

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2017- 0573

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL NIEGA LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 DE 27 DE ENERO DE 2017.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. TÍTULO HABILITANTE Y ACTO IMPUGNADO

El 20 de noviembre de 2008 el Estado ecuatoriano suscribió el 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 celebrado entre la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince años, contados a partir del 30 de noviembre de 2008.

Mediante escrito ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E de 23 de febrero de 2017, el señor Santo Washington Reyes Muñiz, Representante Legal de la Compañía OTECEL S.A., interpuso ante la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, el Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 La Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, manda:

"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (...). 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. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a **elegirlos con libertad**, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor." (Negrita fuera del texto original).*

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes **garantías básicas**: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. **Sólo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.** (...) 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. 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 (...).”.



“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.- Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.” (Subrayado fuera del texto original).

2.2. Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 439 de 18 de febrero de 2015, dispone:

“Artículo 2.- Ámbito.- La presente Ley se aplicará a todas las actividades de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, servicios de telecomunicaciones y a todas aquellas personas naturales o jurídicas que realicen tales actividades a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los prestadores de servicios y usuarios (...).”

“Artículo 3.- Objetivos.- Son objetivos de la presente Ley:

(...) 9. Establecer las condiciones idóneas para garantizar a los ciudadanos el derecho a acceder a servicios públicos de telecomunicaciones de óptima calidad, con precios y tarifas equitativas y a elegirlos con libertad así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. (...).”

“Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios.- Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho:

(...)9. A pagar tarifas de acuerdo con las regulaciones correspondientes y los planes contratados, de ser el caso.

(...)19. A que se mantengan las condiciones de prestación de los servicios contratados; los cambios unilaterales en los contratos de prestación de servicios, se considerarán como nulos y no tendrán ningún valor (...).”

“Artículo 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.- Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes:

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

“Artículo 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.- La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes (...).”

“Artículo 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:

(...) 18. **Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios, así como dejar espacios en blanco en los contratos suscritos. (...).”**

“Artículo 121.- Clases.- Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:

(...) 2. **Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% al 0,07% del monto de referencia (...).”**

“Artículo 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).

“Artículo 130.- Atenuantes.- 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”.

“Artículo 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.”. (Negritas fuera del texto original).

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

“Art. 144.- Competencias de la Agencia.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, (...) con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico (...). 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley.”.

“Artículo 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.- Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

- 1.- Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...) 8. Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador. (...).”.



2.3. El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 676 de 25 de enero de 2015, establece:

“Art. 1.- Objeto.- El presente Reglamento General tiene por objeto el desarrollo y la aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en adelante la Ley o sus siglas LOT.”.

“Art. 2.- Ámbito.- La LOT y el presente Reglamento General son de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional para las personas naturales y jurídicas que realizan:

1. Las actividades de operación, a través de: (...)

a. La prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones.”

“Art. 55.- De los derechos de los usuarios.- Los derechos de los usuarios son irrenunciables, se encuentran establecidos en la LOT, en la ley que norma la defensa del consumidor, sus reglamentos, demás normativa que emita la ARCOTEL, y en los respectivos contratos.”.

“Art. 82.- 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; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.- Para efectos de la aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.- 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.”.

“Art. 85.- Recurso de apelación.- De la resolución de imposición de la sanción podrá interponerse -exclusivamente- el recurso de apelación ante el Director Ejecutivo de la ARCOTEL; por lo que, en cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.- La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.- De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.”.

2.4. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002,

“Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.”.

“Art. 122.- Motivación.

1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.”.

2.5. Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, expedido mediante Resolución No. 694 y publicado en el Registro Oficial No. 632 de 20 de noviembre de 2015, que señala:

“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; la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; los títulos habilitantes y demás normativa aplicable.”.

“Art. 5.- En el ejercicio de la potestad sancionadora, se deben observar las disposiciones de la Constitución de la República, leyes, reglamentos, resoluciones y normas técnicas de carácter general de los diversos servicios sometidos a control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, como son: 1. Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General (...) 3. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (...).”

“Art. 12.- De la Impugnación.- Las resoluciones de los Organismos Desconcentrados de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, derivadas de los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, serán impugnadas exclusivamente de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 134 de la referida Ley.- Sin perjuicio de las decisiones adoptadas por la ARCOTEL, los usuarios podrán interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios.”

“Art. 22.- Notificación.- Una vez que se haya emitido el acto de apertura, el Organismo Desconcentrado, procederá a notificar al presunto infractor en su domicilio, dentro del término máximo de diez (10) días hábiles siguientes a su emisión.- El lugar de domicilio del presunto infractor se indicará en el respectivo acto de apertura y cuando no fuere posible determinar el mismo, se procederá a notificar por la prensa, de conformidad al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.”

“Art. 23.- La Administración, de conformidad con el Art. 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, receptorá hasta por quince (15) días hábiles, contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación con el acto de apertura; la contestación con los descargos, alegatos, y de ser el caso, la solicitud y/o aporte de pruebas que el presunto infractor considere necesarias para su defensa.”

“Art 36.- Recurso de Apelación.- La resolución emitida por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el/la directora/a Ejecutivo/a de dicha Agencia dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación con la resolución.- La interposición del Recurso de Apelación, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.- En cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.- La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.- De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes”. (Subrayado fuera de texto original).

“Art. 37.- El/la directora/a de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, o su Delegado/a, sustanciará el recurso en mérito de autos, sin perjuicio de que de estimarse necesario se soliciten informes técnicos. (...).”

“Art. 38.- Término para resolver.- El/la Director/a Ejecutivo/a de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones o su Delegado/a, deberá resolver la apelación dentro del término de sesenta (60) días hábiles, contados desde la fecha de presentación del recurso. (...).”

2.6 Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución del Directorio de la ARCOTEL No. 04-03-ARCOTEL-2017 y publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 13 de 14 de junio de 2017.

El artículo 10, número 1.3.1.2.3 y acápite III literal 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).

2.7 Resolución No. 06-05-ARCOTEL-2017

Mediante Resolución No. 06-05-ARCOTEL-2017 de 17 de mayo de 2017, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: **Artículo 1.-** *Designar al Eco. Pablo Xavier Yáñez Saltos como 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 pertinentes (...)*”.

2.8 Acción de Personal de la Directora de Impugnaciones

Mediante Acción de Personal No. 192 de 05 de junio de 2017, la Intendente Nacional de Gestión – Coordinadora General Administrativa Financiera nombró a la Abogada María Verónica Cárdenas Vaca, como Directora de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

En consecuencia, la Directora de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, tiene la atribución y responsabilidad para sustanciar Recursos Administrativos de Apelación en observancia del artículo 10, numeral 1.3.1.2.3, y acápites II y III literal b), del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, y el Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ejerce competencia para resolver o decidir el presente Recurso de Apelación.

III TRÁMITE PROPIO DEL RECURSO

3.1. El 20 de noviembre de 2008 el Estado ecuatoriano suscribió el 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 celebrado entre la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince años, contados a partir del 30 de noviembre de 2008.

3.2. A través de memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0057-M de 16 de agosto de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones remite a la Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL, el Informe de Control Tarifario No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 04 de agosto de 2016 en el cual se concluye y recomienda lo siguiente:

“(...) 4.- CONCLUSIÓN:

- En la propuesta de servicio presentada por OTECEL a SKYPATROL, las condiciones hacen referencia a que el APN tendrá configuraciones y permisos en firewall específicos para el cliente; lo que no implica que sea un APN privado como la empresa SKYPATROL menciona en su reclamo.
- La empresa SKYPATROL contrató con OTECEL el 08 de septiembre de 2014 con un vigencia de 24 meses el servicio paquete M2M 10 MB con una tarifa de \$1,00 por 10MB y costo de MB adicional de \$0,45 por cada Sim.
- En el Contrato de adhesión firmado entre OTECEL y SKYPATROL únicamente se indica el nombre del Plan a Contratar, no hay un Anexo que detalle las condiciones de la contratación del servicio; sin embargo, en ese contexto el usuario firma dicho contrato.
- De acuerdo al documento del fabricante entregado por SKYPATROL a esta AGENCIA, los equipos Syrus (equipo GSM utilizado por SKYPATROL), transmiten diferentes tipos de mensajes cuya transmisión depende de la configuración definida por SKYPATROL y puede existir pérdida de paquetes debido a la disponibilidad de la base de datos.
- De acuerdo a la muestra de CDR's remitidos por OTECEL S.A., con oficio VPR-2016-12410 de 20 de junio de 2016 ingresados con número de documento ARCOTEL-DGDA-2016-009802-E se verificó que los valores en dichas facturas coinciden con los valores de consumos realizados por Sim.
- De las facturas remitidas por OTECEL, se verifica la activación del paquete 50MB (M2M) el 23 de octubre de 2015 y la desactivación del paquete 10MB (M2M) en la misma fecha.



- De la documentación entregada por OTECEL, no se remite un contrato o anexo (físico o electrónico) que constate la aceptación de contratación del nuevo servicio (Paquete M2M 50MB) por parte del usuario el 23 de octubre de 2015 y la terminación del servicio anterior; por lo que la operadora habría cambiado unilateralmente las condiciones contratadas (Paquete M2M 10MB) por el usuario el 08 de septiembre de 2014 con una vigencia de 24 meses.

5. RECOMENDACIÓN:

- a) Se recomienda remitir el presente informe a la Coordinación Zonal 2 para análisis jurídico, de los posibles incumplimientos de OTECEL, al identificar que la operadora no tendría documentación que respalde el cambio de plan que realizó el 23 de octubre de 2015 al abonado SKYPATROL.”.
- 3.3. En cumplimiento de la sumilla inserta en el documento No. ARCOTEL-CCDS-2016-0057-M de 16 de agosto de 2016, que dispone: “Favor proceder recomendación”, a través de memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0105-M de 15 de septiembre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, remite al Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, el Informe de Control Tarifario No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 04 de agosto de 2016, a fin de que se proceda con el análisis jurídico.
- 3.4. Mediante oficio No. ARCOTEL-CZO2-2016-0037-OF de 12 de octubre de 2016, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, solicitó a la Compañía OTECEL S.A., remitir copia certificada del Contrato de prestación de servicios móvil avanzado suscrito entre OTECEL S.A. y SKYPATROL, así como del documento o medio que contenga la aceptación expresa por parte de SKYPATROL para el cambio de plan tarifario, del “paquete 10MG (M2M)” al “paquete 50MG (M2M)”, materia de análisis en el informe técnico No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 04 de agosto de 2016.
- 3.5. Con oficio No. VPR-13273-2016 de 20 de octubre de 2016, la Gerencia de Gestión Regulatoria de OTECEL S.A. remitió el contrato de prestación de servicio móvil avanzado suscrito con SKYPATROL el 8 de septiembre de 2014; y, respecto al documento o medio que contenga la aceptación expresa por parte de SKYPATROL para el cambio de plan tarifario, del “paquete 10MG (M2M)” al “paquete 50MG (M2M)” manifiesta:

“(...) Referente a lo solicitado en el oficio ARCOTEL-CZO2-2016-0037-OF, se informa que el incremento del paquete de 10MG a 50MG, se realizó en acuerdo con el cliente con la finalidad de mejorar su oferta, pues de acuerdo a los consumos que presentaba, con ese incremento, se podría reflejar una baja en su facturación, que era uno de los puntos de inconformidad del cliente. Este acuerdo se realizó en reunión mantenida el 23 de octubre de 2015, en la cual además se revisaron aspectos técnicos sobre la facturación y condiciones de equipo, en esta reunión también se acordó que el cliente realizaría un pago vencido por \$1'010.97, que fue realizado el 28 de octubre de 2015. Por lo tanto, esta modificación de megas no fue realizada en forma unilateral, el cliente estuvo de acuerdo y tenía conocimiento de este cambio, el mismo que se refleja en la factura 001-327-019512530 emitida el 8 de noviembre del 2015 (...).”.

Adicionalmente, OTECEL S.A. solicitó una reunión de trabajo el 27 de octubre de 2016, para explicar el caso del cliente SKYPATROL S.A.

- 3.6. A través de memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0358-M de 1 de noviembre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, remitió el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2016-0119 de 1 de noviembre de 2016, respecto del oficio No. VPR-13273-2016 de 20 de octubre de 2016 presentado por la Compañía OTECEL S.A.; en el cual se concluye lo siguiente:

“(...) 6.- CONCLUSIÓN: OTECEL S.A. no entregó el documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del “paquete 10MG (M2M)” al “paquete 50MG (M2M)” ejecutado el 23 de octubre de 2015; confirmando lo señalado en el informe No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016 que indica: “De la documentación entregada por OTECEL, no se remite un contrato o anexo (físico o electrónico) que constate la aceptación de contratación del nuevo servicio (Paquete M2M 50MB) por parte del usuario el 23 de octubre de 2015 y la terminación del servicio anterior; por lo



que la operadora habría cambiado unilateralmente las condiciones contratas (sic) (Paquete M2M 10MB) por el usuario el 08 de septiembre de 2014 con una vigencia de 24 meses." (...)."

- 3.7. En el Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-2016-A-0010 de 09 de noviembre de 2016, elaborado por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, se concluyó:

"(...) Por lo expuesto, es criterio de esta Unidad que se inicie en contra de la (sic) OTECEL S.A., el procedimiento administrativo sancionador de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.- Con el criterio expuesto, remito a usted señor Coordinador Zonal 2, un proyecto de Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, para su consideración y suscripción (...)."

- 3.8. La Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en base a los informes técnico y jurídico que anteceden, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016, en contra de la Compañía OTECEL S.A., por existir la presunción de haber cometido la infracción que se transcribe en el siguiente análisis legal:

"(...) Mediante Informe No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016, reportado con Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0105-M de 15 de septiembre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en relación al reclamo presentado por la empresa SKYPATROL S.A. en contra de la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., recomendó que "a) remitir el presente informe a la Coordinación Zonal 2 para análisis jurídico, de los posibles incumplimientos de OTECEL, al identificar que la operadora no tendría documentación que respalde el cambio de plan que realizó el 23 de octubre de 2015 al abonado SKYPATROL.", en este sentido, el Informe Técnico IT-CZO2-C-2016-0119, reportado con memorando Nro. ARCOTELCZO2- 2016~0358-M de 1 de noviembre de 2016, concluye que: "OTECEL S.A. no entregó el documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015; confirmando lo señalado en el informe No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016 que indica: "De la documentación entregada por OTECEL, no se remite un contrato o anexo (físico o electrónico) que constate la aceptación de contratación del nuevo servicio (Paquete M2M 50MB) por parte del usuario el 23 de octubre de 2015 y la terminación del servicio anterior; por lo que la operadora habría cambiado unilateralmente las condiciones contratas (sic) (Paquete M2M 10MB) por el usuario el 08 de septiembre de 2014 con una vigencia de 24 meses."; conducta con la cual, no habría cumplido con lo dispuesto en el número 9 y 19 del artículo 22 y números 2, 4 y 28 del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lo que podría subsumirse en una inobservancia a los derechos del abonado, cliente o usuario y las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, relacionados con la modificación unilateral de los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios; que además se encuentra recogido expresamente en el título habilitante, que estipula: **Los usuarios tienen derecho a que los términos de los contratos de adhesión no sean modificados unilateralmente por la Sociedad Concesionaria, para la modificación se requerirá de lo (sic) autorización expresa del Usuario por cualquier medio; por lo que de confirmarse la existencia del hecho y la responsabilidad del mismo por parte de la operadora OTECEL S.A., esta podría incurrir en la infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b) número 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la Ley en referencia (...).**"

- 3.9. Mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-007278-E, de 02 de diciembre de 2016, en la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones el abogado Lonny Espinoza Simancas, Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., dio contestación al Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, en el cual presentó alegatos, información de descargo y solicitó que se realice diligencias probatorias.

- 3.10. En providencia de 07 de diciembre de 2016, emitida dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador, el Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, dispuso:



"(...) 2. Por corresponder al estado del trámite (...) y por cuanto, el presunto infractor ha realizado un análisis a las pruebas de cargo y ha solicitado expresamente la apertura del término probatorio, se abre el periodo de quince (15) días hábiles para su evacuación.- (...)."

- 3.11.** Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0457-M de 09 de diciembre de 2016, el Ing. Stalin Tapia, servidor de la Coordinación Zonal 2, informa a la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2, que la providencia de calificación y apertura de término para evacuar de pruebas solicitadas, dictada dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, dirigida a la Compañía OTECEL S.A., fue recibida el 08 de diciembre de 2016.
- 3.12.** El 13 de diciembre de 2016, se suscribió el Acta de la Audiencia, solicitada por el Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-007278-E de 02 de diciembre de 2016.
- 3.13.** Mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007750-E, de 14 de diciembre de 2016, en la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones el abogado Lonny Espinoza Simancas, Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., aprobó y ratificó la intervención realizada por los señores Fernando Palacios y María José Ferro en la audiencia llevada a cabo el 13 de diciembre de 2016 a las 15H00 en las instalaciones de la ARCOTEL.
- 3.14.** A través de memorando No. ARCOTEL-CZO2-2017-0037-M de 16 de enero de 2017, la Dirección Técnica remite a la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0013 de 13 de enero de 2017, elaborado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, sobre el análisis de la contestación, alegato y pruebas de la Compañía OTECEL S.A., al Acto de Apertura del procedimiento administrativo sancionador.
- 3.15.** La Unidad Jurídica a través del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2017-0083-M de 19 de enero de 2017, solicita a la Dirección Técnica de la ARCOTEL, un alcance al criterio técnico emitido en el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0013 de 13 de enero de 2017.
- 3.16.** La Dirección Técnica mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2017-0090-M de 24 de enero de 2017, remite a la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-001 de 23 de enero de 2017, el cual contiene el alcance solicitado, concluyendo lo siguiente:

"Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A. no desvirtúa técnicamente el hecho señalado en el Acto de apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016, puesto que como se indica en los Informes Técnicos IT-CCDS-RS-2016-0003 de 4 de agosto de 2016 e IT-CZO2-C-2016-0119 de 1 de noviembre de 2016, motivantes del citado Acto de Apertura, OTECEL S.A. no entregó ningún documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M) ejecutado el 23 de octubre de 2015, es decir, la operadora habría modificado los términos del contrato unilateralmente."

- 3.17.** Mediante memorando No. ARCOTEL-CTHB-2016-0198-M de 29 de septiembre de 2016, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, en relación al monto de referencia de la Compañía OTECEL S.A., informó al Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL:

"(...) Los ingresos totales obtenidos por la compañía OTECEL S.A. correspondiente al Servicio Móvil Avanzado por el período 2015, son de USD 596.837.583,23. (...)"

- 3.18.** El Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0001 de 25 de enero de 2017, elaborado por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2, respecto del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, realizó la siguiente conclusión:

"Del análisis técnico y jurídico de los argumentos, alegatos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A., se determina que la Operadora no ha desvirtuado la existencia del presupuesto de



hecho que fuera señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-2016-0010, emitido para la determinación de la presunta infracción; sumado al aval de presunción de responsabilidad y legitimidad de la que goza el informe técnico; y además, considerando que se ha materializado el derecho a la defensa por parte del administrado y al haberse rebatido todos los argumentos y alegatos de carácter técnico y jurídico esgrimidos por la Operadora; se establece como consecuencia jurídica de la existencia del hecho infractor y la responsabilidad de la expedientada, es decir que la empresa OTECEL S.A. ha modificado unilateralmente los términos del contrato de suscrito con la empresa SKYPATROL, ya que no ha obrado dentro del procedimiento administrativo sancionador, el documento que justifique el cambio del paquete de 10MG a 50 MG ejecutado el 23 de octubre de 2015; configurándose la comisión de la infracción de Segunda Clase tipificada en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, letra b, número 18: "Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios, así como dejar espacios en blanco en los contratos suscritos."

3.19. La Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió la Resolución Sancionadora No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, en la que resolvió:

"Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZ02-AA-2017-0001 de 23 de enero 2017; e, Informe Jurídico ARCOTEL-JCZ02-R-2017-0001 de 25 de enero de 2017, emitidos por las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la compañía OTECEL S.A. realizó la modificación unilateral de los términos del contrato para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, suscrito con la empresa SKYPATROL S.A., por lo que, es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-2016-0010, configurándose la comisión de la infracción de segunda clase, prescrita en el Artículo 118, letra b, número 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **"Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios (...)"**.

Artículo 3.- IMPONER a la compañía OTECEL S.A., de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SIETE DÓLARES AMERICANOS CON 15/100 (USD 272.307,15) cuyo 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 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 del mismo.

Artículo 4.- DISPONER a la compañía OTECEL S.A., que cumpla con la obligación de no modificar unilateralmente los términos de los contratos suscritos con sus usuarios, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Artículo 5.- INFORMAR a la compañía OTECEL S.A. que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a través de Recurso de Apelación ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro del término de quince (15) días -hábiles- contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución (...).

3.20. La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, notificó la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001, a la Compañía OTECEL S.A., el 02 de febrero de 2017, mediante oficio No. ARCOTEL-CZO2-2017-0010-OF conforme consta en el memorando No. ARCOTEL-CZO2-2017-0138-M de la misma fecha.

3.21. Mediante escrito recibido en esta Institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E de 23 de febrero de 2017, el señor Lonny Fabián Espinoza Simancas, en su calidad de Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., interpuso ante la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Recurso de apelación en contra del acto



administrativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, en el cual entre otros aspectos señala:

"(...) FALTA DE TIPIFICACIÓN E IMPUTABILIDAD DE LA INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 118, LITERAL b) NUMERAL 18) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES
*(...) OTECEL S.A. realizó el cambio al paquete de 50MB por negociación con el cliente y era para el beneficio de la Compañía SKYPATROL. Sin embargo, a pesar que hizo uso del servicio y se había pretendido aplicar un paquete más beneficioso, NO SE COBRÓ POR TAL CONCEPTO; por tanto, siendo una atribución de la ARCOTEL la protección a los usuarios, ésta debió en primer lugar verificar si existió dicha afectación, de no ser así no se justifica la imposición de una sanción.- En consecuencia, conforme se desprende de lo anterior, se imputa la infracción prevista en el numeral 18) del literal b) del artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando **NO SE HA CONFIGURADO TAL INFRACCIÓN, puesto que, pese a que existió un intento de renegociar los términos de la contratación con el cliente. NUNCA SE MODIFICARON LAS CONDICIONES DE CONTRATACIÓN DE FORMA UNILATERAL, Y NO HUBO COBRO ALGUNO POR PARTE DE OTECEL S.A.***

2.2. FALTA DE PRUEBA Y FALTA DE MOTIVACION

"(...) En tal virtud, corresponde a usted señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, "considerar" y analizar las pruebas presentadas por mi representada, motivando su resolución y no como lo ha hecho la Coordinación Zonal en violación de la Constitución y la Ley señalando que "la verdad material del hecho infractor imputado" está establecido. Sin embargo, pese a que dice haber aplicado el principio de la verdad material, no motiva su resolución y para la Coordinación Zonal, la verdad material está centrada en la presentación física de un documento y no a la aplicación de las condiciones del servicio a la empresa SKYPATROL por lo que se viola principios elementales del derecho penal, como la duda razonable, peor aun cuando de las inspecciones realizadas por la misma entidad constató la forma en la que se prestó el servicio al Cliente.

"2.2 ATENUANTES CONFIGURADOS.-

La Coordinación Zonal no ha aplicado las atenuantes configuradas en el presente caso, no ha motivado su falta de aplicación y simplemente se remite a señalar de forma ambigua que "no las considera" para efectos de aplicar la sanción absolutamente desproporcionada impuesta mediante la Resolución ahora apelada.

En el presente caso, han efectivamente concurrido las atenuantes y sin perjuicio de aquello, la Autoridad de la Coordinación Zonal no ha realizado una valoración ni análisis respecto de la posibilidad de abstenerse a sancionar a mi representada violando el principio de legalidad, de razonabilidad y de proporcionalidad, así como el principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución aplicando una sanción sin fundamento legal ni técnico. No existe evidencia de perjuicio alguno que deba ser reparado, ni violación o agravante que haga que la Autoridad de la Coordinación Zonal tenga sustento para aplicar una sanción que no tiene razonabilidad ni proporcionalidad alguna.

(...) 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, se solicita que se analice la concurrencia de atenuantes en el presente caso y se abstenga de imponer una sanción previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, cabe recalcar que NO existe afectación hacia el cliente conforme se ha evidenciado durante todo el proceso, OTECEL S.A. no ha cobrado ningún valor desde el cambio del paquete, a pesar que el cliente hizo uso de Servicio, en todo caso el cliente fue beneficiado al utilizar el servicio de manera gratuita.

(...)

3. RECURSO DE APELACIÓN.-

*En base a los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que quedan expuestos, y de conformidad con el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, **APELO**, ante usted,*



señora DIRECTORA EJECUTIVA DE LA AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, como máxima autoridad de la Institución, para que, conforme lo expresado en el presente escrito se declare la nulidad de pleno derecho de la **RESOLUCIÓN NO. ARCOTEL-CZ02-2017-001 de 27 de enero de 2017 Y DEBIDAMENTE NOTIFICADA EL DÍA 2 DE FEBRERO DE 2017**, por las razones que quedan expuestas, y se apliquen los principios constitucionales y legales de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad e inocencia que consagra la Constitución Política.

En tal virtud, deberá declararla nula y archivar el presente procedimiento administrativo, y dejarlo sin efecto.”.

- 3.22** En providencia de 05 de mayo de 2017, el Director de Impugnaciones (E) de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, requirió a la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, remita una copia certificada de todo el expediente administrativo sancionador del acto administrativo impugnado y señaló para el día 10 de mayo de 2017, a las 09h30 la audiencia solicitada.
- 3.23** Con escrito recibido en esta Institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-007080-E de 10 de mayo de 2017, el abogado Robinson Folleco Criban, debidamente autorizado para comparecer solicita se difiera la audiencia señala para el día miércoles 10 de mayo de 2017, y se fije nuevo día y hora.
- 3.24** Con providencia de 15 de mayo de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, dispuso: “(...) **PRIMERO:** Agréguese al expediente el escrito ingresado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 10 de mayo de 2017 con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-007080-E, por la Compañía OTECEL S.A, en el cual solicita se fije nuevo día y hora en relación a la diligencia señalada para el día miércoles 10 de mayo de 2017 a las 09H30.- **SEGUNDO:** Atendiendo lo solicitado, por la citada empresa, de conformidad con el artículo 76, numeral 7, literales c) y h) de la Constitución de la República del Ecuador, se señala para el día **miércoles 17 de mayo de 2017, a las 16h00** para que se realice la audiencia solicitada. La diligencia se efectuará en el cuarto piso del edificio OLIMPO (Av. 9 de octubre N27-75 y Berlín de la ciudad de Quito), de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en la Dirección de Impugnaciones. El tiempo de duración para que la recurrente presente sus alegaciones será de treinta minutos. La Dirección de Impugnaciones cuenta con un computador y un retroproyector, a fin de que se pueda ilustrar las alegaciones.- **TERCERO:** En el desarrollo de la audiencia señalada, podrá participar el señor Director Ejecutivo Encargado de la ARCOTEL de así considerarlo pertinente (...).”.
- 3.25** Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2017-0516-M de 15 de mayo de 2017, el Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, remitió a la Dirección de Impugnaciones, copia debidamente certificada y foliada, del expediente administrativo sancionador.
- 3.26** Del Acta de la Audiencia agregada al expediente, consta que la misma se efectuó el 17 de mayo de 2017, a las 16H05, ante el Coordinador General Jurídico Encargado, Director de Impugnaciones Encargado, Director Técnico de Control de Servicios de Telecomunicaciones y servidora de la Dirección la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, con la intervención de la abogada María José Ferro Albornoz, autorizada por parte de la Compañía OTECEL S.A., según consta en el escrito, ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 23 de febrero de 2017, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E; de igual manera comparecen: Econ. Esteban Villalba e ingenieros Hernán Ordoñez y Fernando Palacios, a quienes se les otorga el término de tres días para justificar su comparecencia. Quienes haciendo uso de herramientas informáticas realiza una presentación en PPT, refiriéndose en primer lugar a los antecedentes del hecho y replica los argumentos presentados durante la instrucción y sustanciación del Procedimiento Administrativo Sancionador ante la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL y en su escrito de impugnación y solicitan que dicha presentación tanto física como digital sea anexada al Acta de Audiencia.
- 3.27** Con providencia de 18 de mayo de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, dispuso: “(...) **PRIMERO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone a la Dirección Técnica de Control de

Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, para que en el término de siete (7) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de la presente providencia, remita a la Dirección de Impugnaciones, el INFORME TÉCNICO respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación, así como en la audiencia realizada el 17 de mayo de 2017 a las 16h05, para lo cual se adjunta copia del Recurso de apelación e intervención de la Operadora OTECEL S.A., en la citada audiencia.- **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, número 5, letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para resolver en veinte (20) días hábiles (...).

3.28 Mediante escrito recibido en esta Institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-007744-E de 18 de mayo de 2017, el doctor Lonny Espinoza Simancas, debidamente autorizado para comparecer, legitimó la intervención realizada por los señores Esteban Villalba, Fernando Palacios y Hernán Ordóñez en la audiencia celebrada el 17 de mayo de 2017.

3.29 A través de providencia de 22 de mayo de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, dispuso: "(...) **PRIMERO:** Agréguese al expediente el escrito ingresado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 18 de mayo de 2017 con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-007744-E, suscrito por el Dr. Lonny Espinoza Simancas, en calidad de Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., quien aprueba y ratifica la intervención realizada por los señores: Esteban Villalba, Fernando Palacios y Hernán Ordoñez en la audiencia celebrada el día 17 de mayo del 2017, a las 16:00.- **SEGUNDO:** Se declara legitimada la intervención de los antes citados señores, personeros de la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A. (...).

3.30 Mediante memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0334-M de 02 de junio de 2017, el Director Técnico de Control de Servicios de Telecomunicaciones, remite el criterio técnico, respecto de los argumentos esgrimidos en el Recurso de apelación presentado por la Compañía OTECEL S.A., en el que concluye: "(...) es criterio de la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que no son aceptables dichos argumentos expuestos en el Recurso de Apelación presentado por la OTECEL S.A., respecto a la Resolución No. ARCOTEL- CZ02-2017-0001 de 27 de enero de 2017; debido a que se verificó que la operadora realizó el cambio del servicio a la empresa SKYPATROL, del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" sin que exista la aceptación expresa por parte del usuario."

IV. ANÁLISIS DE FONDO

4.1. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

El Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en ejercicio de sus atribuciones y dentro de la esfera de su jurisdicción y competencia, dictó la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2017-001 de 27 de enero de 2017, en la que se resolvió:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZ02-AA-2017-0001 de 23 de enero 2017; e, Informe Jurídico ARCOTEL-JCZ02-R-2017-0001 de 25 de enero de 2017, emitidos por las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la compañía OTECEL S.A. realizó la modificación unilateral de los términos del contrato para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, suscrito con la empresa SKYPATROL S.A., por lo que, es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-2016-0010, configurándose la comisión de la infracción de segunda clase, prescrita en el Artículo 118, letra b, número 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **"Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios (...)"**

Artículo 3.- IMPONER a la compañía OTECEL S.A., de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL



TRESCIENTOS SIETE DÓLARES AMERICANOS CON 15/100 (USD 272.307,15) cuyo 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 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 del mismo.

Artículo 4.- DISPONER a la compañía OTECEL S.A., que cumpla con la obligación de no modificar unilateralmente los términos de los contratos suscritos con sus usuarios, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Artículo 5.- INFORMAR a la compañía OTECEL S.A. que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a través de Recurso de Apelación ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro del término de quince (15) días -hábiles- contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución (...)."

4.2. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

La Compañía OTECEL S.A., interpuso un Recurso de apelación, en contra del acto administrativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, mediante escrito ingresados en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E de 23 de febrero de 2017, argumentando en lo principal, lo siguiente:

4.3 ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO.

La Dirección de Impugnaciones de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0059 de 21 de junio de 2017, considerando el contenido de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017; lo manifestado por la recurrente en sus escritos de impugnación; las piezas del expediente, emitió el informe jurídico, del cual se transcribe lo siguiente:

"El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece como garantías básicas del debido proceso, que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y, que las personas puedan recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

*Concordantemente, la misma norma constitucional en su artículo 173, dispone que, 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.***

En el capítulo séptimo "Administración Pública", de nuestra norma fundamental en su artículo 226, consagra el principio de legalidad, el cual textualmente dispone:

"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 facultadas que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución." (Subrayado fuera del texto original).

Debemos recordar que la competencia deriva del principio de juridicidad (legalidad) prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador; acorde con lo referido, el Estado y sus instituciones no pueden actuar y están impedidos de ejercer actividad alguna, mientras no exista Ley que le asigne competencias y le determine el procedimiento para poder desarrollar su actividad.

El orden jerárquico de aplicación de las normas, somete a las instituciones, a los servidores y servidoras e incluso a las personas que actúan en virtud de la potestad estatal, a la Norma Suprema y a la Ley, por tanto, todas y cada una de sus acciones o decisiones deben producirse en el marco de lo prescrito en el ordenamiento jurídico. Partiendo de esta disposición constitucional debe entenderse que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y quienes ejercen las competencias otorgadas por la Ley a esta entidad, deben someter sus actuaciones, de forma estricta, a lo prescrito en la normativa legal.

Respecto al ejercicio del derecho de impugnación que tienen los administrados, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuerpo normativo que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones debe cumplir, en el artículo 134, dispone: **“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.”.** (Resaltado fuera del texto).

En este sentido la apelación interpuesta ante la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, por la Compañía OTECEL S.A., ha sido efectuada dentro del plazo establecido por las normas antes señaladas, esto es, dentro de los quince días hábiles que tenía para el efecto, toda vez que la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, ha sido notificada el 02 de febrero de 2017; y, el citado recurso fue presentado en esta institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E el 23 de febrero de 2017. Debido a que dicha impugnación cumplió con los requisitos y formalidades establecidos en el artículo 180 y 186 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, es admisible a trámite.

En cumplimiento al derecho a defensa se proceden analizar los siguientes argumentos:

Argumentos:

“(…) FALTA DE TIPIFICACIÓN E IMPUTABILIDAD DE LA INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 118, LITERAL b) NUMERAL 18) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

(…)

OTECEL S.A. realizó el cambio al paquete de 50MB por negociación con el cliente y era para el beneficio de la Compañía SKYPATROL. Sin embargo, a pesar que hizo uso del servicio y se había pretendido aplicar un paquete más beneficioso, **NO SE COBRÓ POR TAL CONCEPTO**; por tanto, siendo una atribución de la ARCOTEL la protección a los usuarios, ésta debió en primer lugar verificar si existió dicha afectación, de no ser así no se justifica la imposición de una sanción.

En consecuencia, conforme se desprende de lo anterior, se imputa la infracción prevista en el numeral 18) del literal b) del artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando **NO SE HA CONFIGURADO TAL INFRACCIÓN, puesto que, pese a que existió un intento de renegociar los términos de la contratación con el cliente. NUNCA SE MODIFICARON LAS CONDICIONES DE CONTRATACIÓN DE FORMA UNILATERAL, Y NO HUBO COBRO ALGUNO POR PARTE DE OTECEL S.A.**

(…)

2.2. FALTA DE PRUEBA Y FALTA DE MOTIVACION

“(…) En tal virtud, corresponde a usted señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, “considerar” y analizar las pruebas presentadas por mi representada, motivando su resolución y no como lo ha hecho la Coordinación Zonal en violación de la Constitución y la Ley señalando que “la verdad material del hecho infractor imputado” está establecido. Sin embargo, pese a que dice haber aplicado el principio de la verdad material, no motiva su resolución y para la Coordinación Zonal, la verdad material está centrada en la presentación física de un documento y no a la aplicación de las condiciones del servicio a la empresa SKYPATROL por lo que se viola principios elementales del



derecho penal, como la duda razonable, peor aun cuando de las inspecciones realizadas por la misma entidad constató la forma en la que se prestó el servicio al Cliente.

Análisis:

De la revisión del expediente administrativo sancionador, se observa:

Con fecha 04 de agosto de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, emite el Informe Técnico No. IT-CCDS-CT-2016-0003, referente al reclamo presentado por la Compañía SKYPATROL, que en su parte pertinente indica:

"(...) e) Cambio de Plan

En la denuncia presentada a la Dirección de Atención Usuario de esta Agencia, la empresa SKYPATROL manifestó lo siguiente:

Los ejecutivos de OTECEL S.A. - Movistar, ante nuestra insistencia de llegar a tener un Plan tarifario que se adecúe a la realidad de nuestra operación y sobre todo que se base en la negociación inicial y contratada, nos envía el 16 de diciembre de 2015, una nueva propuesta donde proponen un nuevo tarifario que comprometía a nuestra empresa a pagar un tarifa básica de \$ 1,00 dólar, más un consumo promedio de MB, que terminaba triplicando la tarifa mensual de nuestro servicio contratado originalmente.

En esta comunicación indican claramente que este nuevo tarifario regirá siempre y cuando SKYPATROL S.A. lo acepte formalmente. Cosa que no sucedió tal como lo indicamos en la factura del mes de febrero de 2016, emitida por MOVISTAR en donde imponen esta tarifa sin haber sido aceptada por nosotros (...)"

La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, solicitó documentos que respalden el cambio de servicio aceptado por el usuario, ante lo cual la concesionaria OTECEL S.A., entregó entre otros documentos, el correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2015, en el que se observa que la Sra. María Chávez Pérez, empleada de la Compañía OTECEL S.A., solicita a Mauricio Rojas, Fernando Cabrera y a otras personas: "Modificar el paquete a 50 MB. Resp. M Cepeda/ D. Martínez. Inmediato"; lo que concuerda con la factura de noviembre de 2015, en la que se observa: "TARIFA PAQUETE 10MG (M2M)", con fecha de activación 18-10-2015 y fecha de desactivación 23-10-2015 y se agrega al servicio "TARIFA PAQUETE 50 MG (M2M)", cuya fecha de activación es el 23-10-2015.

Finalmente, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, concluye: "De la documentación entregada por OTECEL, no se remite un contrato o anexo (físico o electrónico) que constate la aceptación de contratación del nuevo servicio (Paquete M2M 50 MB) por parte del usuario el 23 de octubre de 2015 y la terminación del servicio anterior; por lo que la operadora habría cambiado unilateralmente las condiciones contratadas (Paquete M2M 10MB) por el usuario el 08 de septiembre de 2014 con una vigencia de 24 meses."

El 14 de noviembre de 2016, se notifica a la operadora OTECEL S.A., con el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016, emitido por el Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL con fundamento en el Informe Técnico No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 04 de agosto de 2016 e Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-2016-A-0010 de 09 de noviembre de 2016.

De lo indicado en el reclamo de la Compañía SKYPATROL S.A.; así como, lo afirmado por la operadora, y del análisis realizado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se evidencia que existió un cambio con respecto al plan contratado por la Compañía SKYPATROL S.A., en cuanto al paquete de 10 MB a 50 MB. En cuanto a si fue unilateral o no, la operadora no entregó documento alguno que justifique el cambio del plan, pues con la sola afirmación de que: "(...) el incremento del paquete de 10MG a 50MG, se realizó en total acuerdo con el cliente, luego de varias reuniones y revisiones técnicas con la compañía con la finalidad de solucionar su inconveniente y mejorar su oferta, considerando sus consumos de datos.- SKYPATROL S.A. acordó en pleno uso de su autonomía de la voluntad, en reunión mantenida el 23 de octubre de 2015 y en tal virtud se realizó el cambio de plan en el sistema. Por lo tanto, este cambio de componentes de datos no fueron realizado en forma unilateral, el cliente estuvo de acuerdo y tenía conocimiento de las condiciones de este cambio (...)", no puede ser considerado como prueba que



justifique el consentimiento del usuario para el cambio del plan. Es decir que existe la modificación del contrato sin contar con la autorización expresa por parte de la compañía SKYPATROL S.A., configurándose la infracción.

Ahora bien, confirmada la conducta de la operadora, la misma ha inobservando el numeral 19 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y conforme se desprende de autos, la sociedad concesionaria ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 118, letra b, numeral 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establece: "Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios, así como dejar espacios en blanco en los contratos suscritos.", por lo que 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.

Por lo tanto, queda demostrado que los fundamentos de hecho y de derecho, configuran la infracción que se precisan en el Acto de Apertura; el mismo que se amplía con la siguiente explicación:

- i. **HECHO:** (circunstancia material o fáctica) la Compañía OTECEL S.A. no tenía autorización expresa de la Compañía SKYPATROL S.A. para realizar el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015.
- ii. **FUNDAMENTOS DE DERECHO:** (El Acto de Apertura debe ser Idóneo: Debe invocarse con precisión las normas vigentes vulneradas) Numeral 19 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, relacionado a que se mantengan las condiciones de la prestación de los servicios contratados.
- iii. **INFRACCIÓN IMPUTADA:** Artículo 118, letra b) número 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios.
- iv. **SANCIÓN:** Le corresponde recibir la sanción económica de acuerdo a lo previsto en los artículos 121, numeral dos; y, 122 inciso primero de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por lo tanto en el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016, se aplicaron las normas jurídicas relacionadas con el hecho o circunstancia fáctica descrita en los siguientes documentos: Informe Técnico No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 04 de agosto de 2016, Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2016-0119 de 01 de noviembre de 2016 e Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0010 de 09 de noviembre de 2016, cuyas copias se remitieron a la Compañía OTECEL S.A., conjuntamente con el Acto de Apertura. En ese sentido el Acto de Apertura contiene todos los elementos: el hecho ha sido descrito en forma clara y certera, así como la norma que se controla, la infracción y la posible sanción en la podría incurrir el presunto infractor. Adicionalmente se debe concebir al Acto de Apertura como medio, aviso o anuncio para poner en conocimiento del presunto infractor, el inicio del procedimiento administrativo sancionador, con el cual, y en aplicación de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso, en el ámbito administrativo, consagradas en la Constitución de República del Ecuador, se observa el derecho a la legítima defensa, a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, a presentar justificativos y sobre todo, comprende el derecho y garantía a obtener de los órganos del poder público decisiones fundadas, ajustadas a los hechos y al derecho, tal como ha ocurrido en el presente caso.

Es preciso indicar que la recurrente en su escrito de contestación al Acto de Apertura, ingresado a la ARCOTEL, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007278-E, de 02 de diciembre de 2016, específicamente en la foja 74 del expediente administrativo, manifiesta lo siguiente:

"En lo que se refiere al "cambio de paquete," (sic) tal como se indicó en el oficio VPR-13273-2016 ingresado con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-004418-E, **el incremento del paquete de 10MG a 50MG, se realizó en total acuerdo con el cliente**, luego de varias reuniones y revisiones técnicas con la compañía con la finalidad de solucionar su inconveniente y mejorar su oferta considerando sus consumos de datos.

SKYPATROL S.A. acordó en pleno uso de su autonomía de la voluntad, en reunión mantenida el 23 de octubre de 2015 y en tal virtud **se realizó el cambio de plan en el sistema**. Por lo tanto, este cambio de

componentes de datos no fueron realizado en forma unilateral, el cliente estuvo de acuerdo y tenía conocimiento de las condiciones de este cambio.

(...)

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, **se pueden concluir que OTECEL S.A. realizó el cambio al paquete de 50MG** por negociación con el cliente y en acuerdo con él, para su beneficio (...). (Negrita fuera del texto original).

Teniendo en cuenta que la sola afirmación del hecho no puede ser considerada como prueba o evidencia de que existió el consentimiento expreso para el cambio del plan por parte del usuario.

Por lo antes expuesto, se desvirtúa la falta de tipificación, imputabilidad, prueba y motivación, argumentada por la operadora.

La recurrente, en su escrito de impugnación recibido en esta Institución con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E de 23 de febrero de 2017, también argumenta que:

“(...) 2.2 ATENUANTES CONFIGURADOS.-

La Coordinación Zonal no ha aplicado las atenuantes configuradas en el presente caso, no ha motivado su falta de aplicación y simplemente se remite a señalar de forma ambigua que “no las considera” para efectos de aplicar la sanción absolutamente desproporcionada impuesta mediante la Resolución ahora apelada.

En el presente caso, han efectivamente concurrido las atenuantes y sin perjuicio de aquello, la Autoridad de la Coordinación Zonal no ha realizado una valoración ni análisis respecto de la posibilidad de abstenerse a sancionar a mi representada violando el principio de legalidad, de razonabilidad y de proporcionalidad, así como el principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución aplicando una sanción sin fundamento legal ni técnico. No existe evidencia de perjuicio alguno que deba ser reparado, ni violación o agravante que haga que la Autoridad de la Coordinación Zonal tenga sustento para aplicar una sanción que no tiene razonabilidad ni proporcionalidad alguna.

(...)

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, se solicita que se analice la concurrencia de atenuantes en el presente caso y se abstenga de imponer una sanción previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, cabe recalcar que NO existe afectación hacia el cliente conforme se ha evidenciado durante todo el proceso, OTECEL S.A. no ha cobrado ningún valor desde el cambio del paquete, a pesar que el cliente hizo uso de Servicio, en todo caso el cliente fue beneficiado al utilizar el servicio de manera gratuita (...).

Al respecto, el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que trata de las atenuantes 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.”.

En tal virtud, es preciso indicar 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 125 (v) del expediente del procedimiento administrativo sancionador, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, señala: “(...) Con relación a la circunstancia **atenuante 1**, el área jurídica de esta Coordinación Zonal 2 ha procedido a la revisión del Sistema de Infracciones y Sanciones institucional y de los archivos de esta Agencia, de la cual se desprende que 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 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 s/n recibido el 02 de diciembre de 2016, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007278-E, la operadora argumenta en contra de la comisión del incumplimiento imputado, es decir no admite la infracción establecida en el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016, ni presenta un plan de subsanación autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, 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.”.**

En lo atinente a que: “(...) **No existe perjuicio al usuario, puesto que jamás se aplicaron nuevas condiciones al usuario.** Es importante resaltar, que el cliente no ha realizado ningún pago sobre los valores generados del paquete de 50MB conforme se puede evidenciar en la **Tabla No. I** de este documento. El último pago que registra el cliente, se realiza el 28 de octubre de 2015, como acuerdo realizado en la reunión del 23 de octubre de 2015, correspondiente a la facturación del mes de junio de 2015 referente al componente de 10 MB (...).”.

A través de memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0334-M de 02 de junio de 2017, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, en su parte pertinente indica: “(...) Como se puede observar, la misma operadora manifiesta en el oficio de apelación que sí realizó el cambio de paquete de 10 MB a 50 MB. Al respecto, en el literal b) y c) de esta contestación, se demostró que OTECEL S.A. efectivamente aplicó el paquete “PAQUETE 50MB (M2M)” en el servicio prestado a SKYPATROL, cambiando en las condiciones contratadas sin contar con una aceptación expresa por parte del cliente.- Por lo tanto la generación de notas de crédito a las facturas no corresponde a la reparación o subsanación del hecho atribuido a OTECEL S.A.; es decir, condiciones diferentes a las contratadas por el usuario.- Adicionalmente, en el oficio S/N ingresado con número de documento ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E de 23 de febrero de 2017 en apelación a la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0001 de 27 de enero de 2017, OTECEL S.A. adjunta como pruebas 5 notas de crédito por un valor total de \$ 3.743,50; sin embargo, 4 de estas notas de crédito con un valor de \$ 3.090,58 fueron emitidas por la operadora el 22 de Febrero de 2017; es decir, después del procesamiento administrativo sancionador y de que la ARCOTEL emita la Resolución ARCOTEL-CZO2-2017-0001(...).”.

Al respecto, se manifiesta que:

Los artículos 130, numeral 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.”; “Art. 82.- **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 integral como circunstancia atenuante opera cuando el prestador del servicio móvil avanzado **ha demostrado** ante el órgano competente de la administración que ha implementado acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar **una conducta** o un hecho tipificado como infracción antes de la imposición de la sanción, a través de un medio físico o digital, circunstancia que en el presente procedimiento administrativo no ha sucedido, ya que la operadora no ha corregido, enmendado o rectificado la conducta objeto de la infracción, esto es volver al estado original el contrato suscrito con la Compañía SKYPATROL S.A., dado que no se ha observado la desactivación del paquete de 50 MB y la activación del paquete de 10 MB o a su vez la justificación que evidencia tal imposibilidad.

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 sanción.”.**

A fojas 129 (v) del expediente del procedimiento administrativo sancionador, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, señala: “(...) La operadora manifiesta que: “Los servicios, fueron facturados y cobrados conforme lo establecido en el contrato de septiembre de 2014 y no se han configurado las aseveraciones del Cliente”. Al respecto, el Artículo 82 “Subsanación y Reparación” del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece: “... se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.”.- Como se indicó antes, el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 se fundamenta en que OTECEL S.A. no presentó un documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del “paquete 10MG (M2M)” al “paquete 50MG (M2M)” ejecutado el 23 de octubre de 2015; y en ese sentido, no se configura la ocurrencia de daño técnico y por lo tanto, el atenuante en referencia no opera (...).”;

En virtud de lo cual **no procede considerar la circunstancia** 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.

La Operadora, tanto al momento de presentar la contestación al Acto de Apertura dentro de la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, como en el escrito de fundamentación del

Recurso de Apelación, presentó los mismos argumentos y elementos de descargo, los cuales fueron valorados oportunamente.

De lo antes anotado, se puntualiza que la Administración en ningún momento ha lesionado derecho alguno de la recurrente, razón por la cual se considera que los argumentos expuestos por la interesada en su Recurso de apelación, no le eximen de su responsabilidad respecto del hecho que le fue imputado.

Por lo indicado, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, ha emitido la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, en estricta observancia de los derechos de protección relativos a las garantías básicas y reglas propias del debido proceso, en ejercicio de sus atribuciones y competencias legales y cumpliendo con los requisitos de forma y fondo.

4.- 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 establecido la responsabilidad de la Compañía OTECEL S.A., en la comisión de la infracción tipificada en el literal b, numeral 18 del artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con la concurrencia de una circunstancia atenuante determinada en el artículo 130 numeral 1 ibídem, le corresponde recibir la sanción de acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 121 y artículo 122 del mismo cuerpo legal.

Se concluye entonces que resulta improcedente aceptar el Recurso de apelación planteado en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, 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 al Director Ejecutivo de la ARCOTEL, no admitir y en consecuencia rechazar la apelación interpuesta.
(...)"

V. RESOLUCIÓN

Con base en las consideraciones general y análisis de forma; fundamentos jurídicos; trámite de apelación; 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.- AVOCAR conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0059 de 21 de junio de 2017.

Artículo 2.- NEGAR el Recurso de apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., el 23 de febrero de 2017, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003220-E y en consecuencia, **RATIFICAR** la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-001 de 27 de enero de 2017, dictada por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 3.- DISPONER el archivo del presente Recurso de apelación.

Artículo 4.- INFORMAR a la Compañía OTECEL S.A., que conforme a lo dispuesto en el artículo 156, número 3 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, tiene derecho a impugnar esta Resolución en la vía judicial.

Artículo 4.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la Compañía OTECEL S.A., en sus oficinas ubicadas en la ciudad de Quito, Centro Corporativo Ekopark, Torre 3 TELEFONICA Av. Simón Bolívar y Vía a Nayón, señalada por la recurrente para recibir notificaciones; a la Dirección Ejecutiva; a la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación General

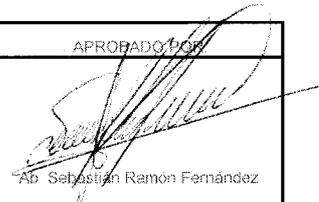
Administrativa Financiera, Dirección Técnica de Control del Espectro Radioeléctrico; a la Dirección de Impugnaciones; y a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, para los fines pertinentes. Notifíquese y Cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 22 JUN 2017



Eco. Pablo Xavier Yáñez Saltos
DIRECTOR EJECUTIVO

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
 Dra. Verónica Hujacho Rodríguez Servidor Público 7	 Ab. María Verónica Cárdenas Vaca Directora de Impugnaciones	 Ab. Sebastián Ramón Fernández Coordinador General Jurídico