

## RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-014

ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA  
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES  
-ARCOTEL-

ING. ROBERTO MOREANO VITERI  
COORDINADOR ZONAL 2

### CONSIDERANDO:

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

##### 1.1 TITULO HABILITANTE

Con fecha 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 Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir de 30 de noviembre de 2008.

##### 1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0044-M de 10 de agosto del 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, puso en conocimiento de la Coordinación Zonal 2 el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0004 de 05 de agosto de 2016, en el que se concluye lo siguiente:

#### **"7.- CONCLUSIÓN:**

*De las pruebas ejecutadas y validadas se evidencia que la Operadora OTECEL S.A. no le está proporcionando al abonado, cliente o usuario, previo a la contratación de servicios a través de SMS Premium, información clara y precisa respecto de el (sic) valor final por la contratación de los servicios ofertados por OTECEL S.A.; en las pruebas realizadas se detectó que se notifica un valor inicial, sin embargo al validar los cobros a través de consultas al \*100# se evidencia que el cobro es diferente al informado al abonado, usuario o cliente. Por lo que, el abonado, cliente o usuario, no está recibiendo previo a la contratación de servicios a través de SMS Premium, información clara y precisa respecto de las condiciones del servicio relacionado con el acceso limitado al contenido; en las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenida especifican únicamente la periodicidad de entrega de contenido (diaria, semanal, mensual), pero no mencionan las condiciones acerca de cuánto contenido (cuántas descargas) puede obtener el abonado, cliente o usuario."*

Adicionalmente, en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0044-M, se indica que: "... Cabe aclarar que las pruebas e inspecciones se realizaron en la ciudad de Quito; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional."

### 1.3 ACTO DE APERTURA

El 26 de agosto de 2016, esta Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el **Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005**, notificado a la Operadora OTECEL S.A. el **29 de agosto de 2016**, conforme se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0124-M de 29 de agosto de 2016.

En el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 se puso en conocimiento de la Operadora OTECEL S.A., el resultado de las actividades de control, el cual se encuentra claramente detallado en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0004 de 05 de agosto de 2016; con base en el cual, mediante Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0005 de 25 de agosto de 2016, se estableció la procedencia de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador en su contra, en el cual se relacionan los Fundamentos de Hecho (ordinal 2) determinados en el citado Informe Técnico con los Fundamentos de Derecho (ordinal 3.2), en donde se transcriben las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias o contractuales cuyo cumplimiento habría sido inobservado con la conducta de la Operadora, esto es: los artículos 22 número 5 y 24 número 27 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, relacionados con el derecho de los abonados a obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas, y la obligación de la Operadora de proporcionarlos; mencionando además, la presunta infracción y sanción en la que la compañía inculpada podría incurrir, con el detalle de la sanción que correspondería aplicar, de declararse la existencia de la infracción y su responsabilidad; en estricto cumplimiento a los requisitos establecidos en el Instructivo del Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL y aplicando el formato e instructivo de trabajo remitidos mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2015-0216-M de 19 de octubre de 2016.

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCONCENTRADO:

### 2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

#### CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*"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. 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."*

*"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." (Lo resaltado me pertenece)

**"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."

#### LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES:

**"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 132.-** **Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas.-** Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados. El infractor deberá cumplirlos de forma inmediata o en el tiempo establecido en dichos actos. En caso de que el infractor no cumpla voluntariamente con el pago de la multa impuesta, la multa se recaudará mediante el procedimiento de ejecución coactiva, sin perjuicio de la procedencia de nuevas sanciones, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.- La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución. (...)".

**"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."

**"Artículo 144.-** **Competencias de la Agencia.-** Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades **CERTIFICADO** sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos **QUE ESTE DOCUMENTO ES PIEL COPIA DEL ORIGINAL**

*habilitantes. (...) 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley. (...)*”.

## **REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES**

**“Art. 10.- Del organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador.-** El organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador es el competente para aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley, el presente Reglamento General y en los títulos habilitantes; puede contar con oficinas desconcentradas.- La competencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda.”.

**“Art. 81.- Organismo Competente.-** El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa.- También le corresponde sustanciar y resolver las reclamaciones por violación de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, en este último caso, con excepción de las reclamaciones relacionadas a contenidos. (...)

**“Art. 83.- Resolución.-** La resolución del procedimiento administrativo sancionador deberá estar debidamente motivada y contendrá la expresión clara de los fundamentos de hecho y de derecho que sirvan para la imposición o no de la sanción que corresponda conforme lo previsto en la Ley y de ser el caso, en las infracciones y sanciones estipuladas en los respectivos títulos habilitantes. (...) 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.”.

### **RESOLUCIONES ARCOTEL:**

#### **Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015 de 4 de marzo de 2015**

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *“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.”*

#### **Resolución 09-05-ARCOTEL-2016 de 20 de junio de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 800 de 19 de julio de 2016**

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales y legales resuelve expedir el ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL, en el que entre otros aspectos se establece:

**"Artículo 2. Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones"**

Para cumplir con la regulación, el control y la gestión del espectro radioeléctrico y de los servicios de telecomunicaciones para que éstos sean brindados con calidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y diversidad; garantizando el cumplimiento de los derechos y deberes de prestadores de servicios y usuarios, se han definido dentro de la estructura orgánica de la ARCOTEL a procesos Gobernantes, Sustantivos, Habilitantes de Asesoría y de Apoyo, y Desconcentrados: (...)

Desconcentrados.- Permiten gestionar los productos y servicios de la Institución a nivel zonal, participan en el diseño de políticas, metodologías y herramientas; en el área de su jurisdicción en los procesos de información, planificación, inversión pública, reforma del Estado e innovación de la gestión pública, participación ciudadana, y seguimiento y evaluación". (El subrayado me pertenece)

**"Artículo 10. Estructura Descriptiva"**

**(...) 2. NIVEL DESCONCENTRADO**

**2.1. PROCESO GOBERNANTE**

(...)

**I. Misión:**

Coordinar y controlar la gestión institucional a nivel desconcentrado dentro del ámbito de su jurisdicción, a los procesos de gestión de títulos habilitantes, control y atención a los consumidores de servicios de telecomunicaciones; mediante, la aplicación de políticas y procesos emitidos para el cumplimiento de sus competencias y el ordenamiento jurídico vigente.

**II. Responsable:** Coordinador/a Zonal.

**III. Atribuciones y responsabilidades:**

(...) j. Monitorear el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control. (...)

**2.2. PROCESO SUSTANTIVO**

**2.2.1. Nivel Operativo**

**2.2.1.1. Gestión Técnica Zonal.- (...)**

**II. Responsable:** Director/a Técnico/a Zonal.

**III. Atribuciones y Responsabilidades:**

(...) 7. Ejecutar el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control.

**CERTIFICADO**  
QUE ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

Quito, a... 11 NOV 2016

Adicionalmente, a través de la CIRCULAR Nro. ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C (10 de agosto de 2016), se establece, entre otros aspectos, lo siguiente:

**Disposiciones específicas:**

(...)

A la Coordinación Técnica de Control, Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

1. Para fines relacionados con el ámbito de control, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercer la Potestad Sancionadora, únicamente a través del Organismo Desconcentrado y, con la finalidad de hacer que se cumplan a cabalidad con las actividades en materia de control, todos los informes sobre dicha materia, generados por las Direcciones de la matriz desde el 18 de febrero de 2015, relativos a presuntos incumplimientos, cuyo contenido abarque la Cobertura correspondiente a más de una Coordinación Zonal u Oficina Técnica, según la distribución territorial establecida en el análisis de presencia institucional en territorio de la ARCOTEL y su respectiva aprobación mediante oficio No. SENPLADES-SGTEPBV-2015-0102-OF de 27 de agosto de 2015, mismo del cual se hace referencia en el Estatuto de esta Agencia, serán enviados a la Coordinación Zonal 2 para conocimiento, sustanciación y resolución de los procedimientos administrativos o contractuales sancionadores a los que hubiere lugar. Igual trámite se darán a aquellos informes de control elaborados por las Direcciones de la matriz, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para iniciar, sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre procedimientos administrativos sancionadores; tomando en cuenta además, que conforme consta indicado en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0044-M, “... las pruebas e inspecciones se realizaron en la ciudad de Quito; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional.”.

**2.2 PROCEDIMIENTO:**

El artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala: “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.”

Este procedimiento se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, respetando especialmente el derecho a la defensa establecido en el número 7, letra a) que establece que: “Nadie podrá ser privado del derecho a la

defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento", que guarda concordancia con lo dispuesto en el Art. 125 de la LOT.

## 2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN:

### 2.3.1 Ley Orgánica de Telecomunicaciones

**"Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios:**

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

(...)

5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. (...).

**"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 de tal carácter, los siguientes:

(...)

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

27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. La información también se proveerá en el idioma de relación intercultural predominante del abonado, cliente o usuario, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Lo resaltado y subrayado me pertenece)

#### a) Infracción

**"Art. 117.- Infracciones de primer clase.-**

(...) b. Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

(...) 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos. (Lo subrayado y resaltado me pertenece).

#### b) Sanción

**"Art. 121.- Clases.- Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video**

se aplicarán de la siguiente manera: (...) 1. **Infracciones de primera clase.-** La multa será de entre el 0,001% y el 0,03 % del monto de referencia. (...)."

"**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.

Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes: (...). a) **Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general. (...).**"

En lo relativo a los atenuantes y agravantes, la Ley de la materia señala:

**"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." (El subrayado me pertenece)

**"Artículo 131.- Agravantes.-**

En el ejercicio de su potestad sancionatoria, igualmente se deberán valorar las siguientes circunstancias agravantes:

1. La obstaculización de las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio de la infracción sancionada.
2. La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.
3. El carácter continuado de la conducta infractora."

**3. ANÁLISIS DE FONDO:**

### 3.1 CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

El doctor Lonny Espinoza Simancas, en calidad de Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., conforme acredita con la copia de la delegación de procuración judicial que acompaña, contestó al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, según documento de ingreso No. ARCOTEL-DEDA-2016-002591-E del 19 de septiembre de 2016, señalando entre otros aspectos, lo siguiente:

"(...) 2.- ALEGATOS.-

*En uso del derecho que me concede el Art. 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro del término legal, contesto el ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 de 26 de agosto de 2016, en los siguientes términos:*

#### *2.1. INEXISTENCIA DE INFRACCION PREVISTA EN EL ARTICULO 117, LITERAL b) NUMERAL 16) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES*

*El artículo 117, literal b) numeral 16) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes:*

*Numeral 16. "Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos."*

*En efecto, en materia de Derecho Administrativo Sancionador es necesario que la Autoridad, cumpla con el principio de tipicidad y de legalidad, que derivan en la garantía a la seguridad jurídica, de tal forma que toda imputación de infracción debe ser consecuencia de una previsión normativa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta punible y los elementos que la componen, caso contrario resulta en la arbitrariedad y por lo tanto, la nulidad absoluta del acto administrativo notificado.*

*La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante la emisión del Acto de Apertura NO. ARCOTELCZO2-2016-0005 de fecha 26 de agosto de 2016, viola expresas normas constitucionales y legales que me permito citar a continuación:*

*El Art. 226 de la Constitución de la Republica consagra el principio de legalidad y señala que "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. ". En concordancia, el numeral primero del Art. 192 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) dice que "la potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma." (negrita y subrayado son míos)*

*De acuerdo con la Doctrina, García de Enterría en su libro Comentarios a la Ley Especial de Telecomunicaciones de España, estudia el principio de legalidad (previsto en nuestra legislación en el artículo 226 de la Constitución Política), y concluye que en el ámbito del Derecho Estatal Sancionador, este principio comprende dos garantías, que citaremos a continuación:*

1. *“Material, de alcance absoluto, siendo de aplicación tanto en el ámbito penal como en el de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual. Dicha garantía supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Se traduce pues en la triple exigencia de *lex scripta, lex previa y lex certa.*”*
2. *“Formal, referida al rango necesario de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones”. Es decir, lo denominado “reserva de ley” para la tipificación de infracciones y sanciones.*

*Efectivamente, la regla de la tipicidad en materia administrativa resulta de especial importancia para los Administrados y para que habilite la posibilidad de la Autoridad -en este caso el ARCOTEL de imponer sanciones.*

*Según la Doctrina, “la tipicidad aparece como corolario obligado del principio de legalidad, que juega un doble sentido, esto es como una garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito penal y como una forma de prevención individual y social, en la medida de que el conocimiento público y oficial de la acción punible desalienta la comisión de los hechos reprimidos por la ley. A este respecto el principio de tipicidad legal requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico ....”<sup>2</sup> (negrita y subrayado son míos)*

*En efecto, la garantía a la seguridad jurídica se fundamenta según el artículo 82 de la Constitución en el “respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*

*En el presente caso, la Autoridad de la ARCOTEL, de forma discrecional aplica la previsión normativa del artículo 117, literal b) numeral 16) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sin cumplir con su obligación de determinar de forma objetiva cual es la conducta punible que pretende ser sancionada. Efectivamente, no basta aplicar la norma general del numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sino que si ésta al ser una norma jurídica que contiene tipo penal abierto hace una remisión que debe ser descrita y motivada por la Autoridad, informe lo exige la Constitución, de tal forma de respetar el principio de legalidad y de tipicidad.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la ARCOTEL cita de forma general los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para tratar de sustentar la aplicación de la infracción prevista en el artículo 117, literal b) numeral 16 de la Ley, sin embargo, no se justifica motivadamente su aplicación generando indefensión para mi representada.*

*La Autoridad cree que al citarlos en el numeral 3.2 de su Acto de Apertura ha realizado la debida motivación del Acto, sin embargo, al realizar el análisis jurídico en el numeral 6 del Acto de apertura omite su explicación y su relación con los hechos imputados a mi representada.*

El artículo 22 enunciado trata en 24 numerales los derechos de los usuarios y abonados, por su parte, el artículo 24 determina cuales son las obligaciones de las Operadoras en 28 numerales. Es decir, que discrecionalmente, se pretende aplicar de forma general los artículos 22 y 24 para sustentar ilegalmente la infracción del numeral 16, literal b) del artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sin especificar para efectos de aplicar una sanción cómo las pruebas técnicas realizadas por la autoridad de control han llegado a establecer infracciones a mi representada. En este sentido reitero que los hechos alegados por la Autoridad no tienen relación con las normas que se imputan se hayan infringidas (sic) por parte de OTECEL S.A. y peor aún con las pruebas realizadas y que constan descritas en el Informe Técnico.

El inciso primero del artículo 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, publicado en el Registro Oficial No. 686, del 18 de octubre del 2002, dice que:

*“Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento. La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.”*  
(negrita y subrayado es nuestra)

En el presente caso, tanto en el numeral segundo y numeral sexto del Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, describe las presuntas conductas que se pretende sancionar al señalar afirmativamente que:

1. UNA SUPUESTA INFORMACIÓN NO CLARA NI PRECISA: se indica que “la Operadora OTECEL S.A. no le está proporcionando al abonado, cliente o usuario, previo a la contratación de servicios a través de SMS PREMIUM, información clara y precisa respecto del valor final a ser cobrado por el servicio respecto de las condiciones del servicio relacionado con el acceso limitado al contenido (...)”

Sin embargo, ni del Acto de Apertura ni del Informe Jurídico se comprende cuál es la información imprecisa u oscura que mi representada está entregando a sus usuarios al contratar los servicios de SMS PREMIUM, o cual es la obligación incumplida o derecho de los abonados/usuarios violado. No se detalla en que consiste la confusión, el engaño o el error en que se ha forzado al cliente, abonado o usuario y que ha generado o motivado un comportamiento económico distinto.

2. PRUEBAS SOBRE MENSAJES DE BIENVENIDA. PRESUNTA FALTA INFORMACION SOBRE DESCARGAS: Se indica sin relación a lo anterior, y sin concordancia alguna que “además en las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenida especifican únicamente la periodicidad de entrega de contenido (diaria, semanal, mensual) pero no mencionan las condiciones acerca de cuánto contenido (cuantas descargas) puede obtener el abonado, cliente o usuario”.

Es decir que, según el Informe Jurídico y el Acto de Apertura, la Autoridad comprobó que los mensajes de bienvenida la única información que no se proporciona son cuantas descargas puede obtener el abonado y sobre tal hecho pretende sancionar y en base a tal fundamento emite el procedimiento administrativo de sanción. No existe concordancia lógica con la imputación anterior, pues entonces, la primera imputación resulta en una

simple apreciación de la Autoridad y por lo tanto en una arbitrariedad que es expresamente prohibida por la Constitución y la Ley.

Sin embargo, pese a que tanto el Acto de Apertura y su Informe Jurídico dicen sustentarse en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, ninguno de ellos hace relación a las pruebas realizadas por la Autoridad respecto de los servicios SMS PREMIUM. No reflejan los datos reales obtenidos del Informe, y por el contrario deciden sustentarse en ello, aplicando para efectos de imponer una multa de solo partes de aquel violando lo expresamente señalado en el artículo 71 ya que ti el dictamen o informe tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad”, y según el Art.72 del ERJEFE (sic) debe contener: a) Resumen de la cuestión objeto de la consulta; b) Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver; y, c) Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada. d) Los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos. Es decir, que si la autoridad administrativa fundó su voluntad en el Informe debe ceñirse a la información que consta del informe y motivar su acto administrativo en función de la información proporcionada por aquel.

En el presente procedimiento administrativo, se adjunta con el Acto de Apertura, copia simple del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, el cual es impugnado según lo prevé el Artículo 74 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), a través del acto administrativo contenido en el Acto de Apertura, y respecto del cual, para evitar la indefensión me permito analizar las pruebas realizadas efectivamente por la ARCOTEL y que, se evidenciará que no se relacionan con las presuntas infracciones imputadas en el Acto de apertura:

• **PRUEBA 1 ARCOTEL (Servicio SMS Premium “TERRA CLUB DIVERSIÓN”):** A través de la línea 0987298476 de la modalidad de prepago, se realizó el 16 de junio de 2016, una suscripción al servicio de SMS Premium TERRA CLUB DIVERSIÓN”. De acuerdo al informe técnico de ARCOTEL (pág. 6), luego de la suscripción se recibió un SMS desde el número corto 7676 que establecía la siguiente:

“Bienvenido te acabas de suscribir a Club Diversión recibirás diariamente 1 SMS. PrecioxDía \$0.37+imp. Para cancelar envía SALIR al 7676”.

Se validó por la Autoridad a través del \*100#, el cobro realizado de este servicio cuyo valor fue de \$0.37. ARCOTEL menciona que al ingresar al link <http://goo.gl/hxYJI> se observa un mensaje dentro de la página que indica lo siguiente: “Descarga en tu juegos, videos, música y más contenidos para tu celular Precio por día \$0.32 + imp.”

Cabe aclarar que la tarifa de suscripción diaria efectivamente es de \$0.32 + imp, y así lo comunicamos oportunamente a los clientes en el Portal Web de la Compañía y cuyo link se remite al cliente o abonado de forma oportuna.

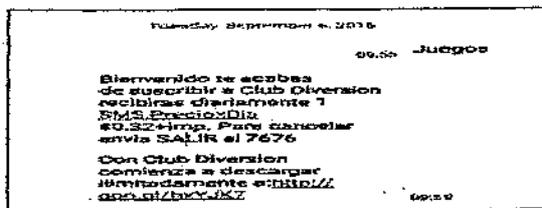
Página web		Precio	
1	Página web	\$0.37	Imp.
2	Cobro por SMS Premium	\$0.37	Imp.
3	Tarifa de suscripción de SMS Premium	\$0.32	Imp.

NOTAS:

(\*) De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana expedida el 20 de mayo de 2016, según la disposición transitoria primera se incrementó del IVA del 12% al 14% a partir del 1 de junio de 2016.

(\*\*) Se adjunta la pantalla del cobro realizado el 16 de junio de 2016, por la suscripción del Servicio SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN", por limitación del número de decimales en los medios informativos se comunica con 2 decimales, la tarifa.

(\*\*\*): Se adjunta una pantalla en la cual se realizó una prueba y se verifica la corrección de la tarifa en el SMS de texto de bienvenida, este particular lo puede verificar ARCOTEL realizando una prueba de suscripción del servicio en caso que lo considere necesario.



En consecuencia, de las pruebas efectuadas y de conformidad con lo señalado en la Tabla No. 1 de este documento, OTECEL S.A. ha comunicado correctamente la tarifa referente a los puntos 1, 2, 3, y respecto a la tarifa informada en el SMS de Texto de Bienvenida del servicio (punto 4 Tabla No. 1), conforme se manifestó oportunamente a la Autoridad de la Arcotel, debido a los cambios generados por la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana, existió una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa incluido IVA pero desplegando el texto "+ IVA". Se realizó la corrección del mensaje con fecha 22 de junio de 2016. Sin embargo, el error en este mensaje no generó perjuicio alguno al usuario, abonado o cliente quien pagó por dicho servicio el valor de de (sic) \$0.366 incluido el IVA.

- PRUEBA 2 ARCOTEL (Servicio SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL"): A través de la línea 0987298476 de la modalidad de prepago, se realizó el 16 de junio de 2016, una suscripción al servicio de SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL". De acuerdo al informe técnico de ARCOTEL (pág. 11), antes de la suscripción se abrió una pantalla (menú simcard) que indicaba:

"Club Yeeha  
 Acepta y descarga los mejores tonos y juegos de Club Yeeha. Unete Ya!

Fecha	Proveedor	Servicio	Subservicio	Plataforma	Cobro	Tipo	Cobrado US\$	Estado
16/06/2016 12:17	MSP Info	Información	INFO SUSCRIPCION 7676 CLUB DIVERSION	Atamira	NORMAL	Pre Pago	0,366	Cobrado

Precio x día \$0.35+imp. Info 1800010568  
 Aceptar Cancelar".

Luego de la suscripción llegó un SMS desde el número corto 5777 que indicaba (pág. 13) Informe Técnico ARCOTEL:

"Bienvenido te acabas de suscribir a CLUB YEEHA PORTAL recibirás diariamente 1 SMS. Precio x Día \$0.40 + imp. Para cancelar envía SALIR al 577"

Se validó por la Autoridad a través del \*100#, el cobro realizado de este servicio cuyo valor fue de \$0.39.

CERTIFICO  
 QUE ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

Quito, a 11 de Mayo de 2016  
 Página 10 de 47

En relación con esta prueba, debemos aclarar que la tarifa de suscripción de vigencia diaria a portal web del servicio es de \$0.35 + imp, en este sitio web se puede descargar contenidos multimedia. Con cada cobro al cliente se le asignará un crédito disponible a través del cual podrá descargar el Contenido que elija del portal.

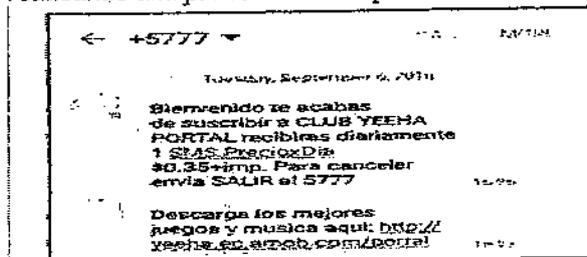
		TARIFA	ACLARACIÓN
1	Pantalla (menú sincron) previo a la contratación.	\$0.35 + IVA	Se informa correctamente la tarifa, conforme lo establecido para el servicio.
2	SMS de Texto de bienvenida	\$ 0.40 + IVA	Debido al cambio de IVA por la expedición de la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana existió una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa incluido IVA pero desplegando el texto "+ IVA". Se realizó la corrección del mensaje con fecha 22 de junio de 2016. Se adjunta la pantalla que evidencia la corrección (**).  Sin embargo, el cobro realizado fue de \$0.39 conforme la tarifa establecida para el servicio y de acuerdo a lo verificado por ARCOTEL en el Informe Técnico, en ese sentido no hay perjuicio alguno para el usuario, cabe señalar que la tarifa cobrada es menor a la tarifa comunicada en el SMS de Texto de Bienvenida.  Con fecha 16 de junio se realizó el cobro de \$0.39 correspondiente a la tarifa del servicio incluido IVA del 12% vigente a dicha fecha (*).  Se informó la tarifa del servicio incluyendo el 12% de IVA vigente a dicha fecha: $0.35 + 12\% \text{ IVA} = 0.392$
3	Cobro realizado	\$ 0.39 Inc. IVA	
4	Reporte enviado ARCOTEL el 15 de abril de 2016	\$ 0.29 Inc. IVA	

Tabla No. 2

NOTAS:

(\*) De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana expedida el 20 de mayo de 2016, según la disposición transitoria primera se incrementó del IVA del 12% al 14% a partir del 1 de junio de 2016.

(\*\*): Se adjunta una pantalla en la cual se realizó una prueba y se verifica la corrección de la tarifa en el SMS de texto de bienvenida, este particular lo puede verificar ARCOTEL realizando una prueba de suscripción del servicio en caso que lo considere necesario.



En conclusión, de conformidad con lo señalado en la Tabla No.2 de este documento, OTECEL S.A. ha comunicado correctamente la tarifa referente a los puntos 1, 3,4, y respecto a la tarifa informada en el SMS de Texto de Bienvenida del servicio (punto 2 Tabla No. 2), conforme se manifestó existió una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa incluido IVA pero desplegando el texto "+ IVA".

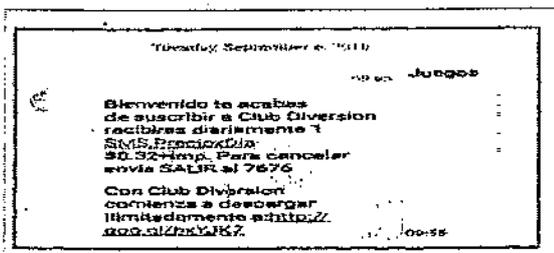
Se realizó la corrección del mensaje con fecha 22 de junio de 2016; cabe recalcar que el cobro realizado fue de \$0.39 INCLUIDO IVA de acuerdo a la tarifa establecida para el servicio, por lo que no existe perjuicio alguno para el usuario.

• PRUEBAS SOBRE MENSAJES DE BIENVENIDA. Respecto a la conclusión de ARCOTEL citada: "En las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenida especifican únicamente la periodicidad de entrega de contenido (diaria, semanal, mensual), pero no mencionan las condiciones acerca de cuánto contenido (cuántas descargas) puede obtener el abonado, cliente o usuario", es importante aclarar que por limitaciones técnicas de número de caracteres (máximo 150), no se puede colocar toda la información en un mensaje

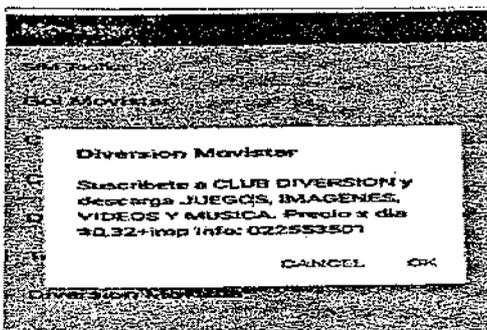
de texto, en sentido para estos 2 productos existen los siguiente canales de información con el detalle respectivo de las condiciones.

▪ **TERRA CLUB DIVERSIÓN**

<http://goo.gl/xcYJK7>, este link es informado en el mensaje de bienvenida.

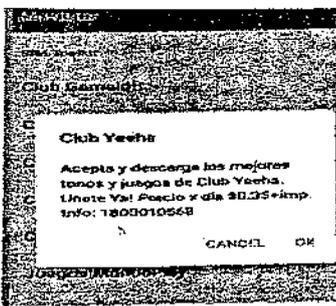


El canal de captación habilitado para este servicio es a través del menú simcard Movistar donde previo a la contratación se indica al cliente tarifa y vigencia del servicio y se detalla que para mayor información marque al 022553501 donde se le entrega toda información relacionada al servicio (pantalla adjunta):

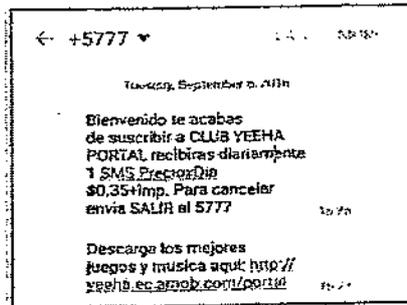


▪ **CLUB YEEHA PORTAL**

El usuario de Arcotel se suscribió a través del menú simcard Movistar donde previo a la contratación se indica al cliente tarifa y vigencia del servicio y se detalla que para mayor información marque al 1800010568 donde se le entrega toda información relacionada al servicio (pantalla adjunta):



<http://yeeha.ec.amob.com/portal>, este link es informado en el mensaje de bienvenida.



En conclusión, por limitaciones técnicas del número de caracteres (máximo 150), no se puede colocar toda la información en un mensaje de texto, sin embargo, se detalla los canales de información, que contienen los términos y condiciones del servicio.

Conforme queda evidenciado y tal como se indicó en párrafos (sic) anteriores, ni el Acto de Apertura ni el Informe Jurídico (sic) hacen relación a las pruebas realizadas en cada uno de los casos y sus resultados por parte de la Autoridad de la ARCOTEL, se pretende de forma ilegítimamente (sic) sancionar a mi representadas (sic) en base a tipificaciones generales de infracciones no cometidas. E (sic)

En efecto, como queda demostrado se puede concluir que:

1. No existe información oscura o engañosa.
2. No existen cobros indebidos
3. No existe perjuicio para el cliente, abonado o usuario.
4. No existe cambio en el comportamiento económico del usuario o abonado ni de los competidores.
5. No existe incumplimiento de obligación alguna prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones
6. No existe violación de ningún (sic) derecho de los usuarios previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En este sentido, es importante recalcar, como analizaremos más adelante, que los cobros efectuados por OTECEL S.A. corresponden a los previstos en la página web, y aquellos debidamente autorizados.

En consecuencia, no existe causa ni fundamento de hecho ni de derecho para la imposición de ninguna sanción y en tal virtud, el Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, carece de motivación y está viciado de nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que señala que:

*“Art. 129.- Nulidad de pleno derecho. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República ahora Artículo 76 de la Constitución de la República).*

*De la misma forma, el acto administrativo no puede ser convalidado, según lo establece el literal c) del artículo 94 del ERJAFE y considera nulo el acto, cuando: “Literal c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.”*

*En el presente caso, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en clara violación de los derechos de mi representada previstos en el artículo 122 del ERJAFE en concordancia con*

el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República emite el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 sin motivación alguna, al no existir concordancia entre lo imputado y las pruebas efectuadas por la Autoridad de la ARCOTEL.

De acuerdo con el Art. 116 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, "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."

Por su parte, el Art. 125 de la misma LOT, establece que "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."

En este sentido, es necesario reiterar que la Jurisprudencia ha sido enfática en señalar que:

"(...) Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen, y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a los mismos cuatro elementos reglados en toda potestad discrecional, los cuales son: "La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuada (sic), que se refiere a un ente y dentro de este a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública". (Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, P. 446, octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997). Habiendo pues elementos reglados en todo acto administrativo en el que la ley, respecto de otros elementos, faculta el ejercicio de la potestad discrecional es evidente que respecto de tales elementos reglados cabe el control jurisdiccional. Pero es más la doctrina y la jurisprudencia universal, sobre todo la francesa y la española han venido elaborando una serie de reglas de control de los elementos discrecionales del acto, los mismos que fueron magistralmente expuestos por Eduardo García de Enterría en la conferencia que dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, el 2 de marzo de 1962, dentro del curso: "El Poder y el Derecho", y que fuera publicada en el opúsculo intitulado: "La Lucha contra las Inmunidades del Poder el cual constituye ya un clásico del derecho administrativo, según el cual estas técnicas de control son: el control de la desviación de poder, el control de los hechos determinantes; los conceptos jurídicos indeterminados; el control por los principios generales del derecho (...)3.

## 2.2. FALTA DE AFECTACIÓN Y ATENUANTES CONFIGURADOS.-

Es necesario resaltar que, en el presente caso, no existe afectación, daño o perjuicio al usuario. No existe tampoco la configuración del tipo penal ni imputabilidad a mi representada de la infracción que persigue sancionar el ARCOTEL en el Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0005.

La Doctrina administrativa ha señalado que como parte de los elementos objetivos del acto administrativo esta (sic) el fin, la causa y el motivo y que "el acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita, a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico".  
Adicionalmente, "es justamente a través de los motivos que mueven a la Administración del ORIGEN

*dictar sus actos donde se viene a concretar todo el esquema conceptual que hemos expuesto: en ellos ha de aparecer, por una parte, la realidad del presupuesto normativo de hecho a que el acto se aplica, y, por otra, parte, el servicio al interés público específico (sic) que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejercita, servicio cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto, como ya sabemos". 5*

*Al respecto la Ley de Modernización del Estado en su Art. 31 señala el siguiente respecto de la motivación:*

*"Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios."*

*El Acto de Apertura tiene como finalidad cumplir con la potestad expresa que el (sic) otorga la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 3 y su Reglamento, por lo que para efectos de consideración en la resolución de este procedimiento administrativo me permito indicar que:*

*OTECEL, conforme queda demostrado ha cumplido de forma cabal con todas las obligaciones previstas en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y ha respetado conforme lo exige la Constitución y la Ley los derechos de los usuarios, abonados o clientes en todo momento.*

*Conforme consta del Informe Técnico OTECEL S.A. no ha perjudicado a ningún usuario, y por el contrario, el error en la actualización de los mensajes no ha creado confusión alguna a los usuarios ni ha influido en lo más mínimo su comportamiento económico, elementos esenciales para que una conducta de un proveedor sea calificada como engañosa conforme lo ha señalado reiteradamente la Doctrina y la Jurisprudencia.*

*Adicionalmente, la publicidad engañosa es un hecho ilícito tipificado por la Ley de Defensa al Consumidor y que necesariamente debe inducir a engaño, error o confusión al usuario, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, bajo ninguna consideración, ya que OTECEL S.A. ha respetado los derechos de los usuarios, abonados y clientes al cobrar el valor que aplicado los impuestos vigentes tenía derecho a cobrar.*

*Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos anteriores, respecto de la inexistencia de la infracción imputada; y, de forma subsidiaria, por haberse configurado a favor de la Operadora las atenuantes previstas en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lo alegamos expresamente conforme se describe a continuación:*

***"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",***

*OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma causa y efecto.*

***"3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción", y***

*Conforme queda señalado se realizó la corrección del mensaje enviado con la expedición de la Ley de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana, con fecha 22 de junio de 2016 a los usuarios y abonados, por lo que se ha subsanado integralmente el error involuntario en el mensaje de texto enviado, de forma voluntaria y antes de la imposición de la sanción. Se*

adjuntan en el documento las pantallas que evidencia la corrección; de considerarlo pertinente, ARCOTEL puede realizar una prueba para verificar este particular.

**"4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción."**;

Los servicios objeto del presente proceso, fueron cobrados conforme lo establecido, en ese sentido no se ha ocasionado un perjuicio alguno al usuario, ni ha existido un daño técnico en la funcionalidad del producto.

Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "Resolución - Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto."

### 3.- PRUEBA.-

De conformidad con lo previsto en el artículo 127 de la Ley Orgánica (sic) de Telecomunicaciones en concordancia ca el artículo 147 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, solicito que realicen las siguientes diligencias probatorias:

3.1. Se incorpore como prueba a mi favor los detallados en el presente escrito.

### 4.- AUDIENCIA.-

Según lo prevé el artículo 151 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, solicito de forma expresa que se convoque a una audiencia para poder presentar ante su autoridad los alegatos y descargos de forma oral, una vez que hayan sido evacuadas las pruebas solicitada en el numeral anterior.

### 5.- AUTORIZACIONES Y NOTIFICACIONES.-

Autorizo a los abogados Robinson Folleco y María José Ferro Albornoz para que presenten cuanto escrito fuere necesario en el presente trámite administrativo y acudan a las diligencias que se convoquen en defensa de mis intereses.

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el domicilio de OTECEL S.A., ubicado en la ciudad de Quito, en la Av. República y de La Pradera esquina, Edificio Movistar, 5to. Piso".

### 3.2 PRUEBAS:

La Constitución de la República ordena en su artículo 76 número 7, que el derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: "h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra". (Lo resaltado y subrayado me pertenece).

En orden a lo expuesto, las pruebas aportadas y consideradas dentro del presente procedimiento administrativo sancionador son:

## PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, consta como prueba de cargo aportada por la Administración, lo siguiente:

- 1.- Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0044-M de 10 de agosto de 2016.
- 2.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 de 26 de agosto de 2016.
- 3.- La razón de Notificación.

## PRUEBAS DE DESCARGO

- 1.- Los alegatos y descargos que presenta dentro del escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 de 26 de agosto de 2016, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, por parte del Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., ingresado mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002591-E de 19 de septiembre de 2016; en el cual solicita en calidad de diligencia probatoria se incorpore como prueba a su favor, lo detallado en el escrito de contestación.
- 2.- Alegato verbal expuesto el día jueves 29 de septiembre de 2016, a las 15H00, dentro de la Audiencia de Alegatos solicitada por OTECEL S.A.; y, la impresión de la presentación realizada y entregada durante la Audiencia.
- 3.- Pruebas técnicas realizadas el día jueves 29 de septiembre de 2016, a las 15H00, dentro de la Audiencia de Alegatos solicitada por OTECEL S.A.; las mismas que han sido detalladas en el escrito de ratificación de intervenciones ingresado con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003331-E de 30 de septiembre de 2016, y que se adjuntan además en un CD.

### 3.3 MOTIVACIÓN:

**PRIMERO: ANÁLISIS TÉCNICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS EN LA CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA Y EN LA AUDIENCIA SOLICITADA POR LA OPERADORA:**

El área técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante INFORME No. IT-CZO2-AA-2016-0007, remitido al área jurídica con Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0264-M de 11 de octubre de 2016, realizó el análisis de la contestación de la compañía OTECEL S.A. al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005; así como también de los alegatos y pruebas presentadas durante la realización de la Audiencia concedida dentro de la etapa de evacuación de pruebas; en lo principal dicho análisis manifiesta:

**"(...) 3. EN RELACIÓN A LOS DESCARGOS TÉCNICOS.-**

**3.1 CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2016-002591-E DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2016.-**

La Operadora del SMA OTECEL S.A., con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002591-E de 19 de septiembre de 2016, da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, en el que en relación al hecho técnico identificado en el citado Acto, manifiesta lo siguiente:

**3.1.1 PRUEBAS AL SERVICIO DE SMS PREMIUM "TERRA CLUB DIVERSIÓN".**

En las páginas 2, 4, 5, 6 y 7 de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

"...  
2.1. **INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTICULO 117, LITERAL b) NUMERAL 16) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES**

(...)

En el presente caso, tanto en el numeral segundo y numeral sexto del Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, describe las presuntas conductas que se pretende sancionar al señalar afirmativamente que:

1. **UNA SUPUESTA INFORMACIÓN NO CLARA NI PRECISA:** se indica que "la Operadora OTECEL SA. no le está proporcionando al abonado, cliente o usuario, previo a la contratación de servicios a través de SMS PREMIUM, información clara y precisa respecto del valor final a ser cobrado por el servicio respecto de las condiciones del servicio relacionado con el acceso limitado al contenido (...)"

Sin embargo, ni del Acto de Apertura ni del Informe jurídico se comprende cuál es la información imprecisa u oscura que mi representada está entregando a sus usuarios al contratar los servicios de SMS PREMIUM, o cual es la obligación incumplida o derecho de los abonados/usuarios violado. No se detalla en que consiste la confusión, el engaño o el error en que se ha forzado al cliente, abonado o usuario y que ha generado o motivado un comportamiento económico distinto.

2. **PRUEBAS SOBRE MENSAJES DE BIENVENIDA. PRESUNTA FALTA INFORMACION (SIC) SOBRE DESCARGAS:** Se indica sin relación a lo anterior, y sin concordancia alguna que "además en las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenido especifican únicamente la periodicidad de entrega de contenido (diaria, semanal, mensual) pero no mencionan las condiciones acerca de cuanto contenido (cuantas descargas) puede obtener el abonado, cliente o usuario".

Es decir que, según el Informe Jurídico y el Acto de Apertura, la Autoridad comprobó que los mensajes de bienvenida la única información que no se proporciona son cuantas descargas puede obtener el abonado y sobre tal hecho pretende sancionar y en base a tal fundamento emite el procedimiento administrativo de sanción. No existe concordancia lógica con la imputación anterior, pues entonces, la primera imputación resulta en una simple apreciación de la Autoridad y por lo tanto en una arbitrariedad que es expresamente prohibida por la Constitución y la Ley.

**CERTIFICADO**  
QUE ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

FECHA: 11 NOV 2016

Sin embargo, pese a que tanto el Acto de Apertura y su Informe Jurídico dicen sustentarse en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, ninguno de ellos hace relación a las pruebas realizadas por la Autoridad respecto de los servicios SMS PREMIUM. No reflejan los datos reales obtenidos del Informe, y por el contrario deciden sustentarse en ello, aplicando para efectos de imponer una multa de solo partes de aquel violando lo expresamente señalado en el artículo 71 ya que " el dictamen o informe tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad", y según el Art.72 del ERJEFE (SIC) debe contener: a) Resumen de la cuestión objeto de la consulta; b) Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver; y, c) Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada. d) Los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos.

Es decir, que si la autoridad administrativa fundo su voluntad en el Informe debe ceñirse a la información que consta del informe y motivar su acto administrativo en función de la información proporcionada por aquel.

En el presente procedimiento administrativo, se adjunta con el Acto de Apertura, copia simple del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, el cual es impugnado según lo prevé el Artículo 74 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), a través del Acto administrativo contenido en el Acto de Apertura, y respecto del cual, para evitar la indefensión me permito analizar las pruebas realizadas efectivamente por la ARCOTEL y que, se evidenciará que no se relacionan con las presuntas infracciones imputadas en el Acto de apertura:

- **PRUEBA I ARCOTEL (Servicio SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN"):** A través de la línea 0987298476 de la modalidad de prepago, se realizó el 16 de junio de 2016, una suscripción al servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN". De acuerdo al informe técnico de ARCOTEL (pág. 6), luego de la suscripción se recibió un SMS desde el número corto 7676 que establecía lo siguiente:

"Bienvenido te acabas de suscribir a Club Diversión recibirás diariamente 1 SMS. PrecioxDía \$0.37+imp. Para cancelar envía SALIR al 7676".

Se validó por la Autoridad a través del \*100#, el cobro realizado de este servicio cuyo valor fue de \$0.37. ARCOTEL menciona que al ingresar al link <http://goo.gl/txYJK7> se observa un mensaje dentro de la página que indica lo siguiente: "Descarga en tu juegos, videos, música y más contenidos para tu celular Precio por día \$0.32 + imp."

Cabe aclarar que la tarifa de suscripción diaria efectivamente es de \$0.32 + imp, y así lo comunicamos oportunamente a los clientes en el Portal Web de la Compañía y cuyo link se remite al cliente o abonado de forma oportuna.

N°	Plano	Costo	Descripción
1	Activación	\$0.37	Activación de servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN".
2	Cobro	\$0.37	Cobro por día de servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN".
3	Tarifa	\$0.32	Tarifa por día de servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN".

Tabla No. 1

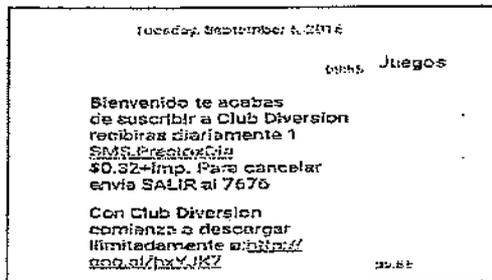
**NOTAS:**

(\*) De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana expedida el 20 de mayo de 2016, según la disposición transitoria primera se incrementó del IVA del 12% al 14% a partir del 1 de junio de 2016.

(\*\*) Se adjunta la pantalla del cobro realizado el 16 de junio de 2016, por la suscripción del Servicio SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN", por limitación del número de decimales en los medios informativos se comunica con 2 decimales, la tarifa.

Fecha	Proveedor	Servicio	Subservicio	Plataforma	Cobro	Tipo	Cobrado US\$	Estado
16/06/2016 12:17	MSP Info	Información	INFO SUSCRIPCION 7676 CLUB DIVERSION	Altaira	NORMAL	Pre Pago	0.366	Cobrado

(\*\*\*): Se adjunta una pantalla en la cual se realizó una prueba y se verifica la corrección de la tarifa en el SMS de texto de bienvenida, este particular lo puede verificar ARCOTEL realizando una prueba de suscripción del servicio en caso que lo considere necesario.



En consecuencia, de las pruebas efectuadas y de conformidad con lo señalado en la Tabla No.1 de este documento, OTECEL S.A. ha comunicado correctamente la tarifa referente a los puntos 1, 2, 3, y respecto a la tarifa informada en el SMS de Texto de Bienvenida del servicio (punto 4 Tabla No. 1), conforme se manifestó oportunamente a la Autoridad de la Arcotel, debido a los cambios generados por La Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana, existió una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa incluido IVA pero desplegando el texto "+ IVA".

Se realizó la corrección del mensaje con fecha 22 de junio de 2016. Sin embargo, el error en este mensaje no generó perjuicio alguno al usuario, abonado o cliente quien pagó por dicho servicio el valor de de (SIC) \$0.366 incluido el IVA.

**ANÁLISIS:**

Al respecto de lo señalado, la Operadora presenta los justificativos en relación a lo evidenciado por la ARCOTEL con la ejecución de una prueba al servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN", a través de la línea 0987298476 de la modalidad de prepago el día 16 de junio de 2016.

Acorde a lo indicado, la tarifa de suscripción diaria es de \$0.32 + impuestos, lo cual coincide con la tarifa informada en el reporte enviado por OTECEL S.A. el día 18 de abril de 2016, fecha anterior a la expedición de la Ley de

ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

Julio, a 11 NOV 2016

Página 23 de 47

REGION LIMA JURIDICO - NORTE

*Corresponsabilidad Ciudadana, esto es \$0.36 incluido IVA (\$0.32 + impuestos (12%) = \$0.3584 o \$0.36 con dos decimales).*

*Respecto al cobro realizado por el servicio, de acuerdo a lo señalado en el Informe IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, este fue de \$0.37 (el saldo antes de ejecutar la prueba fue de \$2.29 y el saldo final de \$1.92, es decir, el valor efectivamente cobrado fue de \$0.37).*

*De acuerdo a los argumentos presentados por la Operadora en su contestación, el cobro ejecutado fue de \$0.366 correspondiente a la tarifa del servicio incluido impuestos (14%, puesto que la prueba fue ejecutada el día 16 de junio de 2016, posterior a la expedición de la Ley de Corresponsabilidad Ciudadana), valor que por limitación del número de caracteres en los medios informativos se comunicó con 2 decimales, esto es \$0.37.*

*Sin embargo, a modo de comprobación, se ha ejecutado el cálculo de dicha tarifa con impuestos incluidos, dando como resultado un valor a cobrar de \$0.3648 (\$0.32 + impuestos (14%)=\$0.3648), mismo que al aplicarle la aproximación respectiva se obtiene un valor de \$0.36<sup>2</sup>, es decir, difiere en \$0.01 del precio efectivamente cobrado de \$0.37, con lo cual se evidencia que la Operadora, además de no proporcionar información clara y precisa respecto del valor final por la contratación de los servicios ofertados, estuvo causando un perjuicio económico al usuario.*

*En este sentido, en el punto 4 de la Tabla No. 1, se manifiesta que debido al cambio del valor del IVA por la expedición de la Ley de Corresponsabilidad Ciudadana, aceptan que se dio una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa con impuesto incluido más el texto "+ IVA", es decir "\$0.37 + IVA", lo cual según señalan fue corregido el día 22 de junio de 2016 con el texto "0.32+imp".*

*Finalmente, es necesario considerar también lo evidenciado en el párrafo anterior, en relación al error en la aproximación del valor por el servicio, puesto que como ya se ha señalado, el valor correcto con impuesto incluido es \$0.3648 (\$0.36 con aproximación a dos decimales).*

### **3.1.2 PRUEBAS AL SERVICIO DE SMS PREMIUM "CLUB YEEHA PORTAL".**

*En las páginas 7, 8 y 9 de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:*

*"...*

- PRUEBA 2 ARCOTEL (Servicio SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL"): A través de la línea 0987298476 de la modalidad de prepago, se realizó el 16 de junio de 2016, una suscripción al servicio de SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL". De acuerdo al informe técnico de ARCOTEL (pág. 11), antes de la suscripción se abrió una pantalla (menú simcard) que indicaba:*

*"Club Yeeha*

*Acepta y descarga los mejores tonos y juegos de Club Yeeha. Unete Ya!*

<sup>2</sup> NORMA TÉCNICA ECUATORIANA NTE INEN 52:2013 – Disposición General 4.1.5: El proceso de redondeo deberá realizarse en una sola etapa, mediante redondeo directo del número más preciso disponible y no en dos o más redondeos sucesivos.

Precio x día \$0.35+imp. Info 1800010568  
 Aceptar Cancelar”.

Luego de la suscripción llegó un SMS desde el número corto 5777 que indicaba (pág. 13) Informe Técnico ARCOTEL:

“Bienvenido te acabas de suscribir a CLUB YEEHA PORTAL recibirás diariamente 1 SMS. Precio x Día \$0.40 + imp. Para cancelar envía SALIR al 5777”

Se validó por la Autoridad a través del \*100#, el cobro realizado de este servicio cuyo valor fue de \$0.39.

En relación con esta prueba, debemos aclarar que la tarifa de suscripción de vigencia diaria a portal web del servicio es de \$0.35 + imp, en este sitio web se puede descargar contenidos multimedia. Con cada cobro al cliente se le asignará un crédito disponible a través del cual podrá descargar el Contenido que elija del portal.

		TARIFA	ACLARACIÓN
1	Pantalla (menú al momento) previo a la contratación	\$0.35 + IVA	Se informa correctamente la tarifa, conforme lo establecido para el servicio.
2	Sms de Texto de bienvenida	\$ 0.40 + IVA	Debido al cambio de IVA por la expedición de la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana existe una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa incluido IVA pero desplegando el texto "+ IVA". Se realizó la corrección del mensaje con fecha 22 de Jun de 2016. Se adjunta la pantalla que evidencia la corrección (**).  Sin embargo el cobro realizado fue de \$0.39 conforme la tarifa establecida para el servicio y de acuerdo a lo verificado por ARCOTEL en el Informe Técnico, en ese sentido no hay perjuicio alguno para el usuario, cabe señalar que la tarifa cobrada es menor a la tarifa comunicada en el SMS de Texto de Bienvenida.
3	Cobro realizado	\$ 0.39 inc. IVA	Con fecha 16 de junio se realizó el cobro de \$0.39 correspondiente a la tarifa del servicio incluido IVA del 14% vigente a dicho fecha (*).
4	Reporte enviado ARCOTEL el 18 de abril de 2016	\$ 0.35 inc. IVA	Se informó la tarifa del servicio incluyendo el 12% de IVA vigente a dicha fecha: 0.35 + 12% IVA = 0.392

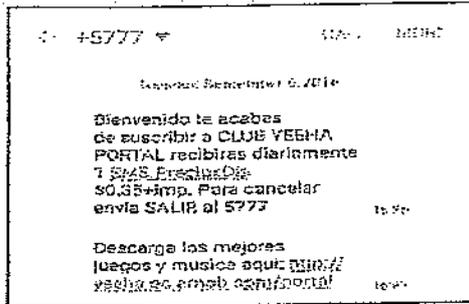
Tabla No. 2

**NOTAS:**

(\*) De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana expedida el 20 de mayo de 2016, según la disposición transitoria primera se incrementó del (SIC) IVA del 12% al 14% a partir del 1 de junio de 2016.

(\*\*): Se adjunta una pantalla en la cual se realizó una prueba y se verifica la corrección de la tarifa en el SMS de texto de bienvenida, este particular lo puede verificar ARCOTEL realizando una prueba de suscripción del servicio en caso que lo considere necesario.

CERTIFICADO  
 DE ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL  
 emitido, a 11 NOV 2016  
 ARLAN NEAL  
 JURÍDICO - NORTE



En conclusión, de conformidad con lo señalado en la Tabla No.2 de este documento, OTECEL S.A. ha comunicado correctamente la tarifa referente a los puntos 1, 3, 4, y respecto a la tarifa informada en el SMS de Texto de Bienvenida del servicio (punto 2 Tabla No. 2), conforme se manifestó existió una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa incluido IVA pero desplegando el texto "+ IVA".

Se realizó la corrección del mensaje con fecha 22 de junio de 2016; cabe recalcar que el cobro realizado fue de \$0.39 INCLUIDO IVA de acuerdo a la tarifa establecida para el servicio, por lo que no existe perjuicio alguno para el usuario.

... "

### ANÁLISIS:

Al respecto de lo señalado, la Operadora presenta los justificativos en relación a lo evidenciado por la ARCOTEL con la ejecución de una prueba al servicio de SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL", a través de la línea 0987298476 de la modalidad de prepago el día 16 de junio de 2016.

Acorde a lo indicado, la tarifa de suscripción diaria es de \$0.35 + impuestos, lo cual coincide con la tarifa informada en el reporte enviado por OTECEL S.A. el día 18 de abril de 2016, fecha anterior a la expedición de la Ley de Corresponsabilidad Ciudadana, esto es \$0.39 incluido IVA ( $\$0.35 + \text{impuestos} (12\%) = \$0.392$  o  $\$0.39$  con dos decimales).

Al respecto del punto 2 de la Tabla No.2, se manifiesta que debido al cambio del valor del IVA por la expedición de la Ley de Corresponsabilidad Ciudadana, aceptan que se dio una actualización errónea en el mensaje de bienvenida del servicio, informando la tarifa con impuesto incluido más el texto "+ IVA", es decir "\$0.40 + IVA", aspecto que fue corregido el día 22 de junio de 2016 con el texto ""\$0.35+imp", con lo cual se confirma que la Operadora no proporcionó información clara y precisa respecto del valor final por la contratación de los servicios ofertados.

En relación al cobro realizado por el servicio, de acuerdo a lo señalado en el Informe IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, este fue de \$0.39, mismo que coincide con el valor informado en el reporte enviado por OTECEL S.A. el día 18 de abril de 2016 (\$0.39 incluido IVA).

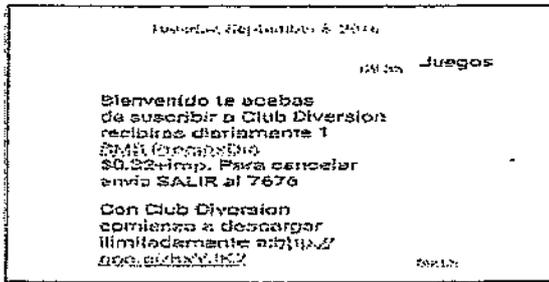
### 3.1.3 CONDICIONES DEL SERVICIO OFRECIDO POR EL INTEGRADOR BINBIT Y SU PRODUCTO "CLUB YEEHA PORTAL"

En las páginas 9, 10 y 11 de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

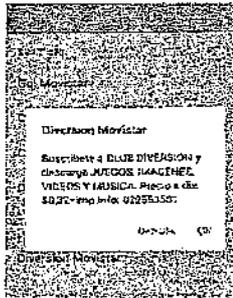
- **PRUEBAS SOBRE MENSAJES DE BIENVENIDA.** Respecto a la conclusión de ARCOTEL citada: "En las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenida especifican únicamente la periodicidad de entrega de contenido (diaria, semanal, mensual), pero no mencionan las condiciones acerca de cuánto contenido (cuantas descargas) puede obtener el abonado, cliente o usuario", es importante aclarar que por limitaciones técnicas de número de caracteres (máximo 150), no se puede colocar toda la información en un mensaje de texto, en sentido para estos 2 productos existen los siguiente (SIC) canales de información con el detalle respectivo de las condiciones.

- **TERRA CLUB DIVERSIÓN**

<http://goo.gl/hxYJK7>, este link es informado en el mensaje de bienvenida.



El canal de captación habilitado para este servicio es través de menú simcard Movistar donde previo a la contratación se indica al cliente tarifa y vigencia del servicio y se detalla que para mayor información marque al 022553501 donde se le entrega toda información relacionada al servicio (pantalla adjunta):



- **CLUB YEEHA PORTAL**

El usuario de Arcotel se suscribió a través del menú simcard Movistar donde previo a la contratación se indica al cliente tarifa y vigencia del servicio y se detalla que para mayor información marque al 1800010568 donde se le entrega toda información relacionada al servicio (pantalla adjunta):

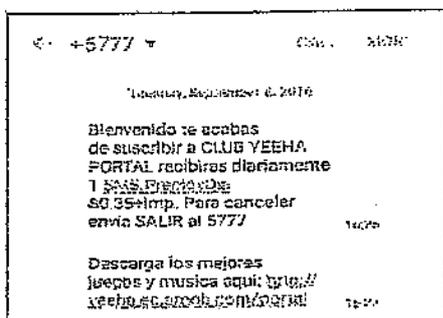
CERTIFICADO  
 QUE ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGEN

Quito, a los 11 de NOV 2016

[Signature]



*<http://veeha.ec.amob.com/portal>, este link es informado en el mensaje de bienvenida.*



*En conclusión, por limitaciones técnicas del número de caracteres (máximo 150), no se puede colocar toda la información en un mensaje de texto, sin embargo, se detalla los canales de información, que contienen los términos y condiciones del servicio.*

*Conforme queda evidenciado y tal como se indicó en párrafos anteriores, ni el Acto de Apertura ni el Informe Jurídico hacen relación a las pruebas realizadas en cada uno de los casos y sus resultados por parte de la Autoridad de la ARCOTEL, se pretende de forma ilegítimamente (SIC) sancionar a mi representadas en base a tipificaciones generales de infracciones no cometidas.*

...

### ANÁLISIS:

*Al respecto de lo señalado, en las páginas 15 y 16 del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0004, se señala en relación a la contratación mediante el menú simcard Movistar del servicio ofrecido por el integrador BINBIT y su producto CLUB YEEHA PORTAL, lo citado a continuación:*

*"... g).- Se realizó una validación para tratar de descargar contenido, y se procedió a la descarga de un tono.*

*El mensaje de bienvenida habla de una suscripción diaria y no especifica las condiciones acerca del contenido que se puede descargar, dado que solo se pudo descargar un tipo de contenido.*

*Al tratar de descargar más contenido, accediendo al link entregado al abonado/cliente-usuario a través de SMS, apareció el mensaje que se muestra en la figura N°24, en el que se indica:*

"No tienes suficientes créditos, por favor, continúe suscrito (sic.) para recibir más" (sic)

Es decir no se le informa al abonado/cliente-usuario previo a la contratación de servicio, cuales (sic) serán las condiciones y limitaciones de acceso al contenido..."

Tomando en consideración lo citado en los párrafos anteriores y lo indicado por la Operadora en su contestación al respecto del servicio proporcionado por CLUB YEEHA PORTAL, "...El usuario de Arcotel se suscribió a través del menú simcard Movistar donde previo a la contratación se indica al cliente tarifa y vigencia del servicio y se detalla que para mayor información marque al 1800010568 donde se le entrega toda información relacionada al servicio..." (Lo subrayado me pertenece). El día 5 de octubre de 2016 a las 11:54, se procedió con la ejecución de una prueba de llamada al número 1800010568, con el fin de solicitar información al respecto de las condiciones del servicio ofrecido por el integrador BINBIT y su producto CLUB YEEHA PORTAL obteniendo de lo manifestado por la persona que atendió la llamada, los resultados a continuación:

**Costo por el servicio:** \$0.39 por día

**Condiciones de uso del servicio:** El servicio proporciona descarga de contenidos multimedia, para lo cual se otorga un crédito diario limitado (no se especifica el valor ni la unidad de medida del crédito), mismo que es acumulable en caso de no hacer uso del mismo.

**Restricciones del servicio:** La única restricción manifestada guarda relación con que el tipo de terminal permita descargar contenido multimedia.

Considerando los resultados obtenidos a través de la prueba realizada, se concluye que en efecto, a través de la línea 1800010568 se puede obtener acorde a lo señalado por OTECEL S.A. en su contestación, información respecto a las condiciones del servicio ofrecido por el integrador BINBIT y su producto CLUB YEEHA PORTAL, es decir, es posible para el abonado/cliente-usuario tener conocimiento de las condiciones y limitaciones de acceso al contenido previo a su contratación. Sin embargo, se debe resaltar que esta verificación no se detalla en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0004.

### 3.1.4 PRESENTACIÓN DE ATENUANTES.

En las páginas 13 y 14 de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

"...

#### 2.2. FALTA DE AFECTACIÓN Y ATENUANTES CONFIGURADOS.-

(...)

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos anteriores, respecto de la inexistencia de la infracción imputada, y, de forma subsidiaria, por haberse configurado a favor de la Operadora las atenuantes previstas en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lo alegamos expresamente conforme se describe a continuación:

"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",

- OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma causa y efecto.

CERTIFICADO  
ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

11 NOV 2016

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

*Conforme queda señalado se realizó la corrección del mensaje enviado con la expedición de la Ley de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana, con fecha 22 de junio de 2016 a los usuarios y abonados, por lo que se ha subsanado integralmente el error involuntario en el mensaje de texto enviado, de forma voluntaria y antes de la imposición de la sanción. Se adjuntan en el documento las pantallas que evidencian la corrección; de considerarlo pertinente, ARCOTEL puede realizar una prueba para verificar este particular.*

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

*Los servicios objeto del presente proceso, fueron cobrados conforme lo establecido, en ese sentido no se ha ocasionado un perjuicio alguno al usuario, ni ha existido un daño técnico en la funcionalidad del producto.*

*Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “Resolución - Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto.”*

*...”*

#### ANÁLISIS:

*En relación a lo señalado, la Operadora OTECEL S.A., presenta como atenuantes, dentro del ámbito técnico las siguientes:*

*a) Atenuante 3, prevista en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

*Al respecto la Operadora presenta las evidencias de la corrección del mensaje enviado con la expedición de la Ley de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana, con fecha 22 de junio de 2016 a los usuarios y abonados, sin embargo como ya se ha determinado en el análisis realizado en el punto 3.1.1 del presente informe, considerando que la tarifa de suscripción diaria al servicio de SMS Premium “TERRA CLUB DIVERSIÓN” es de \$0.32 + impuestos (\$0.36 incluido IVA), el valor efectivamente cobrado fue de \$0.37, identificando de esta manera un perjuicio económico al usuario, en relación al que no se ejecutó compensación alguna, razón por la cual, considerando lo señalado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “(...) 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.(...)” (Lo subrayado me pertenece), se concluye que no se ha ejecutado una subsanación integral de la infracción.*

b) *Atenuante 4, prevista en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

*En relación a lo señalado por la Operadora y tomando en consideración lo indicado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) Para efectos de aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de 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.(...)", se determina que en efecto, al no existir daño técnico no aplica la ejecución de una reparación integral.*

*Sin embargo, considerando que debido a lo evidenciado en el literal a) del presente análisis, no existió subsanación integral de la infracción, puesto que existió un perjuicio económico al usuario, mismo que no ha sido compensado, no aplica la aceptación de la solicitud de la Operadora en relación a lo señalado a continuación: "(...) Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "Resolución - Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto. (...)"*

**3.2 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS PRESENTADOS EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS EFECTUADA EL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2016 A LAS 15H00.-**

*La Operadora del SMA OTECEL S.A., en la Audiencia de Alegatos efectuada el 29 de septiembre de 2016 a las 15H00, realiza una presentación (que se entrega impresa y forma parte del expediente), en la que se exponen los puntos indicados en el escrito presentado como impugnación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, ingresado a la ARCOTEL con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002591-E de 19 de septiembre de 2016, los que ya han sido analizados en el numeral 3.1 del presente informe.*

*Adicionalmente, durante el desarrollo de la Audiencia los representantes de la Operadora realizan pruebas de funcionamiento de los servicios de SMS Premium ofrecidos por el integrador BINBIT y sus productos "TERRA CLUB DIVERSIÓN" y "CLUB YEEHA PORTAL", cuyos respaldos se solicita sean enviados por escrito.*

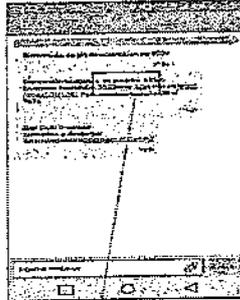
*Los respaldos de las pruebas mencionadas en el párrafo anterior fueron entregados mediante Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003331-E de 30 de septiembre de 2016, que se anexa al expediente y se analiza en el numeral 3.2.1 a continuación.*

**3.2.1 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS PRESENTADOS EN EL DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2016-003331-E DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016.-**

*La Operadora del SMA OTECEL S.A., con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003331-E de 30 de septiembre de 2016, emite como alcance a la impugnación al ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, las consideraciones señaladas a continuación:*

ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL  
11 NOV 2016

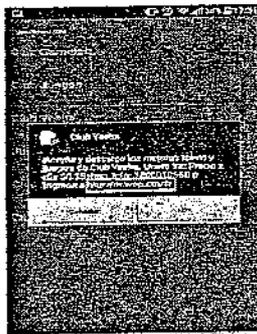
- Se respalda la corrección del texto en el cual se indica la tarifa + impuestos (\$0.32 + imp), en relación al mensaje de Bienvenida al servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN".



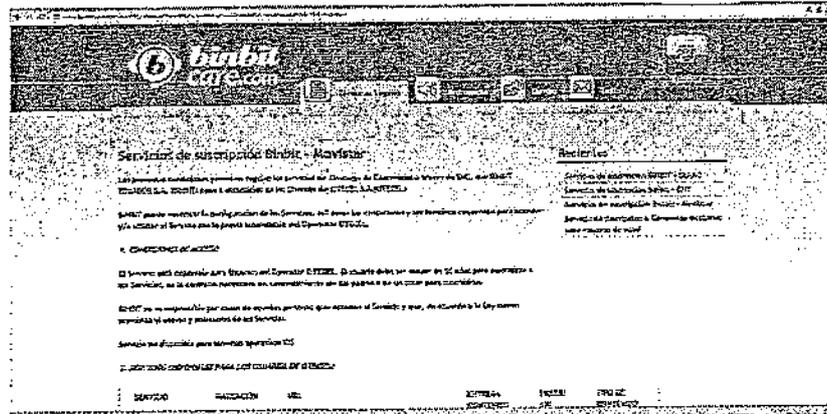
- Se sustenta el valor del cobro realizado por el servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN" en los registros de la plataforma de tarificación ALTAMIRA (\$0.36).

Fecha	Hora	Monto	Detalle
2016-03-23	12:16:23	0.36	...

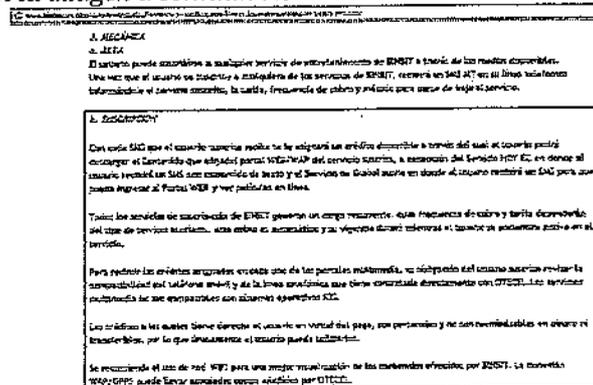
- Se emiten las pruebas del caso para respaldar la agregación del link: <http://m.wap.cm/fz>, en el MENÚ SIMCARD MOVISTAR para el servicio SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL".



Una vez verificado el contenido del enlace <http://m.wap.cm/fz> se puede evidenciar que en el mismo se informa acerca de las condiciones de acceso al servicio, servicios disponibles para los usuarios de OTECEL (se incluye número corto, URL por servicio, contenido entregado, precio (sin impuestos) y tipo de contenido), mecánica del servicio, responsabilidad del servicio, cesión de derechos y derechos de propiedad intelectual.



*En relación a uno de los motivantes de la emisión del ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, específicamente respecto a la falta de información al abonado/cliente-usuario sobre las condiciones y limitaciones de acceso al contenido, en el apartado b. SUSCRIPCIÓN del literal 3. MECÁNICA se señala lo mostrado en la imagen a continuación:*



*Cabe indicar que en la prueba de llamada realizada el día 5 de octubre de 2016 a las 11:54 al número 1800010568, con el fin de solicitar información al respecto de las condiciones del servicio ofrecido por el integrador BINBIT y su producto CLUB YEEHA PORTAL, el operador manifestó entre otros aspectos que el servicio otorga un crédito diario limitado, mismo que es ACUMULABLE en caso de no hacer uso del mismo, aspecto que no ha sido señalado en la información contenida en el enlace <http://m.wap.cm/fe>.*

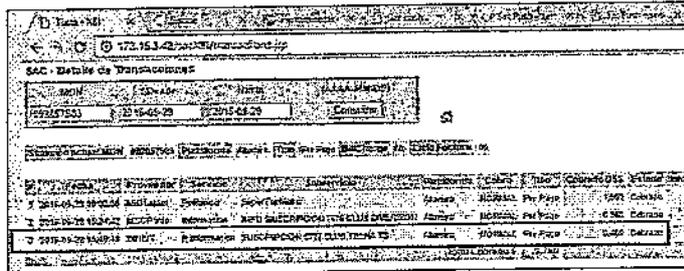
- *Se sustenta la corrección del texto en el cual se indica la tarifa + impuestos (\$0.35 + imp), en relación al servicio de SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL" en el mensaje de Bienvenida al servicio.*



CERTIFICADO  
DE ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL  
Julio, a 11 NOV 2016

REGIONAL ADMINISTRATIVO

- Se sustenta el valor del cobro realizado por el servicio de SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL" en los registros de la plataforma de tarificación ALTAMIRA (\$0.40).



ID	Fecha	Hora	Monto	Estado
1000	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1001	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1002	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1003	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1004	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1005	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1006	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1007	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1008	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1009	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado
1010	2016-04-18	15:45:23	0.39	Completado

Al respecto cabe señalar que el valor por el servicio informado en el reporte enviado por OTECEL S.A. el día 18 de abril de 2016 fue de \$0.39 incluido IVA, sin embargo en la imagen mostrada anteriormente se visualiza que el cobro por el servicio de SMS Premium "CLUB YEEHA PORTAL" es de \$0.40.

### 3.3 ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS.-

- En el ordinal 3 del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002591-E de 19 de septiembre de 2016, mediante el cual el Abogado Lonny Fabián Espinoza Simancas, en su calidad de PROCURADOR JUDICIAL de la Compañía OTECEL S.A., da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, se solicita "... 3.1. Se incorpore como prueba a mi favor los detallados en el presente escrito...", sobre la base de lo señalado es necesario indicar que estos aspectos ya fueron considerados y analizados en el numeral 3.1 del presente informe.
- En el ordinal 3 del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003331-E de 30 de septiembre de 2016, remitido como alcance a la impugnación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, se solicita "3.1. Se incorpore como prueba a mi favor las pruebas técnicas realizadas en la audiencia, las mismas que han sido detalladas en el presente escrito y los documentos que adjunto en un CD.", sobre la base de lo señalado es necesario indicar que estos aspectos ya fueron considerados y analizados en el numeral 3.2 del presente informe.

### 4. CONCLUSIONES.-

- 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. a través del Abogado Lonny Fabián Espinoza Simancas, en su calidad de PROCURADOR JUDICIAL de la compañía, **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 de 26 de agosto de 2016, puesto que se ha confirmado que la Operadora no ha proporcionado información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas.

### 5. RECOMENDACIONES.-

- De acuerdo a lo indicado en el numeral 3.1.1. del presente informe, la tarifa de suscripción diaria al servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN" es de

\$0.32 + impuestos (\$0.36) y el valor efectivamente cobrado fue de \$0.37, evidenciando con lo señalado que la Operadora CAUSÓ UN PERJUICIO ECONÓMICO AL USUARIO, por lo que se recomienda que en el análisis jurídico se considere este hecho como un agravante dentro del procedimiento.

- Se recomienda no aceptar la solicitud realizada por la Operadora en relación a lo señalado a continuación: "(...) Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "Resolución - Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto. (...)"; puesto a que como se ha evidenciado en el numeral 3.1.4 PRESENTACIÓN DE ATENUANTES, del presente informe, la Operadora no ha ejecutado una subsanación integral de la infracción."

**SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO:**

El área jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a través de Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-JCZO2-R-2016-014 de 09 de noviembre de 2016, realiza en lo principal, el siguiente análisis:

"(...) ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS:

- a.- **INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN, FALTA DE MOTIVACIÓN, FALTA DE TIPICIDAD Y DE LEGALIDAD, QUE DERIVAN EN LA GARANTÍA A LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:**

La comparecencia de la compañía OTECEL S.A. se encuentra debidamente legitimada a través de su Procurador Judicial de conformidad con la documentación que se acompaña al escrito de contestación del Acto de Apertura, que consiste en el poder de procuración judicial delegada a su favor; así como las diligencias probatorias solicitadas como prueba a su favor; y, los alegatos expuestos dentro de la Audiencia de Alegatos llevada a cabo el día 29 de septiembre de 2016, a las 15h00, y, las demás constancias actuadas en el procedimiento.

La Operadora señala entre los principales argumentos jurídicos, la inexistencia de la infracción, la falta de motivación del acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador, así como del incumplimiento de los principios de tipicidad y de legalidad, que derivan en la garantía a la seguridad jurídica, así como la violación de expresas normas constitucionales y legales; citando además, normas, doctrina y jurisprudencia relacionada con la motivación de los actos administrativos, llegando inclusive a sostener que "(...) En el presente procedimiento administrativo, se adjunta con el Acto de Apertura, copia simple del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0004 de 5 de agosto de 2016, el cual es impugnabile según lo prevé el Artículo 74 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), a través del acto administrativo contenido en el Acto de Apertura,..."; lo cual evidencia el equivocado análisis del cual parte la Operadora, distrayendo el verdadero sentido del artículo 74 del ERJAFE, que establece que los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la voluntad de la administración no son impugnables.

por otra parte, dicho artículo establece el derecho a impugnar "el acto administrativo" que omitió un informe cuando era necesario o cuando se sustentó en un informe erróneo, es decir la Resolución en la que se exprese la voluntad de la Administración.

La Operadora incurre en un error conceptual cuando afirma que el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador constituye un "acto administrativo" que no se encuentra debidamente "motivado"; criterio que se sustenta en la propia definición de acto administrativo contenida en el Art. 65 del ERJAFE, que dice que acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa. Esta definición no aplica al Acto de Apertura, en razón de que éste no produce efectos jurídicos de manera directa al administrado.

La Operadora asume que todos los actos que emite la administración son actos administrativos, sin tomar en cuenta que de acuerdo con el propio ERJAFE al cual cita recurrentemente, existen otra clase de actos como son: actos de simple administración; contratos administrativos, hechos administrativos; actos normativos; etc.

El acto administrativo es una institución jurídica que forma parte del Derecho Administrativo, rama del Derecho Público que se encarga de regular o normar tanto las actividades de la administración pública como la relación Estado – ciudadano, convirtiéndose en uno de los medios más comunes para manifestar la voluntad del Estado<sup>2</sup>. Nuestro país, en cuanto se refiere a esta institución jurídica, ha adoptado las tendencias de tratadistas españoles como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, y en especial de los argentinos Agustín Gordillo y Roberto Dromi, quienes a través de sus conocimientos han fortalecido el estudio doctrinario, legal y práctico del acto administrativo, de tal forma que sus conceptos y definiciones son la base en torno a la cual se estructuraron nuestras normas jurídicas sobre el acto administrativo y otras instituciones afines.

Estas normas se encuentran plasmadas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), cuerpo legal que tiene como objetivo principal instituir la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.

Es importante aclarar que no todas las actuaciones de la Administración Pública son consideradas como actos administrativos, sino únicamente aquellas que modifiquen o alteren el status jurídico de una persona, es decir, todas las manifestaciones de la autoridad que afecten a sus derechos subjetivos o individuales de las personas, siguiendo así el enfoque restringido del acto administrativo propuesto por la corriente argentina del Derecho Administrativo; aunque en nuestro medio un acto administrativo también puede afectar ciertos derechos objetivos a un determinado conglomerado humano, pero en este caso, son conocidos bajo el nombre de actos normativos. En cambio, las actuaciones arbitrarias, omisiones y retrasos de los funcionarios públicos no son considerados como actos administrativos, pero por el contrario, son justiciables por los medios que establece la ley; siendo un claro ejemplo de esto las vías de hecho, las omisiones, el silencio administrativo y los meros pronunciamientos administrativos.

<sup>2</sup> Notas tomadas de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Técnica Particular de Loja.

Es necesario conocer los aportes brindados por los estudiosos internacionales que se exponen a continuación:

Los españoles García & Fernández (2008) señalan que el acto administrativo es: "(...) La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. (...)"

Para los profesores argentinos:

Dromi (2009): "El acto administrativo es una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa".

En cambio, para el Dr. Agustín Gordillo (2004) el acto administrativo es: "(...) una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata (...)"

Estas definiciones han sido acogidas por nuestra legislación, para la expedición de nuestras normas en materia del acto administrativo y específicamente por el Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva – ERJAFE.

El acto administrativo, a nivel nacional, ha sido también motivo de varios estudios por parte de nuestros tratadistas, cuyos criterios coinciden o concuerdan con los anteriores, los cuales se exponen seguidamente:

El Dr. Marco Morales Tobar (2010) señala que: "Acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular"

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez (2013), al respecto menciona: "Es un acto jurídico especial, y uno de los medios que se vale la administración pública para expresar su voluntad soberana y producir efectos jurídicos"

El Dr. Jorge Zavala Egas, en cambio, se inclina por la definición dada por Gallego y Menéndez (citado por Zavala Egas, 2011) quienes señalan que: El acto administrativo es la Resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto... Acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos".

Pero, en el fondo se puede evidenciar que los tratadistas, sean nacionales o extranjeros, coinciden ampliamente en sus criterios, al momento de definir al acto administrativo; de donde, se puede realizar un análisis a su definición legal, expuesta en el mencionado artículo 65 del ERJAFE, al tenor de los siguientes parámetros:

- **Declaración:** El acto administrativo es una declaración de la voluntad jurídica de la Administración Pública, es decir, el medio legal por el cual el Estado manifiesta su voluntad, sometido por las normas de derecho público competentes a cada uno de sus organismos e instituciones. Esta declaración puede ser de varios tipos de decisiones.
- **Unilateral:** Se dice que el acto administrativo es unilateral porque proviene de una sola voluntad jurídica, siendo exclusiva, en este caso, para las máximas autoridades de los organismos e instituciones públicas.
- **Ejercicio de la función administrativa:** Lógicamente, sólo quienes están en ejercicio de funciones públicas, siendo sus máximos personeros, tendrán la

potestad para expedir actos administrativos, dado que son los representantes legitimados por el Estado para actuar en nombre del mismo y apegados a los deberes, atribuciones y competencias que la Constitución y la ley les confiere.

- **Productor de efectos jurídicos individuales:** Con la expedición de un acto administrativo deviene la creación, modificación o extinción de los derechos y obligaciones del administrado. Como bien lo señala Zanobini (citado por Zavala Egas, 2011): “[...] el acto debe ser productor de efectos jurídicos, porque ese es el efecto propio del ejercicio de toda potestad”.

### **ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y EFECTOS JURÍDICOS**

Los elementos constitutivos y efectos jurídicos del acto administrativo, constan en los artículos 21, 66, 68, 84, 85, 86, 88, 100, 121, 122, 123, 124 y 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y los artículos 76 y 226 de la Constitución de la República.

Si bien la doctrina ha logrado coincidir al momento de definir al acto administrativo, aún no se ha puesto de acuerdo al momento de determinar sus elementos constitutivos; sin embargo de ello, existe el intento de agruparlos en cuatro grandes grupos que son:

1. **Elementos Subjetivos** (La administración pública o el órgano público; la competencia, y la legalidad del titular puesto que sólo la máxima autoridad puede expedir actos administrativos en base a sus competencias y atribuciones);
2. **Elementos Objetivos** (El supuesto o presupuesto de hecho; objeto; causa; fin; motivo, motivación, entre los principales);
3. **Elementos formales** (El procedimiento y la forma del acto administrativo);  
y,
4. **Elementos accidentales** (La condición, el término y el modo).

Con relación a los elementos objetivos merece un especial análisis la **motivación**: es el elemento más importante de todos, porque le otorga al acto administrativo, los elementos fácticos y jurídicos necesarios para que las decisiones de la administración pública gocen de legitimidad y validez. Dicho de otra forma, la motivación permite a la autoridad pública exponer las razones de hecho y de derecho que le sirvieron para tomar una decisión. La motivación goza de esta importancia porque a nivel constitucional es una de las garantías del debido proceso, según lo dispuesto por el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Por otra parte, es necesario destacar que, como lo manifiesta la propia Operadora el Acto de Apertura tiene como finalidad cumplir con la potestad expresa que le otorga la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la cual en su Capítulo III regula y desarrolla el Procedimiento Administrativo Sancionador, dentro del cual, consagra en su Art. 125 la potestad sancionadora de la ARCOTEL, particularmente respecto de la naturaleza y requisitos del acto de apertura, en el Art. 126 dispone taxativamente que: “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 descargos."  
(Lo resaltado me pertenece)

**INSTRUCTIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL**

**"DEL ACTO DE APERTURA**

**Art. 21.- Emisión del Acto de Apertura.-** El documento, Acto de Apertura, deberá identificarse como tal, debiéndose especificar la Coordinación Zonal a la que responde el Organismo Desconcentrado que la emite, la numeración y la fecha en orden cronológico; y contendrá los elementos esenciales del o los hechos sancionables y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho a la defensa.

El Acto de Apertura debe indicar:

- a) El o los hechos que presuntamente constituyen la infracción;
- b) La tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas;
- c) Las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia; y,
- d) El lapso de tiempo para formular los descargos de los que se crea asistido el presunto infractor.

El acto de apertura será elaborado por la Unidad Jurídica y remitido para la suscripción de la Autoridad Administrativa del Organismo Desconcentrado correspondiente. Se adjuntarán obligatoriamente, copia de los informes técnico y jurídico, con los anexos respectivos.

En el acto de apertura se deberá incluir el requerimiento para que el presunto infractor, de manera facultativa, señale el casillero judicial, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo personal electrónico para futuras notificaciones, conforme lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos".

**"DE LA RESOLUCION**

**Art. 30.-** La resolución deberá identificarse como tal, debiéndose especificar la Coordinación Zonal a la que responde el Organismo Desconcentrado que la emite, la numeración y la fecha en orden cronológico; se emitirá dentro del término de veinte (20) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de las pruebas, contado desde el día hábil siguiente desde la notificación de la providencia correspondiente.

Las resoluciones constituyen actos administrativos, por lo que deberán estar debidamente motivadas en derecho, de conformidad con las garantías básicas del debido proceso; deberán contar con un informe jurídico y, cuando se requiera, de un informe técnico previo.

Toda resolución será motivada, bajo pena de nulidad. No habrá tal 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. Las resoluciones se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que condujeron a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

*La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación. (...)*

**JURISPRUDENCIA:**

**"ACTO ADMINISTRATIVO NULO"**

*Para la declaración de acto administrativo nulo se requiere identificar los requisitos sustanciales que son: subjetivos (competencia de la autoridad), objetivos (omisión que altera decisión final) y formales (motivación).*

*"IV SENTENCIA DE MÉRITO (...) 4.4.1.- i) De acuerdo a la doctrina, para que un acto administrativo sea considerado nulo es importante identificar los requisitos sustanciales para la emisión de los actos administrativos, los cuales son: **requisitos subjetivos** en relación a la competencia del titular, **requisitos objetivos** en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin y, **requisitos formales** respecto al procedimiento, forma y la motivación. ii) Dentro de las normas vigentes se establecen como causales de nulidad de un acto administrativo los presupuestos establecidos en el artículo 59 literales a y b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de los cuales se puede identificar en el literal a) el requisito subjetivo previsto en la doctrina, esto es la competencia de la autoridad que expide el acto. En cuanto al literal b), esta causal se refiere a los requisitos formales establecidos en la doctrina, y establece como presupuesto sine qua non, que únicamente existe nulidad cuando la inobservancia de las normas que regulan el procedimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión, es decir que la omisión sea de tal gravedad que altere la decisión final del acto. Por otro lado en otras disposiciones del ordenamiento jurídico también se recogen distintas causas por las cuales un acto administrativo puede estar investido de nulidad, como es el caso de la motivación prevista en la Constitución de la República en su artículo 76, numeral 7 literal l), que reza que las resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas serán nulas (en este aspecto esta Sala Especializada debe señalar que la motivación consiste en la enunciación de los presupuestos de hecho y su vinculación a las normas jurídicas que han sido determinantes para la resolución). En el caso de existir falta de motivación en un acto administrativo, se estaría violentando el debido proceso, conforme la estructura de la actual Constitución.*

*Por otro lado, en el artículo 122 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), se prevé una nulidad similar a la establecida en la norma constitucional la cual obliga a que los actos administrativos que pongan fin a los procedimientos deben ser motivados. Este tipo de nulidad, como ya lo indicamos ut supra son aquellas que la doctrina la identifica dentro de los requisitos formales del acto administrativo (...)" (Subrayado y resaltado me pertenece)*

*En consecuencia, esta Administración afirma de manera enfática y categórica que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, contiene todos los elementos y requisitos descritos en el Art. 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones citados anteriormente; sobre los cuales se destaca que en el ordinal 2 del mismo, constan claramente detallados los fundamentos de hecho que presuntamente constituyen infracción, los fundamentos de derecho entre los cuales*

<sup>3</sup> Resolución No. 0326-2014 Corte Nacional de Justicia Juicio No. 0120-2011.

se citan las disposiciones presuntamente vulneradas; en el ordinal 4 constan expresamente señalados la presunta infracción o tipificación así como la posible sanción; y en la página 11 se efectúa la notificación formal y se establece el término de 15 días laborables para que el presunto infractor formule sus descargos. Sobre los fundamentos de derecho del ordinal 3.2, en éste se citan específicamente las normas presuntamente incumplidas, a las cuales dentro del análisis jurídico constante en el ordinal 6 del acto de apertura, nuevamente se hacen referencia, acto que cuenta con el sustento suficiente de los respectivos informes técnico y jurídico, que forman parte integrante del mismo.

En resumen, esta Agencia ha dado estricto cumplimiento a la Constitución de la República, la cual entre las garantías básicas del debido proceso, dispone que sólo se podrá juzgar a una persona ante autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada "procedimiento", es decir, del trámite contemplado en la propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, con fundamento en el orden jerárquico de aplicación de las normas establecido en el Art. 425 de la Norma Fundamental, no aplica la pretensión de la Operadora, de que dicho acto de apertura deba ser motivado, amparado en el Art. 4 del el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, expedido en el año 2002, que dispone precisamente que "Siempre que la administración dicte actos administrativos, es requisito indispensable que motive su decisión en los términos de la Constitución y este Reglamento (...)" (Subrayado y resaltado me pertenece)

Se aclara una vez más a la Operadora, que no cabe hablar de motivación del acto de apertura, sino del acto administrativo contenido en la respectiva Resolución que ponga fin al procedimiento administrativo sancionador, puesto que el acto de apertura no es una resolución y por lo tanto no contiene "decisión" alguna que deba motivarse, en los términos previstos en el Art. 76, número 7, letra l) de la misma Constitución de la República, que ordena de manera diáfana y terminante que "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas." (Subrayado y resaltado me pertenece)

Se rechaza también lo manifestado por la Operadora, en el sentido que esta Administración aplica de manera discrecional la previsión normativa del artículo 117, letra b), número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, puesto que en el informe jurídico y en el acto de apertura, se describe y determina de forma objetiva el hecho y la conducta que presuntamente constituye infracción; dando estricto cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, particularmente al Art. 125 ibídem, al evidenciarse que en cuanto al Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, cumple con las normas del debido proceso señaladas en la Constitución, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el Instructivo de Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL; en consecuencia, se rechazan por carecer de fundamento jurídico los alegatos y argumentos presentados por la Operadora respecto a la inexistencia de la infracción por falta de motivación, falta de tipicidad, falta de legalidad, y violación del principio de seguridad jurídica del acto de apertura, y tampoco se acepta o reconoce la existencia de violación de expresas normas constitucionales y legales.

**b.- SOBRE LA FALTA DE AFECTACIÓN Y ATENUANTES CONFIGURADOS:**

La defensa de la compañía OTECEL S.A., resalta que:

CERTIFICADO  
QUE ESTE DOCUMENTO ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

Fecha: 11 NOV 2016

*"(...) en el presente caso, no existe afectación, daño o perjuicio al usuario. No existe tampoco la configuración del tipo penal ni imputabilidad a mi representada de la infracción que persigue sancionar el ARCOTEL en el Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0005. (...)*

*Conforme consta del Informe Técnico OTECEL S.A. no ha perjudicado a ningún usuario, y por el contrario, el error en la actualización de los mensajes no ha creado confusión alguna a los usuarios ni ha influido en lo más mínimo su comportamiento económico, elementos esenciales para que una conducta de un proveedor sea calificada como engañosa conforme lo ha señalado reiteradamente la Doctrina y la Jurisprudencia.*

*Adicionalmente, la publicidad engañosa es un hecho ilícito tipificado por la Ley de Defensa al Consumidor y que necesariamente debe inducir a engaño, error o confusión al usuario, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, bajo ninguna consideración, ya que OTECEL S.A. ha respetado los derechos de los usuarios, abonados y clientes al cobrar el valor que aplicado los impuestos vigentes tenía derecho a cobrar.*

*Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos anteriores, respecto de la inexistencia de la infracción imputada; y, de forma subsidiaria, por haberse configurado a favor de la Operadora las atenuantes previstas en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lo alegamos expresamente conforme se describe a continuación:*

***"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",***

*OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma causa y efecto.*

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

*Conforme queda señalado se realizó la corrección del mensaje enviado con la expedición de la Ley de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana, con fecha 22 de junio de 2016 a los usuarios y abonados, por lo que se ha subsanado integralmente el error involuntario en el mensaje de texto enviado, de forma voluntaria y antes de la imposición de la sanción. Se adjuntan en el documento las pantallas que evidencia la corrección; de considerarlo pertinente, ARCOTEL puede realizar una prueba para verificar este particular.*

***"4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.";***

*Los servicios objeto del presente proceso, fueron cobrados conforme lo establecido, en ese sentido no se ha ocasionado un perjuicio alguno al usuario, ni ha existido un daño técnico en la funcionalidad del producto.*

*Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley*

*Orgánica de Telecomunicaciones: "Resolución - Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto. (...)"*

**c.- PRONUNCIAMIENTO EXPRESO RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESUNTO INFRACCTOR:**

Del análisis técnico y jurídico de los argumentos, alegatos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A., se determina que no se ha desvirtuado técnicamente la existencia del presupuesto de hecho que fuera señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, 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 jurídico esgrimidos por la Operadora, se establece como consecuencia jurídica, la responsabilidad de la expedientada en el hecho infractor, esto es la inobservancia de los artículos 22 número 5 y 24 número 27 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, relativos al derecho de los abonados, clientes o usuarios a obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas, y la obligación de la Operadora de proporcionarlos; conducta que se subsume en la infracción tipificada en el mismo cuerpo legal: "Artículo 117.- Infracciones de primera clase, letra b, Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos." (Lo subrayado y resaltado me pertenece).

**d.- ANÁLISIS DE ATENUANTES Y AGRAVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN:**

Con relación al atenuante 1 alegado por OTECEL S.A. señalado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respecto a "*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*"; 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 verifica que efectivamente OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma causa y efecto, en los nueve meses anteriores a la fecha de apertura del presente procedimiento administrativo sancionador.

Con relación al atenuante 2, señalado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respecto a: "*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 las Telecomunicaciones*"; a lo largo del expediente no se verifica la existencia de tal admisión por parte de la Operadora.

Con relación a los atenuantes 3 y 4 alegados por OTECEL S.A. de aquellos señalados en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respecto a "Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción" y "Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.", respectivamente; el área técnica de la Coordinación Zonal 2 en el Informe No. IT-CZO2-AA-2016-0007 de 11 de octubre de 2016, realizó el análisis respectivo, específicamente en el ordinal 3.1.4 PRESENTACIÓN DE ATENUANTES, en el cual determina que:

"(...) ANÁLISIS:

En relación a lo señalado, la Operadora OTECEL S.A., presenta como atenuantes, dentro del ámbito técnico las siguientes:

a) Atenuante 3, prevista en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Al respecto la Operadora presenta las evidencias de la corrección del mensaje enviado con la expedición de la Ley de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana, con fecha 22 de junio de 2016 a los usuarios y abonados, sin embargo como ya se ha determinado en el análisis realizado en el punto 3.1.1 del presente informe, considerando que la tarifa de suscripción diaria al servicio de SMS Premium "TERRA CLUB DIVERSIÓN" es de \$0.32 + impuestos (\$0.36 incluido IVA), el valor efectivamente cobrado fue de \$0.37, identificando de esta manera un perjuicio económico al usuario, en relación al que no se ejecutó compensación alguna, razón por la cual, considerando lo señalado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) 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.(...)" (Lo subrayado me pertenece), se concluye que no se ha ejecutado una subsanación integral de la infracción.

b) Atenuante 4, prevista en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En relación a lo señalado por la Operadora y tomando en consideración lo indicado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) Para efectos de aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de 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.(...)", se determina que en efecto, al no existir daño técnico no aplica la ejecución de una reparación integral.

Sin embargo, considerando que debido a lo evidenciado en el literal a) del presente análisis, no existió subsanación integral de la infracción, puesto que existió un perjuicio económico al usuario, mismo que no ha sido compensado, no aplica la aceptación de la solicitud de la Operadora en relación a lo señalado a continuación: "(...) Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "Resolución - Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado puede abstenerse de la imposición de

sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto.” (...)”

#### 6. RECOMENDACIONES.-

- De acuerdo a lo indicado en el numeral 3.1.1. del presente informe, la tarifa de suscripción diaria al servicio de SMS Premium “TERRA CLUB DIVERSIÓN” es de \$0.32 + impuestos (\$0.36) y el valor efectivamente cobrado fue de \$0.37, evidenciando con lo señalado que la Operadora CAUSÓ UN PERJUICIO ECONÓMICO AL USUARIO, por lo que se recomienda que en el análisis jurídico se considere este hecho como un agravante dentro del procedimiento.
- Se recomienda no aceptar la solicitud realizada por la Operadora en relación a lo señalado a continuación: “(...) Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “Resolución - Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto. (...)”, puesto a que como se ha evidenciado en el numeral 3.1.4 PRESENTACIÓN DE ATENUANTES, del presente informe, la Operadora no ha ejecutado una subsanación integral de la infracción.” (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

En relación a las agravantes que pudieron derivarse de la comisión del hecho infractor en el presente procedimiento administrativo sancionador, y sobre la recomendación del área técnica de la Coordinación Zonal 2, de que se debería considerar como agravante el perjuicio económico causado al usuario; se determina que este se encuentra expresamente señalado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 131, Agravantes, de la siguiente manera: “En el ejercicio de su potestad sancionatoria, igualmente se deberán valorar las siguientes circunstancias agravantes: (...) 2. La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.

#### e.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Sobre la sanción económica que corresponde aplicar, esta se regula sobre la base de la existencia de atenuantes y agravantes previstos en los artículos 130 y 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones analizados en los párrafos anteriores.

Considerando lo indicado en el Artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el monto de referencia se obtiene con base en los ingresos totales de la compañía OTECEL S. A., correspondientes a la declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2015, con relación al Servicio Móvil Avanzado, monto que de acuerdo a lo indicado en el Memorando Nro. ARCOTEL-CTHB-2016-0198-M de 29 de septiembre de 2016, asciende a la cantidad de 596'837.583,23 USD (QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES DÓLARES CON 23/100).

Conforme lo prevé el artículo 121 de la referida Ley, para las infracciones de primera clase, la multa será de entre el 0.001% al 0.03%, del monto de la referencia, por lo que considerando que en el presente caso existe una de las

*cuatro atenuantes que señala el artículo 130 de la Ley de la materia, y una de las 3 agravantes que indica el artículo 131 de la misma Ley, se obtiene que el valor de multa asciende a NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTIÚN DÓLARES 61/100 (99.721,61 USD).*

**f.- RECOMENDACIÓN:**

*Siendo el momento procesal oportuno, dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-A-2016-0005 emitido el 26 de agosto de 2016, se recomienda a la Autoridad Administrativa emitir la resolución imponiendo la sanción establecida en la letra e. (...)”*

No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado, al haberse observado las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República y los requisitos de validez establecidos en la ley, por ser la autoridad competente declaro válido todo lo actuado.

Con base en las anteriores consideraciones y análisis que precede, en ejercicio de sus atribuciones legales,

**RESUELVE:**

**Artículo 1.- ACOGER** el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0007-M de 11 de octubre de 2016 e Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0014 de 09 de noviembre de 2016, 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., es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, al inobservar el derecho de los abonados, clientes o usuarios a obtener información precisa y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas, y, la obligación de la Operadora de proporcionarlos, dispuestos en los artículos 22 número 5 y 24 número 27 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; por lo que se configura la comisión de la infracción administrativa de primera clase, prescrita en el Art. 117, letra b, número 16 de la citada Ley.

**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 USD 99.721.61/100 dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTIUNO CON 61/100), 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.

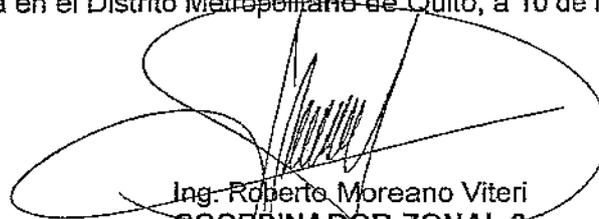
**Artículo 4.- DISPONER** a la compañía OTECEL S.A., que observe el derecho de los abonados, clientes o usuarios a obtener y la obligación de los prestadores de servicios de telecomunicaciones a proporcionar, respectivamente, información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas, expresamente señalados en los artículos 22 número 5 y, 24 número 27 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como las obligaciones constantes en su título habilitante, normativa inherente, y demás disposiciones emitidas por la autoridad competente.

**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. La interposición del Recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 de la Ley citada.

**Artículo 6.- NOTIFICAR** a la compañía OTECEL S.A., cuyo Registro Único de Contribuyentes, RUC es No. 17912556115001, con la presente resolución, en su domicilio ubicado la Av. de la República E7-16 y La Pradera esquina, Edificio Movistar, 9no. Piso, del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Píchincha; así como a la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, y a la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que notifique a las Unidades correspondientes.

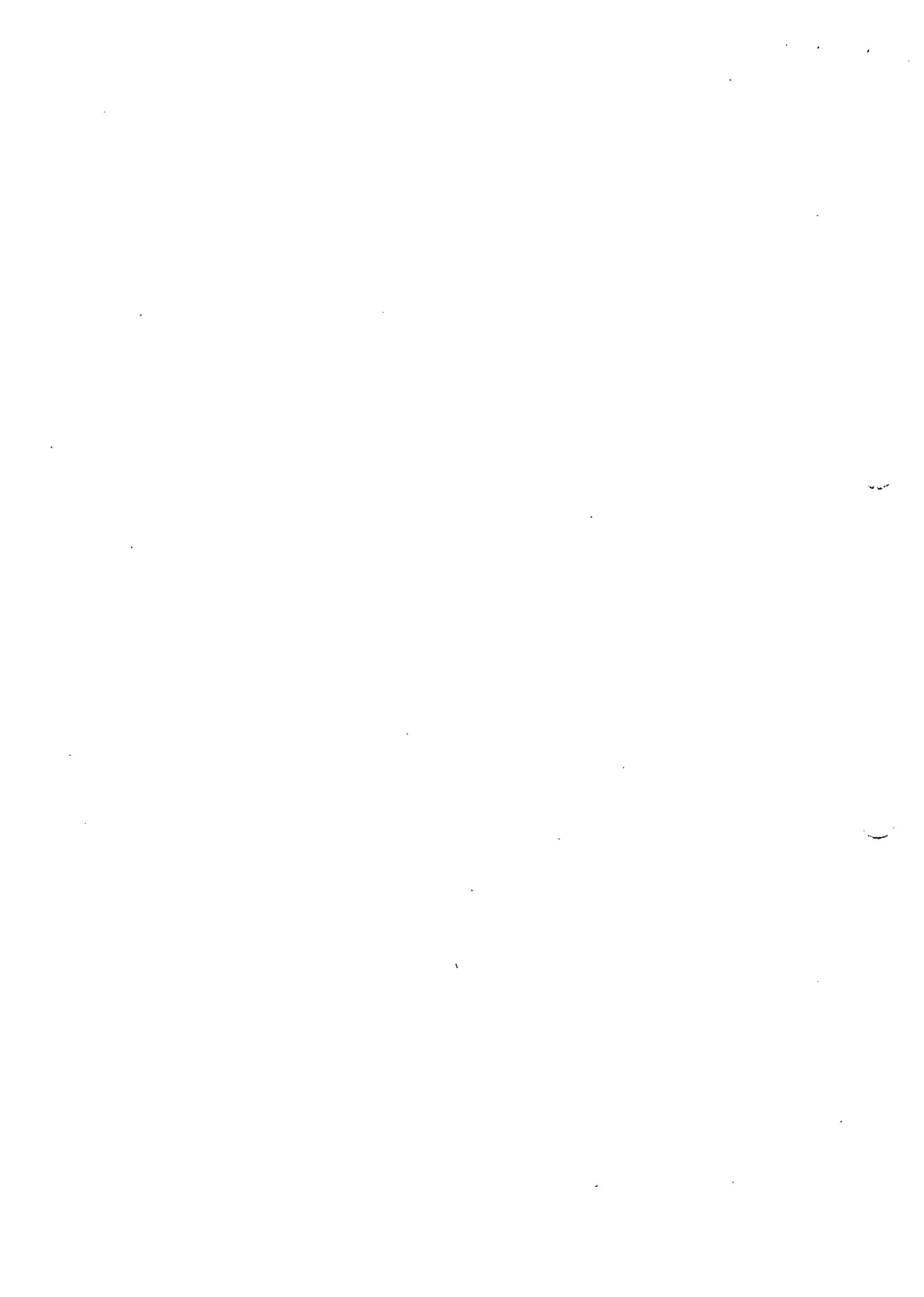
Notifíquese y cúmplase.-

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 10 de noviembre de 2016.



Ing. Roberto Moreano Viteri  
COORDINADOR ZONAL 2  
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS  
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)

QUE ESTE DOCUMENTO ES FIDELIDAD DEL ORIGINAL  
Quito, e 11 NOV 2016  
REGIONAL  
MIRAFLORES NOROCC



**Fe de Errata:**

De la revisión efectuada a la RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-014 de 10 de noviembre de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se ha podido determinar que contiene un error involuntario en el número del Registro Único de Contribuyentes RUC de la compañía OTECEL S.A., (página 47); el cual por ser un error de hecho, es un acto susceptible de rectificación a posteriori, por parte de la misma autoridad que emanó el acto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98 y 170 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, como cuerpo normativo subsidiario de aplicación; razón por la cual, es jurídicamente procedente su rectificación.

En consecuencia, se procede a rectificar de oficio mediante la siguiente Fe de Errata al artículo 6 del Resuelve de dicha Resolución, de la siguiente manera:

**Donde dice:**

**"Artículo 6.- NOTIFICAR a la compañía OTECEL S.A., cuyo Registro Único de Contribuyentes, RUC es No. 17912556115001, con la presente resolución, en su domicilio ubicado la Av. de la República E7-16 y La Pradera esquina, Edificio Movistar, 9no. Piso, del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; así como a la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, y a la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que notifique a las Unidades correspondientes".**

**Debe decir:**

**"Artículo 6.- NOTIFICAR a la compañía OTECEL S.A., cuyo Registro Único de Contribuyentes, RUC es No. 1791256115001, con la presente resolución, en su domicilio ubicado la Av. de la República E7-16 y La Pradera esquina, Edificio Movistar, 9no. Piso, del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; así como a la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, y a la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que notifique a las Unidades correspondientes".**

El resto del contenido de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-014 permanece inalterable; y, los efectos legales de la misma, surten a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Fe de Errata.

Dado en Quito, el 10 de noviembre de 2016.

  
Ing. Roberto Moreano Viteri  
COORDINADOR ZONAL 2  
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS  
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)

