo del indicador de 5.12 “Tiempo promedio de entrega de SMSs”, dando lugar a la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-0051.

2. Mediante oficio ARCOTEL-CTC-2015-0286-OF de 8 de julio de 2015, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones certificó que: **“los sistemas de medición y control de calidad implementados por OTECEL S.A., para los parámetros de calidad “PORCENTAJE DE MENSAJES CORTOS CON ÉXITO” (CÓDIGO 5.11) y “TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE MENSAJES CORTOS” (CÓDIGO 5.12) permiten realizar la medición de este indicador, conforme lo que se establece en la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014”.**

Del análisis realizado al expediente del presente caso, esta Dirección no ha encontrado documentación alguna, previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador que finalizó con la emisión de la Resolución Nº ARCOTEL-CZ2-2016-051, con la que la operadora haya notificada a la ARCOTEL, acerca de modificaciones, problemas o averías en el Sistema de Medición y Control de Calidad del (sic) parámetros de calidad “TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE MENSAJES CORTOS” (CÓDIGO 5.12), por lo que se entiende que la información que entregó el citado Sistema para los meses de febrero a mayo de 2015, es confiable y corresponde al comportamiento del parámetro de calidad en el período de evaluación.

3. Con respecto al incumplimiento del hecho señalado en la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-0051, OTECEL S.A. señala:

““(...) Que el sustento técnico presentado, para demostrar la causa de los incumplimientos reportados en los meses de febrero a mayo de 2015, corresponde únicamente al análisis de seis (6) registros, generados el día 14 de mayo de 2015; y,”

Al respecto, es necesario aclarar que la herramienta TRAFFICA se la utiliza para realizar el análisis y solución de problemas puntuales (troubleshooting), por lo que para cada caso o evento que se investiga, es necesario realizar el rastreo (trace) en los registros de las diferentes plataformas y centrales que tiene la red, lo cual es un proceso que toma tiempo debido a la cantidad de datos que se registran cada segundo en la BDD, por ello, el proceso de seguimiento de los 6 eventos señalados

tomó aproximadamente 5 días; en tal virtud, con esta herramienta no es posible obtener muestras significativas que permitan realizar una medición real del parámetro de calidad.

“Al haber determinado puntualmente (6 casos) que los tiempos de entrega eran inferiores al que se encontraba registrado en CDRs, en una segunda fase se explicó técnicamente la configuración y operación de la plataforma de SMSC, así como también el problema que se produce al existir la desincronización de los relojes de los 2 servidores que conforman el SMSC UIO. Con esta explicación como antecedente, se expuso los resultados del análisis realizado con una muestra de 343222 registros de CDRs (hecho reconocido por ARCOTEL); y que, no hubo afectación al usuario, por tanto la ARCOTEL conocía que no solamente se registraron pruebas en seis registros, sino en una muestra mucho más significativa de más de 34 mil registros.

Adicionalmente, y efectos de demostrar que no existió afectación se presentó un cuadro en el que se aprecia que la cantidad de reclamos por el envío de SMS entre octubre del 2014 (2316) y abril del 2015 (1311), disminuyó en 43%; y que la cantidad de reclamos es mínima en relación a la cantidad de usuarios, con lo cual se confirma lo que ya técnicamente se había determinado; (sic) esto es que no hubo afectación al usuario”.

4. Ante la imposibilidad señalada por la operadora, para reprocesar la información del año 2015, y toda vez que la ARCOTEL considera como válidos los datos del Sistema de medición y control de calidad de OTECEL S.A., para el parámetro “TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE MENSAJES CORTOS” (CÓDIGO 5.12), certificado mediante oficio ARCOTEL-CTC-2015-0286-OF, esta Dirección procedió a realizar un proceso de extracción y análisis de información (datos recolectados) desde el sistema SAMM (Sistema Autónomo de Mediciones Móviles) de ARCOTEL con la finalidad de evaluar el comportamiento del parámetro “Tiempo promedio de entrega de SMS” para el período enero-diciembre de 2015 (un detalle de este procesamiento, se presenta en los anexos).

Los datos colectados provienen de las sondas de medición del SAMM, trabajando 7x24, de acuerdo a la siguiente distribución:

AÑO	MES	No. De sondas	Número de SMS enviados (total del mes)
2015	Enero	35	268.598
2015	Febrero	33	120.992
2015	Marzo	32	176.720
2015	Abril	34	167.736
2015	Mayo	24	181.819
2015	Junio	21	88.510
2015	Julio	22	68.866
2015	Agosto	20	74.026
2015	Septiembre	23	75.273
2015	Octubre	25	69.747
2015	Noviembre	21	83.921
2015	Diciembre	26	109.777

Los resultados de las mediciones efectuadas por parte de la ARCOTEL a través del SAMM, y los resultados de las mediciones presentadas por OTECEL en el Formato SMA-C-QoS-5 para el parámetro “Tiempo promedio de entrega de SMS”, de acuerdo a la normativa vigente, se presentan a continuación:

PARÁMETRO 5.12 TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE SMS			
AÑO	MES	TIEMPO DE SMS ARCOTEL (SAMM)	TIEMPO DE SMS OTECEL S.A. (SMSC UIO)



2015	<u>ENERO</u>	<u>7,55</u>	<u>17</u>
2015	<u>FEBRERO</u>	<u>22,51</u>	<u>26</u>
2015	<u>MARZO</u>	<u>28,20</u>	<u>35</u>
2015	<u>ABRIL</u>	<u>25,30</u>	<u>45</u>
2015	<u>MAYO</u>	<u>41,41</u>	<u>48</u>
2015	JUNIO	5,35	13
2015	JULIO	3,41	15
2015	AGOSTO	3,11	15
2015	SEPTIEMBRE	3,50	15
2015	OCTUBRE	5,32	15
2015	NOVIEMBRE	3,36	16
2015	DICIEMBRE	2,80	14

**Nota: Se subrayan los resultados de los meses motivo de la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-0051**

La Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL, luego del análisis de los resultados presentados anteriormente, ha determinado lo siguiente:

1. Los resultados presentados por OTECEL en el Formato SMA-C-QoS-5 para los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, para el parámetro "Tiempo promedio de entrega de SMS", reflejan un tiempo (parámetro) por encima del valor objetivo de "20 segundos" establecido mediante la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.
2. El procesamiento de los datos producto de las pruebas realizadas durante todo el año 2015, a través del sistema SAMM, para los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, determinó un "Tiempo promedio de entrega de SMS", por encima del valor objetivo de "20 segundos" establecido mediante la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014; lo cual reafirma los datos presentados por la operadora.
3. Lo manifestado por OTECEL S.A., en el sentido de que los reportes de los meses de febrero a mayo de 2015 tienen errores de registro en las fechas de los CDR, por la desincronización del servicio NTP, se desvirtúan con los resultados de las pruebas realizadas por el SAMM, pues las herramientas de monitoreo de la ARCOTEL, colectan directamente la información del contador denominado "SMS\_SendingDuration\_AVG" del SAMM, que determina el tiempo de la entrega de los mensajes generados por las sondas, sin tener relación con el servicio NTP utilizado por la operadora.
4. "SMS\_SendingDuration\_AVG", es un contador del SAMM que calcula el tiempo efectivo desde el envío de un SMS generado por una sonda de medición, hasta que la sonda de medición recibe la confirmación de la red (respuesta del SMS-C), sin considerar el reloj del operador; sino calculando directamente los tiempos asociados al evento.
5. Con respecto a lo manifestado por la operadora en el sentido de que se ha subsanado el problema técnico y que se han reparado los daños de conformidad con el art. 130 de la LOT, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, técnicamente considera que, la operadora no ha presentado la información suficiente que permita determinar que el problema presentado en el servicio de SMS tuvo relación con el servicio NTP, pues los resultados de las mediciones del SAMM, demuestran que sí existió afectación al parámetro "Tiempo promedio de entrega de SMS", para los meses de febrero a mayo de 2015, pues la mensajería de capa 3 de las sondas del SAMM, son independientes del servicio NTP utilizado por OTECEL S.A..



6. A la fecha, OTECEL S.A. no ha presentado argumentos técnicos adicionales, ni otras pruebas dentro del transcurso del procedimiento sancionatorio que terminó en la emisión de la Resolución ARCOTEL-2016-CZ2-051 de 18 de abril de 2016.

## CONCLUSIÓN

Atendiendo el pedido ejecutado mediante memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0248-M de 7 de julio de 2016, y luego del análisis de los argumentos presentados por la operadora en el escrito ingresado a esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento N° ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, técnicamente ha determinado que, **no es aceptable admitir el Recurso de Apelación presentado por OTECEL S.A.**, pues se ha comprobado que, durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, la operadora no cumplió con el valor objetivo del parámetro de calidad denominado "Tiempo Promedio de Entrega de SMS" al superar dicho valor los 20 segundos, establecido mediante Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014. Adicionalmente; considerando que las actividades relacionadas con impugnaciones le corresponden a la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, adjunto remito el correspondiente Criterio Técnico emitido por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, para los fines y acciones que se considere pertinentes dentro del debido proceso. "

### ◆ MEMORANDO Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016

#### "(...) ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN TÉCNICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1 Mediante oficio ARCOTEL-CTC-2015-0286-OF de 8 de julio de 2015, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones certificó que: **"los sistemas de medición y control de calidad implementados por OTECEL S.A., para los parámetros de calidad "PORCENTAJE DE MENSAJES CORTOS CON ÉXITO" (CÓDIGO 5.11) y "TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE MENSAJES CORTOS" (CÓDIGO 5.12) permiten realizar la medición de este indicador, conforme lo que se establece en la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014"**.

Del análisis realizado al expediente del presente caso, esta Dirección no ha encontrado documentación alguna, previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador que finalizó con la emisión de la Resolución N° ARCOTEL-CZ2-2016-051, con la que la operadora haya notificada a la ARCOTEL, acerca de modificaciones, problemas o averías en el Sistema de Medición y Control de Calidad del (sic) parámetros de calidad "TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE MENSAJES CORTOS" (CÓDIGO 5.12), por lo que se entiende que la información que entregó el citado Sistema para los meses de febrero a mayo de 2015, es confiable y corresponde al comportamiento del parámetro de calidad en el período de evaluación.

- 2 Ante la imposibilidad señalada por la operadora, para reprocesar la información del año 2015, y toda vez que la ARCOTEL considera como válidos los datos del Sistema de medición y control de calidad de OTECEL S.A., para el parámetro "TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE MENSAJES CORTOS" (CÓDIGO 5.12), certificado mediante oficio ARCOTEL-CTC-2015-0286-OF, esta Dirección procedió a realizar un proceso de extracción y análisis de información (datos recolectados) desde el sistema SAMM (Sistema Autónomo de Mediciones Móviles) de ARCOTEL con la finalidad de evaluar el comportamiento del parámetro "Tiempo promedio de entrega de SMS" para el período enero-diciembre de 2015 (un detalle de este procesamiento, se presenta en los anexos)

Los datos colectados provienen de las sondas de medición del SAMM, trabajando 7x24, de acuerdo a la siguiente distribución:



AÑO	MES	No. De sondas	Número de SMS enviados (total del mes)
2015	Enero	35	268.598
2015	Febrero	33	120.992
2015	Marzo	32	176.720
2015	Abril	34	167.736
2015	Mayo	24	181.819
2015	Junio	21	88.510
2015	Julio	22	68.866
2015	Agosto	20	74.026
2015	Septiembre	23	75.273
2015	Octubre	25	69.747
2015	Noviembre	21	83.921
2015	Diciembre	26	109.777

Los resultados de las mediciones efectuadas por parte de la ARCOTEL a través del SAMM, y los resultados de las mediciones presentadas por OTECEL en el Formato SMA-C-QoS-5 para el parámetro "Tiempo promedio de entrega de SMS", de acuerdo a la normativa vigente, se presentan a continuación:

PARÁMETRO 5.12 TIEMPO PROMEDIO DE ENTREGA DE SMS			
AÑO	MES	TIEMPO DE SMS ARCOTEL (SAMM)	TIEMPO DE SMS OTECEL S.A. (SMSC UIO)
2015	ENERO	7,55	17
<u>2015</u>	<u>FEBRERO</u>	<u>22,51</u>	<u>26</u>
<u>2015</u>	<u>MARZO</u>	<u>28,20</u>	<u>35</u>
<u>2015</u>	<u>ABRIL</u>	<u>25,30</u>	<u>45</u>
<u>2015</u>	<u>MAYO</u>	<u>41,41</u>	<u>48</u>
2015	JUNIO	5,35	13
2015	JULIO	3,41	15
2015	AGOSTO	3,11	15
2015	SEPTIEMBRE	3,50	15
2015	OCTUBRE	5,32	15
2015	NOVIEMBRE	3,36	16
2015	DICIEMBRE	2,80	14

**Nota: Se subrayan los resultados de los meses motivo de la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-0051**

La Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la ARCOTEL, luego del análisis de los resultados presentados anteriormente, ha determinado lo siguiente:

1. Los resultados presentados por OTECEL en el Formato SMA-C-QoS-5 para los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, para el parámetro "Tiempo promedio de entrega de SMS", reflejan un tiempo (parámetro) por encima del valor objetivo de "20 segundos" establecido mediante la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.
2. El procesamiento de los datos producto de las pruebas realizadas durante todo el año 2015, a través del sistema SAMM, para los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015,



determinó un "Tiempo promedio de entrega de SMS", por encima del valor objetivo de "20 segundos" establecido mediante la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014; lo cual reafirma los datos presentados por la operadora.

3. Lo manifestado por OTECEL S.A., en el sentido de que los reportes de los meses de febrero a mayo de 2015 tienen errores de registro en las fechas de los CDR, por la desincronización del servicio NTP, se desvirtúan con los resultados de las pruebas realizadas por el SAMM, pues las herramientas de monitoreo de la ARCOTEL, colectan directamente la información del contador denominado "SMS\_SendingDuration\_AVG" del SAMM, que determina el tiempo de la entrega de los mensajes generados por las sondas, sin tener relación con el servicio NTP utilizado por la operadora.
4. "SMS\_SendingDuration\_AVG", es un contador del SAMM que calcula el tiempo efectivo desde el envío de un SMS generado por una sonda de medición, hasta que la sonda de medición recibe la confirmación de la red (respuesta del SMS-C), sin considerar el reloj del operador; sino calculando directamente los tiempos asociados al evento.
5. Con respecto a lo manifestado por la operadora en el sentido de que se ha subsanado el problema técnico y que se han reparado los daños de conformidad con el art. 130 de la LOT, la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones considera que, la operadora no ha presentado la información suficiente que permita determinar que el problema presentado en el servicio de SMS tuvo relación con el servicio NTP, pues los resultados de las mediciones del SAMM, demuestran que sí existió afectación al parámetro "Tiempo promedio de entrega de SMS", para los meses de febrero a mayo de 2015, pues la mensajería de capa 3 de las sondas del SAMM, son independientes del servicio NTP utilizado por OTECEL S.A.
6. Por lo que una vez se han analizados los datos extraídos del sistema SAMM, esta Dirección determina que **si existió daño técnico**, al verificarse conforme los datos del SAMM, que para los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, las sondas validaron un "Tiempo promedio de entrega de SMS", por encima del valor objetivo de "20 segundos" establecido mediante la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.

## CONCLUSIÓN

En alcance al memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016 y en atención a la disposición de Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones en referencia al Recurso de apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0051 de 18 de abril de 2016, luego del análisis de los argumentos presentados por la operadora en el escrito ingresado a esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento N° ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, técnicamente ha determinado que, **si existió daño técnico**, pues se ha comprobado que, durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, debido a una degradación del servicio, la operadora no cumplió con el valor objetivo del parámetro de calidad denominado "Tiempo Promedio de Entrega de SMS" al superar dicho valor los 20 segundos, establecido mediante Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014."

### ◆ Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0096-M de 9 de septiembre de 2016

La Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones a través del memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0096-M, señala: "(...) en cumplimiento de lo dispuesto en el documento antes señalado, y como alcance a los escritos remitidos por esta Dirección mediante memorandos Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016 y ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, le manifiesto lo siguiente:

- Tal y como se lo manifestó en los memorandos Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016 y ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, luego del análisis de los argumentos presentados por la operadora en el escrito ingresado a esta Agencia de



Regulación y Control de las Telecomunicaciones, técnicamente ha determinado y ratifica su respuesta contenida en los memorandos antes mencionados a efectos de que si existió daño técnico, pues se ha comprobado que, durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, la operadora no cumplió con el valor objetivo del parámetro de calidad denominado "Tiempo Promedio de Entrega SMS" al superar dicho valor los 20 segundos, establecido en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 enero de 2014. (...)"

#### 4.3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La Dirección de Impugnaciones de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-IJ-DJDI-2016-0007 de 13 de septiembre de 2016, considerando el contenido de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051; lo manifestado por la operadora en su escrito de impugnación; las piezas del expediente; así como el análisis técnico contenido en los memorandos Nros. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016, ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, y ARCOTEL-CCDS-2016-0096-M de 9 de septiembre de 2016, emitió el criterio jurídico, del cual se transcribe lo siguiente:

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

#### ARGUMENTOS DEL RECURSO

##### ◆ TÉRMINO PARA PRESENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

*El Dr. Andrés Donoso Echanique, en su calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., (según consta del poder de Procuración Judicial elevado a Escritura Pública el 20 de marzo de 2015, ante la Notaria Tercera del cantón Quito, cuya copia anexa), mediante escrito ingresado el 10 de mayo de 2016 a las 15:19, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, **APELA** a la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 de 18 de abril de 2016, la cual fue notificada<sup>1</sup> el 20 de abril de 2016, según desprende del memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0489-M de 22 de abril de 2016, que consta a fojas 167 del expediente del procedimiento administrativo sancionador **dentro del término de quince (15) días** previsto en el inciso primero del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que se ha procedido a considerar su respuesta, en observancia de sus derechos constitucionalmente protegidos, particularmente de la tutela<sup>2</sup> efectiva y del debido proceso, a través de lo cual se asegura la efectiva realización del principio de contradicción.*

*Con este antecedente, y considerando que los alegatos presentados por la operadora son los mismos que los argumentos utilizados en el escrito de contestación al Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-015 de 4 de febrero de 2016, esta Dirección realizará un análisis conjunto de las dos piezas procesales, y desde el punto de vista jurídico señala lo siguiente:*

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

<sup>2</sup> COMPENDIO DE EXTRACTOS DE FALLOS Y RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES JUDICIALES Y RESOLUCIONES NORMATIVAS. Tomo VI, 2014, Procuraduría General del Estado. Caso Nro. 0384-12-EP Corte Constitucional. Fuente (Registro Oficial) Suplemento I Nro. 289 de 15/07/2014, pág. 142 "(...) En cuanto al ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo ha mencionado la Corte, conforme el artículo 75 de la Constitución de la República, este comprende el acceso gratuito a la justicia, el obtener una resolución fundada en derecho y el conseguir la ejecución integral de la sentencia, en forma oportuna. En tal circunstancia, cuando la resolución o resoluciones que se expidan no son de fondo o se fundan en normas arbitrariamente inconstitucionales, tales resoluciones resultan arbitrarias o irrazonables, puesto que no cumplen con la exigencia constitucional expresada. (...)". (Subrayado fuera del texto original).



◆ VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

En el escrito recibido en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, la Compañía OTECEL S.A., expone argumentos, con énfasis en lo siguiente:

"(...) En el numeral 3.3 de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-051 (pág. 20) la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL señala lo siguiente:

**"En cuanto a las demás circunstancias atenuantes se las considera como no presentadas para su análisis por las razones expuestas a lo largo de este procedimiento"**.

**"La empresa OTECEL S.A. no ha dado contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ya que en el escrito ingresado en fecha 26 de febrero de 2016 con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-003470-E, el mismo no ha sido ratificado o legitimado debidamente". (...)**

En el caso que nos ocupa, se ha desconocido y violentado el derecho al debido proceso y a la defensa contraviniendo la norma legal expresa en el artículo 76 de la Constitución de asegurar dichos derechos en todo proceso en el que se determine nuestros derechos y obligaciones.

Es preciso señalar que el Acto de Inicio, se da por un supuesto incumplimiento a los parámetros de calidad, por tanto, la carga de la prueba de dicho incumplimiento recae sobre el ente regulador, quien incluso reconoce en la propia resolución objeto de este recurso que OTECEL S.A., si demostró técnicamente, que los datos de los reportes, tenían errores por la desincronización de sus plataformas, es decir, técnicamente, OTECEL S.A. demostró, que los errores en las mediciones, eran consecuencia de dicha desincronización. (...)"

Al respecto se manifiesta lo siguiente:

A fojas 102 del expediente del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, consta que la Compañía OTECEL S.A., fue notificada en legal y debida forma el 5 de febrero de 2016, con el contenido de Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-015 de 4 de los mismos mes y año.

El abogado Fabián E. Corral, **ofreciendo poder o ratificación de la Compañía OTECEL S.A.**, contestó al Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-015 de 4 de febrero de 2016, mediante escrito recibido en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL el 26 de febrero de 2016, con el documento Nro. **ARCOTEL-DGDA-2016-003470-E**.

A fojas 112 y 113 del expediente del procedimiento administrativo sancionador, se desprende que el Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL atendiendo la solicitud del abogado Fabián E. Corral, mediante providencia de 1 de marzo de 2016, notificada a la Operadora OTECEL S.A., el 1 del mismo mes y año, entre otros aspectos solicitó: "(...) por cuanto existe documentos ingresados en la oficina de recepción de documentos de ARCOTEL, con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-003470-E, de 26 de febrero del 2016 a las 14H17 y se convalida por la siguiente: 1.- Adjúntese al procedimiento el escrito ingresado el 26 de febrero de 2016 a las 14H17 y considérese lo siguiente: (...) c) **Se concede el término de cinco días al Abogado Fabián Corral, con la finalidad de que se legitime la intervención dentro del presente procedimiento administrativo. (...)**". (Negrita fuera del texto original).

A fojas 135 (v) y 134 del expediente del procedimiento administrativo sancionador, el Dr. Jaime Ordóñez Talbot, Profesional Jurídico de la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-2015-JCZ2-R-051 de 18 de abril de 2016, señaló que: "(...) a.- La comparencia al procedimiento por parte de la Operadora de SMA OTECEL S.A., se lo ha realizado por parte de Fabián Corral B., quien ha ofrecido poder o ratificación para este procedimiento, **sin que haya producido tal legitimación**. La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en fecha de 1 de marzo del 2016, despacha el escrito de comparencia y se concede a la empresa OTECEL S.A., el término de cinco días con la finalidad de que ratifique o legitime su intervención

dentro del presente procedimiento, escrito con el que se notificó a la empresa Operadora el 01 de marzo del 2016; sin embargo, **hasta la presente fecha no se legalizado o legitimado o ratificado (sic) intervención de parte de Fabián Corral B** en esta causa (...) Para la Coordinación Zonal 2, el interesado directo dentro de este procedimiento administrativo, y así lo determina la ley y la doctrina es la empresa operadora OTECEL S.A., y ella debió actuar directamente dentro del procedimiento o por medio de un representante **situación que no ha ocurrido, por lo tanto se debe considerar como no presentados los documentos de contestación y como no realizada la alegación de manera verbal** representante, que se realizó el 8 de marzo de 2016 a las 15h00. (...).

El artículo 186 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE-, textualmente dice: "Formalidades.- **Para formular solicitudes, interponer reclamos o recursos, desistir de acciones y renunciar derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho.** Para los actos de mero trámite se presumirá aquella representación".

El artículo 181 ibídem dispone lo siguiente: "Aclaración y **complementación.**- Si el reclamo o recurso fuere oscuro o no se cumplieran con los requisitos señalados en el artículo anterior, la autoridad competente ordenará que se aclare o complete el reclamo en **el término de cinco días y, de no hacerlo, se tendrá por no presentado el reclamo.**".

De la lectura a los citados artículos, se puede observar, de modo general, la obligación del interesado de cumplir con el requisito de acreditar la representación de la persona que actúa a su nombre respecto de una solicitud, la cual si no es autorizada dentro del término de cinco días, se considera como no presentada.

De lo anterior se colige que efectivamente hay una **falta de legitimación** por parte de la Operadora OTECEL S.A., por cuanto ni en el término de cinco días concedido mediante providencia de 1 de marzo de 2016, ni durante la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 expedida el 18 de abril de 2016 por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, la citada sociedad concesionaria legitimó, ratificó o mereció aprobación de la actuación del abogado Fabián E. Corral B., a través del escrito recibido en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL el 26 de febrero de 2016, con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-003470-E, circunstancia que no ha permitido al inculpado participar con idoneidad en el procedimiento.

En este contexto y en observancia de los artículos 181 y 186 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-, esta Dirección considera que la Compañía OTECEL S.A., al no haber ratificado de manera expresa los argumentos planteados por el abogado Fabián E. Corral B., hay una falta de legitimidad de personería, esto es, una falta de capacidad para comparecer en el procedimiento administrativo sancionador, por tanto la solicitud presentada con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-003470-E, se tiene como no presentada.

No obstante de lo cual, luego de la revisión del expediente, y particularmente del contenido del Informe Jurídico Nro. 2015-JCZ2-R-51 de 18 de abril de 2016, elaborado por el Dr. Jaime Ordóñez Talbot, Profesional Jurídico de la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, esta Dirección Jurídica estima pertinente ratificar dicho criterio jurídico, concretamente que: "(...) a.- La comparencia al procedimiento por parte de la Operadora de SMA OTECEL S.A., se lo ha realizado por parte de Fabián Corral B., quien ha ofrecido poder o ratificación para este procedimiento, **sin que haya producido tal legitimación.** La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en fecha de 1 de marzo del 2016, despacha el escrito de comparencia y se concede a la empresa OTECEL S.A., el término de cinco días con la finalidad de que ratifique o legitime su intervención dentro del presente procedimiento, escrito con el que se notificó a la empresa Operadora el 01 de marzo del 2016; sin embargo, **hasta la presente fecha no se legalizado o legitimado o ratificado (sic) intervención de parte de Fabián Corral B** en esta causa (...) Para la Coordinación Zonal 2, el interesado directo dentro de este procedimiento administrativo, y así lo determina la ley y la doctrina es la empresa operadora OTECEL S.A., y ella debió actuar directamente dentro del procedimiento o por medio de un representante **situación que no ha ocurrido, por lo tanto se debe considerar como no presentados los documentos de contestación y como no realizada la alegación de manera**



**verbal** representante, que se realizó el 8 de marzo de 2016 a las 15h00. (...). (Negrita fuera del texto original).

Se procede a revisar las circunstancias atenuantes, no obstante de que el escrito presentado por el Ab. Fabián Corral B, recibido con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-003470-E, se tiene como no presentado.

◆ **CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PARA EL CÁLCULO DE LA SANCIÓN**

El artículo 130 Atenuantes de la ley Orgánica de Telecomunicaciones prescribe:

"Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.
2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.
3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.
4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.

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. Esta disposición no aplica para infracciones de tercera y cuarta clase."

Al respecto se manifiesta lo siguiente:

**ATENUANTES:**

1. **"No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador."**

A fojas 146 del expediente del procedimiento administrativo sancionador, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL en la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 de 18 de abril de 2016, señala: "(...) De lo motivado, se desprende una circunstancia atenuante; la no reincidencia de procedimientos administrativos sancionadores con identidad de causa y efecto; en tanto que como circunstancias agravantes no existe ninguna, con la que se deba regular la sanción correspondiente."

De la información obtenida del Sistema Informático de Infracciones y Sanciones de la ARCOTEL, y una vez revisada, se confirma por parte de la Dirección de Impugnaciones que efectivamente la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A., no ha sido sancionada por la misma infracción con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento Administrativo Sancionador.

Por lo anterior **procede considerar la circunstancia atenuante** prevista en el número 1 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.



2. **“Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.”.**

De forma reiterada, en los fundamentos expresados en el escrito recibido el 10 de mayo de 2016, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E la Compañía OTECEL S.A., argumenta en contra de la comisión del incumplimiento imputado; en tal virtud, **no procede considerar esta circunstancia atenuante.**

3. **“Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.”.**

Los artículos 130, número 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 82 del Reglamento General a la LOT, textualmente disponen:

“Artículo 130.- Atenuantes. Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes: (...) 3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.”; **“Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción;** (...) La subsanación y la reparación, como atenuantes dentro del procedimiento administrativo sancionador, deben realizarse de manera voluntaria por parte del prestador del servicio y **serán demostradas** a través de cualquier medio físico o digital.”. (Negrita fuera del texto original).

De la lectura a los citados artículos, se puede observar, de modo general, que **la subsanación** como circunstancia atenuante opera cuando el prestador del servicio móvil avanzado **ha demostrado** ante el sujeto activo (órgano competente de la administración) a través de un medio físico o digital, que ha corregido o rectificado un hecho tipificado como infracción antes de la imposición de la sanción, circunstancia que el presente procedimiento administrativo no ha sucedido.

En los memorandos Nros. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016 y ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, manifiesta:

“(...) 5. Con respecto a lo manifestado por la operadora en el sentido de que se ha subsanado el problema técnico y que se han reparado los daños de conformidad con el art. 130 de la LOT, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones (...) técnicamente considera que, la operadora no ha presentado la información suficiente que permita determinar que el problema presentado en el servicio de SMS tuvo relación con el servicio NTP, pues los resultados de las mediciones del SAMM, demuestran que sí existió afectación al parámetro “Tiempo promedio de entrega de SMS”, para los meses de febrero a mayo de 2015, pues la mensajería de capa 3 de las sondas del SAMM, son independientes del servicio NTP utilizado por OTECEL S.A.. 6. A la fecha, OTECEL S.A., no ha presentado argumentos técnicos adicionales, ni otras pruebas dentro del transcurso del procedimiento sancionatorio que terminó en la emisión de la Resolución ARCOTEL-2016-CZ2-051 de 18 de abril de 2016. (...)”.

Por lo enunciado previamente **no procede considerar la circunstancia atenuante** prevista en el número 3 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

4. **“Haber reparado íntegramente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la infracción.”.**

En el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, concluye:



"En alcance al memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016 y en atención a la disposición de Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones en referencia al Recurso de apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0051 de 18 de abril de 2016, luego del análisis de los argumentos presentados por la operadora en el escrito ingresado a esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento N° ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E, la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, técnicamente ha determinado que, si existió daño técnico, pues se ha comprobado que, durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, debido a una degradación del servicio, la operadora no cumplió con el valor objetivo del parámetro de calidad denominado "Tiempo Promedio de Entrega de SMS" al superar dicho valor los 20 segundos, establecido mediante Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014."

La Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones a través del memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0096-M, señala: "(...) en cumplimiento de lo dispuesto en el documento antes señalado, y como alcance a los escritos remitidos por esta Dirección mediante memorandos Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016 y ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, le manifiesto lo siguiente:

- Tal y como se lo manifestó en los memorandos Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0008-M de 26 de julio de 2016 y ARCOTEL-CCDS-2016-0068-M de 18 de agosto de 2016, luego del análisis de los argumentos presentados por la operadora en el escrito ingresado a esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, técnicamente ha determinado y ratifica su respuesta contenida en los memorandos antes mencionados a efectos de que si existió daño técnico, pues se ha comprobado que, durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo del 2015, la operadora no cumplió con el valor objetivo del parámetro de calidad denominado "Tiempo Promedio de Entrega SMS" al superar dicho valor los 20 segundos, establecido en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero de 2014. (...)"

Por lo expresado **no procede considerar la circunstancia atenuante** prevista en el número 4 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En definitiva, una vez concluida la instrucción del procedimiento administrativo sancionador, y en mérito de todo cuanto consta en el expediente, se verifica **UNA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE**, y ninguna circunstancia agravante.

#### **CONCLUSIÓN:**

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis precedente, en aplicación del número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se determina que habiendo la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL establecido la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A., en la comisión de la infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b), número 11, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con la concurrencia de una circunstancia atenuante determinada en el artículo 130 número 1, le corresponde recibir la sanción de acuerdo a lo previsto en los artículos 121, inciso primero y número dos; y, 122 inciso primero del mismo cuerpo legal.

Se concluye entonces que resulta improcedente aceptar el Recurso de Apelación planteado en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 de 18 de abril de 2016, toda vez que se ha verificado que dicha Resolución fue dictada con la debida motivación y competencia; y, que no se han vulnerado las garantías básicas o reglas propias del debido proceso en el ámbito administrativo consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República; por lo que se recomienda no admitir y en consecuencia rechazar la apelación interpuesta".

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



**RESUELVE:**

**Artículo 1.- NEGAR** la Apelación presentada por la Compañía OTECEL S.A., mediante escrito ingresado en la ARCOTEL el 10 de mayo de 2016, con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-007540-E; y, en consecuencia, **RATIFICAR** la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-051 de 18 de abril de 2016, dictada por el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

**Artículo 2.- DISPONER** el archivo del Recurso de Apelación.

**Artículo 3.-** Conforme a lo dispuesto en el artículos 156, número 3 y 179 letra a) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-, se recuerda al administrado que de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, tiene derecho de impugnar esta resolución en vía judicial.

**Artículo 3.- DISPONER** a través de la Unidad de Gestión Documental y Archivo, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A., en el domicilio ubicado en la Avenida República y de La Pradera esquina, Edificio MOVISTAR, piso 9, en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, según consta de autos; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación General Jurídica; a la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones; a la Dirección de Impugnaciones; y, a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para los fines pertinentes. Notifíquese y cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a

14 SEP 2016



Ing. Ana Vanessa Proaño De La Torre  
**DIRECTORA EJECUTIVA**

**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES  
(ARCOTEL)**

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