RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2017-001

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 del 30 de noviembre de 2008.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Con relación al Informe No. IT-CCDS-CT-2016-0003, la Coordinación Zonal 2 mediante oficio ARCOTEL-CZO2-2016-0037-OF de 12 de octubre de 2016, solicitó a OTECEL S.A., remitir una copia certificada del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO suscrito entre OTECEL S.A. y SKYPATROL (con todos sus ANEXOS), **así como del documento o medio que contenga la aceptación expresa por parte de SKYPATROL para el cambio de plan tarifario, del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)"**.

Con memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0358-M de 1 de noviembre de 2016, se envió al área jurídica de la Coordinación Zonal 2, el informe técnico IT-CZO2-C-2016-0119, en el que se realiza el análisis de la respuesta de OTECEL S.A. (oficio VPR-13273-2016 ingresado con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-004418-E de 20 de octubre de 2016) a lo solicitado mediante oficio ARCOTEL-CZO2-2016-0037-OF, en el que se concluyó lo siguiente:

«6.- CONCLUSIÓN:

> *OTECEL S.A. no entregó el documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015; confirmando lo señalado en el informe No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016 que indica: "**De la documentación entregada por OTECEL, no se remite un contrato o anexo (físico o electrónico) que constate la aceptación de contratación del nuevo servicio (Paquete M2M 50MB) por parte del usuario el 23 de octubre de 2015 y la terminación del servicio anterior; por lo que la operadora habría cambiado unilateralmente las condiciones contratas** (sic) (Paquete M2M 10MB) por el usuario el 08 de septiembre de 2014 con una vigencia de 24 meses.".»* (Lo resaltado en negrita me corresponde).

1.3 ACTO DE APERTURA

El 11 de noviembre 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-CZO2-2016-0010**, notificado a la Operadora OTECEL S.A. **el 14 de noviembre de 2016**, conforme se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0395-M de 14 de noviembre de 2016.

En el prenombrado Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 se consideró en lo principal lo siguiente:

"(...) Mediante Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-2016-A-0010 de 9 de noviembre de 2016, el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 estableció la procedencia de iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de la empresa Operadora OTECEL S.A., para lo cual realiza el análisis que relaciona los hechos determinados en el Informe Técnico IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016, con las normas jurídicas, garantías básicas del debido proceso y principios generales de derecho, conforme consta del análisis legal que transcribo:

(...)

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

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCONCENTRADO:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*"**Artículo 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 (...)".*

"***Artículo 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.".*

"***Artículo 261.-** El Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones (...)".*

"***Artículo 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)

"***Artículo 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 y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos 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

"Artículo 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.".*

"Artículo 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 contendidos. (...)".*

"Artículo 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." (...)

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 sancionador esa 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.

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 Artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN:

a) Infracción:

"***Artículo 118.- Infracciones de Segunda Clase.-*** *(...)* ***b.*** *Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...)* ***18. Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios...***". (Lo resaltado en negrita me pertenece).

b) Sanción:

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

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

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-CZO2-2016-0010, con documento de ingreso No. ARCOTEL-DEDA-2016-007278-E de 2 de diciembre 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-Z016-0010 de 11 de noviembre de 2016, en los siguientes términos:

2.1. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 118, LITERAL b) NUMERAL 18) DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.-

El artículo 118, literal b) numeral 18) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes:

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

*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. ARCOTEL-CZ02-2016-0010** de fecha 11 de noviembre de 2016, viola expresas normas constitucionales y legales que me permito citar a continuación:*

*El Art. 226 de la Constitución de la República 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[1], 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 tipificado ras 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 es un instrumento que habilita 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**..."[2]. (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, imputa la infracción prevista en el numeral 18 del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por las siguientes conductas:

- *"OTECEL S.A. **no entregó el documento** que valide la aceptación empresa (SIC) de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 1OMG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015; confirmando lo señalado en el Informe IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016 (...).[3]*
- *"(...) la operadora habría **cambiado unilateralmente** las condiciones contratadas (Paquete M2M 10MB) por el usuario el 08 de septiembre de 2014 con una vigencia de 24 meses, conducta con la cual habría incumplido con lo dispuesto en los números 9 y 19 del artículo 22 y numero 2,4 y 28 del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (. . .)"[4]*

Efectivamente como consta del Análisis realizado en el Acto de Apertura, por la Arcotel se citan los numerales 9 y 19 del Artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como fundamento legal de lo anterior, que textualmente dicen:

*"Art. 22: Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (...) numeral: 9.) **A pagar tarifas** de acuerdo con las regulaciones correspondientes y los planes contratados, de ser el caso; (...) numeral 19) A que se **mantengan las condiciones** de prestación de los servicios contratados; los cambios unilaterales en los contratos de prestación de servicios, se considerarán como nulos y no tendrán ningún valor."*

Por su parte, el artículo 24 citado como fundamento legal, señala en sus numerales 2,4, y 28 que:

"Art 24: Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: (...) numeral 2) ***Prestar el servicio*** *de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes. (...) numeral 4)* ***Respetar los derechos*** *de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...) numeral 28)* ***Las demás obligaciones*** *establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes."*

Es decir, que la autoridad de ARCOTEL fundamenta el Acto de Apertura en conductas distintas a las imputadas en los fundamentos de hecho, que se citan tanto en el Informe Técnico NO. IT-CCDS-CT-2016-003 de 4 de agosto de 2016 como en el Informe Jurídico ARCOTEL-JCZ02-A-2016-0010 de 9 de noviembre de 2016. Adicionalmente, dichas conductas ***no constan*** *siquiera del reclamo presentado por SKYPATROL S.A.*

En consecuencia, la ARCOTEL cita de forma general y arbitrariamente los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para tratar de sustentar la aplicación de la infracción prevista en el artículo 118, literal b) numeral 18 de la Ley, sin embargo, no justifica motivadamente su aplicación generando indefensión para mi representada.

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

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**." (la negrita y subrayado es nuestra)*

En este sentido, es importante recalcar, como analizaremos mas adelante, que con el cliente SKYPATROL S.A. ***no se han configurado ninguna de las infracciones imputadas****, por el contrario, OTECEL S.A. ha cumplido con sus obligaciones como prestador de servicios y se ha respetado los derechos de SKYPATROL S.A. en la prestación de los servicios.*

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-CZ02-2016-0010, 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-CZ02-2016-0010, **sin motivación alguna**, al no existir concordancia entre lo presuntamente reclamado por SKYPATROL S.A., las pruebas e inspecciones realizadas por la Autoridad y que constan en el Informe Técnico y lo imputado en el Acto de Apertura. Es decir, no existe congruencia alguna entre los fundamentos de hecho con los fundamentos de derecho que son parte esencial de la emisión del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador.*

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, las cuales son: "La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuada, 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 Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, P. 446, octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997). Habiendo pues 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 (...).[5]

Por otra parte, no existe identificación precisa de que personal jurídica es a la que se imputa la infracción. Según consta del numeral 4 del Informe Jurídico NO. ARCOTEL-JCZO2-A-2016- 0010 se dice textualmente que "Esta área Jurídica de la Dirección Técnica de la Coordinación Zonal 2, estima procedente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra de la ***empresa Pública OTECEL S. A.*** *tras realizar el análisis que relaciona los hechos determinados en el Informe Técnico, con las normas jurídicas, garantías básicas del debido proceso y principios generales de derecho." (negrita y subrayados son míos)*

De conformidad con el principio de personalidad de las sanciones o de responsabilidad personal por hechos propios que rige en el Derecho punitivo, las sanciones administrativas deben dirigirse directamente contra la persona que ha cometido la infracción la cual debe estar debidamente motivada.

En el presente caso, el Acto de Apertura sustenta la apertura del procedimiento administrativo sancionador señalando que "en orden al antecedente, disposiciones jurídicas precedentes y ***acogiendo los informes técnicos y jurídico*** *antes indicados, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emite en su contra el presente Acto de Apertura del procedimiento Administrativo Sancionador, (...)".*

Es decir, que el Acto de Apertura se basa y fundamenta sobre un informe Jurídico que recomienda imputar a la "empresa Pública OTECEL S.A", distinta en naturaleza a mi representada, incurriendo en un grave error que provoca la nulidad del Acto de Apertura.

2.2. CONDICIONES ACORDADAS, FALTA DE AFECTACIÓN Y ATENUANTES CONFIGURADOS.

2.2.1. CONDICIONES ACORDADAS. –

Es necesario resaltar que, en el presente caso, ha existido permanente acuerdo entre OTECEL S.A. y la compañía SKYPATROL desde el 8 de septiembre de 2014. OTECEL S.A. ha prestado de forma continua,

permanente, eficiente el servicio y sobre todo, no ha existido afectación, daño o perjuicio al usuario. Por lo tanto, 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-CZO2-2016-0010.

El cliente SKYPATROL S.A. contrató el Plan CR4-Plan Datos Móviles, el 8 de septiembre de 2014, con las siguientes condiciones:

- *Tarifa Básica $1 + IVA por 10 MB.*
- *Tarifa del Mega Adicional: $ 0.45 + IVA.*
- *Tarifa básica aplicada a cada sim card*
- *Conectividad de Internet abierto.*
- *Oferta no incluye terminales ni aplicación móvil.*

Esta información fue entregada por OTECEL S.A. en reunión mantenida el 26 de abril de 2016 a ARCOTEL, particular que consta en el punto 3.2 Información Remitida por la Operadora del Informe No. IT-CCDS-CT-2016-0003 del 4 de agosto de 2016 (pág. 7).

En relación a la facturación del cliente, conforme consta del detalle a continuación, y que fue puesto en conocimiento de la ARCOTEL, se puede observar se presenta un incremento en la facturación en el corte del 8 de junio del 2015, debido a que no se estaba incluyendo en la facturación lo correspondiente a consumo adicional de datos, pese a que OTECEL S.A. estaba autorizado para incluirlo según consta del Contrato de Prestación de servicios del año 2014.

FACTURAS						
Cod_cliente	Fec.Fact.	Des.Documento	Num.Folio	Debe	Haber	# Líneas
26740002	08/10/2014	Factura Ciclo	001327-10489619	$ 295.63	$ -	54
26740002	08/11/2014	Factura Ciclo	001327-11128233	$ 207.54	$ -	134
26740002	08/12/2014	Factura Ciclo	001327-11741253	$ 148.59	$ -	132
26740002	08/01/2015	Factura Ciclo	001327-12415319	$ 152.20	$ -	142
26740002	08/02/2015	Factura Ciclo	001327-13068568	$ 203.72	$ -	182
26740002	08/03/2015	Factura Ciclo	001327-13734151	$ 246.72	$ -	281
26740002	08/04/2015	Factura Ciclo	001327-14390644	$ 316.89	$ -	283
26740002	08/05/2015	Factura Ciclo	001327-15066770	$ 333.91	$ -	303
26740002	08/06/2015	Factura Ciclo	001327-15764192	$ 1,010.97	$ -	301
26740002	08/07/2015	Factura Ciclo	001327-16454114	$ 6,083.83	$ -	301
26740002	08/08/2015	Factura Ciclo	001327-17195028	$ 6,244.63	$ -	301
26740002	08/09/2015	Factura Ciclo	001327-17944327	$ 6,290.73	$ -	321
26740002	08/10/2015	Factura Ciclo	001327-18713433	$ 2,411.37	$ -	318
26740002	08/11/2015	Factura Ciclo	001327-19512530	$ 1,185.60	$ -	311
26740002	08/12/2015	Factura Ciclo	001327-20314587	$ 866.02	$ -	302
26740002	08/01/2016	Factura Ciclo	001327-21110050	$ 848.52	$ -	251
26740002	08/02/2016	Factura Ciclo	001327-21940888	$ 843.36	$ -	251
TOTAL				$ 27,690.23	$ -	

En la reunión del 26 de abril de 2016 también se explicó cómo se realiza el proceso de facturación, el cliente tiene un detalle por cada línea que se utilizó dentro del periodo de facturación, es importante aclarar que en los casos en que existen altas o bajas de líneas dentro de este periodo, se presenta un valor proporcional. Por esta razón, no necesariamente el valor que se refleja en la factura coincide con la multiplicación de la cantidad de líneas por el valor del paquete.

En lo que se refiere al "cambio de paquete," tal como se indicó en el oficio VPR-13273-2016 ingresado con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-004418-E, el incremento del paquete de 10MG a 50MG, se realizó en total acuerdo con el cliente, luego de varias reuniones y revisiones técnicas con la

compañía con la finalidad de solucionar su inconveniente y mejorar su oferta, considerando sus consumos de datos.

SKYPATROL S.A. acordó en pleno uso de su autonomía de la voluntad, en reunión mantenida el 23 de octubre de 2015 y en tal virtud se realizó el cambio de plan en el sistema. Por lo tanto, este cambio de componente de datos no fue realizado en forma unilateral, el cliente estuvo de acuerdo y tenía conocimiento de las condiciones de este cambio.

Cabe recalcar, que el cliente no ha realizado ningún pago sobre los valores generados del paquete de 50MG. El último pago que registra el cliente, se realiza el 28 de octubre de 2015, como acuerdo realizado en la reunión del 23 de octubre de 2015, correspondiente a la facturación del mes de junio de 2015 referente al componente de 10 MB, en ese sentido, ***no existe perjuicio para el cliente, pues no se realizó ningún cobro a partir del cambio de paquete, todo lo contrario el cliente fue beneficiado a pesar que hizo uso del servicio****.*

Por otro lado, es importante mencionar que al cliente se le aplicaron las siguientes notas de crédito, a pesar de haber utilizado el servicio y que OTECEL S.A. está en pleno derecho de facturar y cobrar:

Código Cliente	Fecha	Documento	Número Folio	Valor
26740002	24/10/2014	Nota Crédito	048333-221005	$ 260.31
26740002	28/09/2015	Nota Crédito	048333-550940	$ 1,010.97
26740002	28/09/2015	Nota Crédito	048333-550944	$ 1,395.51
26740002	30/10/2015	Nota Crédito	048333-608800	$ 5,739.85
26740002	30/10/2015	Nota Crédito	048333-608897	$ 6,244.63
26740002	30/10/2015	Nota Crédito	048333-608899	$ 2,411.37
26740002	30/10/2015	Nota Crédito	048333-608906	$ 3,329.15
26740002	17/02/2016	Nota Crédito	048333-712929	$ 652.92
TOTAL				$ 21,044.71

El 14 de junio de 2016, el ARCOTEL realizó una inspección técnica sobre el sistema de facturación y tasación de OTECEL S.A., en dicha inspección el Ente de Control y Regulación verificó el tráfico incluido y adicional que consumió el cliente, y su facturación correspondiente, en ese sentido el Equipo de Control Tarifario de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones constató ***la correcta facturación sobre el cliente SKYPATROL****.*

Conforme consta del Informe técnico IT-CCDS-CT-2016-0003, en los puntos f) Análisis de Cdrs (pág. 16) y g) Inspección Técnica (pág. 19), que la información de CDRs del cliente corresponde a lo efectivamente facturado, por lo que se ***confirma que no existe error en la facturación****.*

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede concluir que OTECEL S.A. realizó el cambio al paquete de 50MG por negociación con el cliente y en acuerdo con él, para su beneficio. Cabe señalar que no se le ha cobrado sobre esta facturación, a pesar de que el cliente hizo uso del servicio conforme se

evidencia en el tráfico registrado en los sistemas de facturación y tasación de OTECEL S.A., de acuerdo a lo validado por ARCOTEL durante la inspección de 14 de junio de 2016 y conforme se señala en la informe técnico IT-CCDS-CT-2016-0003 que es parte del expediente del presente acto de apertura, en ese sentido no hay perjuicio hacia el cliente, todo lo contrario, se le brindó un beneficio mayor sobre el cual no se le ha cobrado.

2.2.2. FALTA DE AFECTACIÓN:

La Doctrina administrativa ha señalado que como parte de los elementos objetivos del acto administrativo está 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."[6] Adicionalmente, "es justamente a través de los motivos que mueven a la Administración a 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 especifico 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".[7]

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 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.

Adicionalmente, es preciso indicar los hechos que se han afirmado en el reclamo presentado por el cliente SKYPATROL S.A. y que han sido desvirtuados por la Autoridad:

a) *POSIBLES INCONSISTENCIAS EN LA FACTURACIÓN DE PARTE DE OTECEL S.A.: Este hecho fue desvirtuado según las pruebas realizadas por ARCOTEL.,*
b) *LA OFERTA FUE ACEPTADA POR SKYPATROL. El representante de SKYPATROL S.A. señala que la oferta presentada en septiembre de 2014 fue aceptada, en tal virtud el cliente conocía que tenía un paquete de 10MB y que pagaría por cada MB adicional en caso de consumirse.*
c) *El representante legal indica que "posteriormente, y hasta el mes de mayo de 2015, la facturación se apegaba parcialmente a lo contratado*

(promedio $300 dólares por 300SIM), pero en el mes de junio de 2015 (sic), la facturación de OTECEL S.A. se alteró sustancialmente (...)".

Es decir, que en primer lugar la compañía SKYPATROL S.A. sin fundamento alguno, inicia un reclamo infundado y alejado de la realidad, pues OTECEL S.A. facturó correctamente y no existe ninguna inconsistencia. Por el contrario, la compañía SKYPATROL S.A. no ha sido facturada ni cobrada por los valores generados por cada MB generado adicional.

Llama la atención el hecho de que SKYPATROL S.A. alegue que desde el primer mes "se cumplió parcialmente "con el contrato de prestación de servicios, y que no explique porque jamás indicó a OTECEL S.A. que no estaba de acuerdo con las condiciones del contrato suscrito, o que solicite un plan distinto cuando había sido lo expresamente solicitado y acordado.

Por el contrario, los numerales 1 y 4 del Artículo 5 de la Ley de Defensa al Consumidor señalan enfáticamente cuáles son las obligaciones de los consumidores:

1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios; 4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.

Es decir, que estamos frente a un usuario que es una empresa cuyo objeto social es "instalación, desarrollo bajo licencia, asistencia técnica propia o por medio de compañías nacionales y/o extranjeras, de un sistema electrónico de Administración o Control de Flotas de vehículos liviano y/o pesados; y la recuperación de vehículos robados a través de un sofisticado programa de computación y unidades electrónicas" SKYPATROL es una empresa que conoce los servicios que ofrece y debe ser responsable del uso racional y responsable de los servicios que utiliza, tanto más cuando de la oferta y contrato de prestación de servicios, siempre estuvo claro el hecho de que el cliente recibía un paquete especifico, sin embargo, conocía desde el inicio que OTECEL S.A. cobraría en caso de que se trafiquen más MB que los contratados y, conforme queda demostrado SKY PATROL S.A. no ha pagado por el consumo adicional de MB.

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

No existe perjuicio al usuario, por el contrario, se han emitido notas de crédito a favor de la compañía SKYPATROL por un monto total de: USD$$ 21,044.71

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

Los servicios, fueron facturados y cobrados conforme lo establecido en el contrato de septiembre de 2014 y no se han configurado las aseveraciones del Cliente conforme ha sido constatado por la ARCOTEL.

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.

3.- PRUEBA.-

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

1. Adjunto en un cd como prueba a mi favor los siguientes documentos:

- *CONTRATO*
- *PROPUESTA TÉCNICA*
- *FACTURAS EMITIDAS*
- *NOTAS DE CREDITO EMITIDAS*
- *OFICIOS REMITIDOS A LA ARCOTEL*

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. (...)"

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 pruebas de cargo aportadas por la Administración:

1.- Informe Técnico IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0105-M de 15 de septiembre de 2016 y su documentación adjunta.

2.- Informe Técnico IT-CZO2-C-2016-0119 de 1 de noviembre de 2016, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0358-M de 1 de noviembre de 2016 y documentación adjunta.

3.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016.

4.- 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-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre 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-2016-007278-E de 2 de diciembre de 2016; en el cual solicita en calidad de diligencia probatoria se incorpore como prueba a su favor, lo detallado en el CD que contiene la información de descargo.

2.- Alegato verbal expuesto el día martes 13 de diciembre 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.

3.3 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 Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante **Informe No. IT-CZO2-AA-2017-0001,** remitido al área jurídica a través de memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2017-0090-M de 24 de enero de 2017, realizó el análisis de la contestación, alegatos y pruebas presentadas por OTECEL S.A. al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, el que en lo principal establece:

"(...)

3. EN RELACIÓN A LOS DESCARGOS TÉCNICOS.

3.1 CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2016-07278-E DE 2 DE DICIEMBRE DE 2016.-

En el Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-07278-E de 2 de diciembre de 2016, respecto al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, en su parte pertinente OTECEL S.A. manifestó:

"2.2. CONDICIONES ACORDADAS. FALTA DE AFECTACIÓN Y ATENUANTES CONFIGURADOS.

2.2.1. CONDICIONES ACORDADAS. -

(...)

El cliente SKYPATROL S.A. contrató el Plan CR4-Plan Datos Móviles, el 8 de septiembre de 2014, con las siguientes condiciones:

- *Tarifa Básica $ 1 + IVA por 10 MB.*
- *Tarifa del Mega Adicional: S 0.45 + IV A.*
- *Tarifa básica aplicada a cada sim card.*
- *Conectividad de Internet abierto.*
- *Oferta no incluye terminales ni aplicación móvil (...)*

Esta información fue entregada por OTECEL S.A. en reunión mantenida el 26 de abril de 2016 a ARCOTEL, particular que consta en el punto 3.2 Información Remitida por la Operadora del Informe No. IT-CCDS-CT - 2016-0003 del 4 de agosto de 2016 (pág. 7).

En relación a la facturación del cliente, conforme consta del detalle a continuación, y que fue puesto en conocimiento de la ARCOTEL, se puede observar se presenta un incremento en la facturación en el corte del 8 de junio del 2015, debido a que no se estaba incluyendo en la facturación lo correspondiente a consumo adicional de datos, pese a que OTECEL S.A. estaba autorizado para incluirlo según consta del Contrato de Prestación de servicios del año 2014. (...).

En la reunión del 26 de abril de 2016 también se explicó cómo se realiza el proceso de facturación, el cliente tiene un detalle por cada línea que se utilizó dentro del periodo de facturación, es importante aclarar que en los casos en que existen altas o bajas de líneas dentro de este periodo, se presenta un valor proporcional. Por esta razón, no necesariamente el valor que se refleja en la factura coincide con la multiplicación de la cantidad de líneas por el valor del paquete.

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

SKYPATROL S.A. acordó en pleno uso de su autonomía de la voluntad, en reunión mantenida el 23 de octubre de 2015 y en tal virtud se realizó el cambio de plan en el sistema. Por lo tanto, este cambio de componente de datos no fue realizado en forma unilateral, el cliente estuvo de acuerdo y tenía conocimiento de las condiciones de este cambio.

Cabe recalcar, que el cliente no ha realizado ningún pago sobre los valores generados del paquete de 50MG. El último pago que registra el cliente, se realiza el 28 de octubre de 2015, como acuerdo realizado en la reunión del 23 de octubre de 2015, correspondiente a la facturación del mes de junio de 2015 referente al componente de 10 MB, en ese sentido, ***no existe perjuicio para el cliente, pues no se realizó ningún cobro a partir del cambio de paquete, todo lo contrario el cliente fue beneficiado a pesar que hizo uso del servicio.*** *(...).*

El 14 de junio de 2016, el ARCOTEL realizó una inspección técnica sobre el sistema de facturación y tasación de OTECEL S.A., en dicha inspección el Ente de Control y Regulación verificó el tráfico incluido y adicional que consumió el cliente, y su facturación correspondiente, en ese sentido el Equipo de Control Tarifario de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones constató ***la correcta facturación sobre el cliente SKYPATROL****.*

Conforme consta del Informe técnico IT-CCDS-CT-2016-0003, en los puntos f) Análisis de Cdrs (pág. 16) y g) Inspección Técnica (pág. 19), que la información de CDRs del cliente corresponde a lo efectivamente facturado, por lo que se ***confirma que no existe error en la facturación.***

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede concluir que OTECEL S.A. realizó el cambio al paquete de 50MG por negociación con el cliente y en acuerdo con él, para su beneficio. Cabe señalar que no se le ha cobrado sobre esta facturación, a pesar de que el cliente hizo uso del servicio conforme se evidencia en el tráfico registrado en los sistemas de facturación y tasación de OTECEL S.A., de acuerdo a lo validado por ARCOTEL durante la inspección de 14 de junio de 2016 y conforme se señala en la informe técnico IT-CCDS-CT-2016-0003 que es parte del expediente del presente acto de apertura, en ese sentido no hay perjuicio hacia el cliente, todo lo contrario, se le brindó un beneficio mayor sobre el cual no se le ha cobrado.

2.2.2. FALTA DE AFECTACIÓN:

(…)

Adicionalmente, es preciso indicar los hechos que se han afirmado en el reclamo presentado por el cliente SKYPATROL S.A. y que han sido desvirtuados por la Autoridad:

a) *POSIBLES INCONSISTENCIAS EN LA FACTURACIÓN DE PARTE DE OTECEL S.A., Este hecho fue desvirtuado según las pruebas realizadas por ARCOTEL.,*
b) *LA OFERTA FUE ACEPTADA POR SKYPATROL. El representante de SKYPATROL S.A. señala que la oferta presentada en septiembre de 2014 fue aceptada, en tal virtud el cliente conocía que tenía un paquete de 10MB y que pagaría por cada MB adicional en caso de consumirse.*
c) *El representante legal indica que "posteriormente y hasta el mes de mayo de 2015, la facturación se apegaba parcialmente a lo contratado (promedio $300 dólares por 300SIM), pero en el mes de ju junio de 2015 (SIC), la facturación de OTECEL S.A. se alteró sustancialmente (…)".*

Es decir, que en primer lugar la compañía SKYPATROL S.A sin fundamento alguno, inicia un reclamo infundado y alejado de la realidad, pues OTECEL SA facturó correctamente y no existe ninguna inconsistencia. Por el contrario, la compañía SKYPATROL S.A. no ha sido facturada ni cobrada por los valores generados por cada MB generado adicional.".

ANÁLISIS:

Entre otros, OTECEL S.A. manifiesta, en su parte pertinente, que "En lo que se refiere al "cambio al paquete," (...) el incremento del paquete de 10MG a 50MG, se realizó en total acuerdo con el cliente (...) SKYPATROL S.A. acordó en pleno uso de su autonomía de la voluntad, en reunión mantenida el 23 de octubre de 2015 y en tal virtud se realizó el cambio de plan en el sistema. Por lo tanto, este cambio de componente de datos no fue realizado en forma unilateral, el cliente estuvo de acuerdo y tenía conocimiento de las condiciones de este cambio." y además indica "b) LA OFERTA FUE ACEPTADA POR SKYPATROL. El representante de SKYPATROL S.A. señala que la oferta presentada en septiembre de 2014 fue aceptada, en tal virtud el cliente conocía que tenía un paquete de 10MB y que pagaría por cada MB adicional en caso de consumirse. (...)"; sin embargo, no hace referencia en su contestación ni incluye como anexo ningún documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015.

*Cabe resaltar que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016, se inició en contra de OTECEL S.A. sobre la base del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0003 de 4 de agosto de 2016, relacionado con el reclamo presentado por SKYPATROL, en el que la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones recomendó: "a) ... remitir el presente informe a la Coordinación Zonal 2 para análisis jurídico, de los posibles incumplimientos de OTECEL, al identificar que la operadora no tendría documentación que respalde el cambio de plan que realizó el 23 de octubre de 2015 al abonado SKYPATROL."; así como del informe técnico IT-CZO2-C-2016-0119 en el que se concluyó: "**OTECEL S.A. no entregó el documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015; confirmando lo señalado en el informe No. IT-CCDS-CT-2016-0003 de 4 de agosto de 2016...**" (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original).*

*Por lo indicado en el párrafo anterior, los argumentos de OTECEL S.A. que expresan "(...) **no existe perjuicio para el cliente, pues no se realizó ningún cobro a partir del cambio de paquete, todo lo contrario el cliente fue beneficiado a pesar que hizo uso del servicio**. (...)"; así como también de que "(...) **el Equipo de Control Tarifario de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones constató la correcta facturación sobre el cliente SKYPATROL**. Conforme consta del Informe técnico IT-CCDS-CT-2016-0003, (...), que la información de CDRs del cliente corresponde a lo efectivamente facturado, por lo que se **confirma que no existe error en la facturación.** (...)", y lo manifestado en relación a " a) POSIBLES INCONSISTENCIAS EN LA FACTURACIÓN DE PARTE DE OTECEL S.A., Este hecho fue desvirtuado según las pruebas realizadas por ARCOTEL., (...) c) El representante legal indica que "posteriormente, y hasta el mes de mayo de 2015, la facturación se apegaba parcialmente a lo contratado (promedio $300 dólares por 300SIM), pero en el mes de ju junio de 2015 (SIC), la facturación de OTECEL S.A. se alteró sustancialmente (...)".- Es decir, que en primer lugar la compañía SKYPATROL S.A sin fundamento alguno, inicia un reclamo infundado y alejado de la realidad, pues OTECEL SA facturó correctamente y no existe ninguna inconsistencia. Por el contrario, la compañía SKYPATROL S.A. no ha sido facturada ni cobrada por los valores generados por cada MB generado adicional. (...)", no se consideran en el presente análisis ya que no tienen relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010.*

3.1.1 PRESENTACIÓN DE ATENUANTES.-

En la página 10 de la contestación presentada por OTECEL S.A. se manifiesta textualmente lo siguiente:

*"(…) 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

No existe perjuicio al usuario, por el contrario, se han emitido notas de crédito a favor de la compañía SKYPATROL por un monto total de: USD$$ 21,044.71

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

Los servicios, fueron facturados y cobrados conforme lo establecido en el contrato de septiembre de 2014 y no se han configurado las aseveraciones del Cliente conforme ha sido constatado por la ARCOTEL.

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."

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.*

   La operadora manifiesta que "No existe perjuicio al usuario, por el contrario, se han emitido notas de crédito a favor de la compañía SKYPATROL".

   Al respecto, se debe considerar que el Artículo 82 "Subsanación y Reparación" del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece: "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.".

Adicionalmente, como se resaltó en el análisis del numeral 3.1, el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 se fundamenta en que OTECEL S.A. no presentó un documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015. Así entonces, se considera que el atenuante en referencia no opera.

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

La operadora manifiesta que: "Los servicios, fueron facturados y cobrados conforme lo establecido en el contrato de septiembre de 2014 y no se han configurado las aseveraciones del Cliente".

Al respecto, el Artículo 82 "Subsanación y Reparación" del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece: "...se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción."

Como se indicó antes, el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 se fundamenta en que OTECEL S.A. no presentó un documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015; y en ese sentido, no se configura la ocurrencia de daño técnico y por lo tanto, el atenuante en referencia no opera.

3.2 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS PRESENTADOS EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS EFECTUADA EL 13 DE DICIEMBRE DE 2016.-

Durante la Audiencia de Alegatos efectuada a las 15H00 del martes 13 de diciembre de 2016, OTECEL S.A., realiza una presentación (que se entrega en forma impresa y forma parte del expediente), en la que expuso los argumentos indicados en su oficio ingresado con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-07278-E de 2 de diciembre de 2016, como contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010.

En su presentación, en lo estrictamente relacionado con el presupuesto de hecho por el que se emitió el citado Acto de Apertura, manifestó:

- *"...OTECEL S.A. realizó el cambio al paquete de 50MG por negociación con el cliente y en acuerdo con él, para su beneficio; **este cambio de componente de datos no fue realizado en forma unilateral, el cliente estuvo de acuerdo y tenía conocimiento de las condiciones de este cambio.**".*

Argumento que ya se consideró en el análisis efectuado en el numeral 3.1 del presente informe.

3.3 ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS.-

En el ordinal 3 de la contestación efectuada por OTECEL S.A. mediante Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-07278-E de 2 de diciembre de 2016, la operadora indica:

> *"**3.- PRUEBA.-***
> *De conformidad con lo previsto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 147 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, solicito que realicen las siguientes diligencias probatorias:*
>
> *1. Adjunto en un cd como prueba a mi favor los siguientes documentos:*
>
> *• CONTRATO*
> *• PROPUESTA TÉCNICA*
> *• FACTURAS EMITIDAS*
> *• NOTAS DE CREDITO EMITIDAS*
> *• OFICIOS REMITIDOS A LA ARCOTEL"*

Al respecto, se ha llevado a cabo la revisión del CD adjunto al Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-07278-E, identificando que el mismo contiene:

- *Contrato suscrito entre el Representante Legal de SKYPATROL S.A. y OTECEL S.A., el 08/09/2014.*
- *Facturas (PDF) emitidas por OTECEL S.A. a SKYPATROL S.A.*
- *Notas de crédito (PDF) emitidas por OTECEL S.A. a favor de SKYPATROL S.A.*
- *Propuesta Técnico – Económica de CONECTIVIDAD M2M.*
- *Oficios remitidos a la ARCOTEL (VPR-12410 de 20 de junio de 2016 y VPR-13273 de 20 de octubre de 2016)*

Como se resaltó ya en el numeral 3.1 del presente informe, el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016 se inició en contra de OTECEL S.A. sobre la base de la recomendación del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0003 y de la conclusión del Informe Técnico IT-CZO2-C-2016-0119, las que se refieren a que OTECEL S.A. no entregó el documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)", el que no consta dentro de la documentación presentada por OTECEL S.A., que solicita se considere como prueba a su favor.

Por tanto, se considera que las pruebas presentadas por OTECEL S.A. no tienen relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010.

4. CONCLUSIÓN.-

Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A. no desvirtúa técnicamente el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016, puesto que como se indica en los Informes Técnicos IT-CCDS-RS-2016-0003 de 4 de agosto de 2016 e IT-CZO2-C-2016-0119 de 1 de

noviembre de 2016, motivantes del citado Acto de Apertura, OTECEL S.A. no entregó ningún documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015, es decir, la operadora habría modificado los términos del contrato unilateralmente.

5. RECOMENDACIÓN.-

Se recomienda no aceptar la solicitud realizada por la operadora en relación a lo señalado a continuación:

> *"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"*** *(...).*
> >
> > ***"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."*** *(...).*
>
> *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."*

Esto en virtud de que como se ha evidenciado en el numeral 3.1.1 del presente informe, los atenuantes presentados por la operadora no tienen relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010."

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

El área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a través de **Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0001 de 25 de enero de 2016,** en relación a la contestación de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A. ingresada mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007278-E, de 2 de diciembre de 2016; lo manifestado en la audiencia de alegatos y de las demás constancias procedimentales, realiza en lo principal el siguiente análisis:

"(...) El presente procedimiento administrativo sancionador, observa estrictamente las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 76, numeral 7, letra l), de la Constitución de la República que expresa: ***"Art. 76.-*** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)7. El*

derecho a las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (...)";

a. *No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.*

b. *Para poder realizar un análisis detenido de los argumentos de la defensa es necesario que se consideren las disposiciones Constitucionales, legales; y, normativas inherentes.*

c. *La motivación, conforme lo consagra la Constitución de la República, hace necesario analizar los argumentos de descargo esgrimidos, así como las pruebas solicitadas y actuadas, dentro del presente procedimiento administrativo sancionador:*

Constitución de la República.

*El Art. 11, declara: "**El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios**: (...) 9. **El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución**. El Estado, sus delegatarios, **concesionarias** y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares **por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones** de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (...)" (El resaltado en negrita y el subrayado me pertenecen)*

*El artículo 83, dispone que: "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.** (...)"; al respecto la comparecencia de la compañía OTECEL S.A. se encuentra debidamente legitimada a través de su Procurador Judicial de conformidad con la documentación que 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 13 de diciembre de 2016, a las 15h00, y, las demás constancias actuadas en el procedimiento.*

d. *La Operadora, entre sus argumentos alega en el presente procedimiento administrativo sancionador, la inexistencia de la infracción prevista en el artículo 118, literal b) numeral 18) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones por cuanto "... 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"; al respecto, se hace necesario aclarar que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 se emitió con sustento en el hecho fáctico reportado en los Informes No. IT-CCDS-CT-2016-0003 y No. IT-CZO2-C-2016-0119, que al relacionarlo con el derecho, se subsume en el posible incumplimiento de la infracción establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "**Art. 118.- Infracciones de Segunda Clase.-** (...) **b.** Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) **18. Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios...**" (Lo resaltado en negrita me pertenece), esta presunción del cometimiento de una posible infracción, es la que debe afirmarse o desvirtuarse tras la ventilación del respectivo procedimiento administrativo sancionador, que culmina en la expedición de un acto administrativo (resolución); por lo que, existe un equívoco enorme por parte de OTECEL S.A. en la definición de acto administrativo, que según el doctrinario ZANOBINI, en su obra CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, sostiene: "**constituye la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria**"; distinto del acto de simple administración por el cual se da a conocer al administrado, un hecho fáctico que podría vulnerar la legislación o normativa vigente; conforme lo desarrolla el ERJAFE en su artículo 70: "Actos de simple administración.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa **que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que sólo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia**"; por lo que, en la ventilación del procedimiento administrativo sancionador, la empresa operadora OTECEL S.A., en el ejercicio de su derecho a la defensa, debió con la exhibición, de la prueba plena de aceptación, desvirtuar la imputación, señalada en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, lo cual en el presente caso no ha ocurrido.*

e. *Por otra parte, respecto de que en el acto de apertura, la ARCOTEL ha citado "... los numerales 9 y 19 del Artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como fundamento legal de lo anterior, que textualmente dicen: "Art. 22: Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (...) numeral: 9.) **A pagar tarifas** de acuerdo con las regulaciones correspondientes y los planes contratados, de ser el caso; (...) numeral 19) A que se **mantengan las condiciones** de prestación de los servicios contratados; los cambios unilaterales en los contratos de prestación de servicios, se considerarán como nulos y no tendrán ningún valor... ", señalando "(...) que la autoridad de ARCOTEL fundamenta el Acto de Apertura en conductas distintas a las imputadas (...)" y que "(...) dichas conductas **no constan** siquiera del reclamo presentado por SKYPATROL S.A.", se debe indicar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, desarrolla derechos y obligaciones, para los prestadores de servicios públicos como el de telecomunicaciones, consagrados en la Constitución de la República, que es necesario señalarlos en el acto de apertura del procedimiento, ya que sin constituirse específicamente en el elemento constitutivo de la infracción imputada, constituyen elementos de obligatorio cumplimiento, en la prestación de dichos*

servicios; en el presente caso el numeral 19 del artículo 22 de la LOT, indica taxativamente que ***los cambios unilaterales en los contratos de prestación de servicios, se considerarán como nulos y no tendrán ningún valor,*** *lo cual se encuentra además especificamente estipulado en la relación contractual entre el Estado y la Empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., que dice: "(...)* ***CAPÍTULO IX: RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL USUARIO.- Cláusula Cuarenta y Uno.- Derechos de los Usuarios.- CUARENTA Y UNO PUNTO UNO (41.1)*** *En la prestación de los servicios, la Sociedad Concesionaria* ***respetará los derechos de los Usuarios que fueren previstos en el contrato de adhesión, en este Contrato y en el Ordenamiento Jurídico Vigente,*** *será responsable por las acciones que se deriven de la trasgresión o dichos derechos en la prestación de tales servicios, así como por las condiciones deficientes de los productos y servicios que se ofrezcan. (...)* ***CUARENTA Y UNO PUNTO CINCO (41.5)*** *Es derecho de los Usuarios que las condiciones de prestación de los Servicios Concesionados se establezcan en los modelos de contratos de adhesión que deben ser aprobados por el CONATEL.* ***Los usuarios tienen derecho a que los términos de los contratos de adhesión no sean modificados unilateralmente por la Sociedad Concesionaria, para la modificación se requerirá de lo autorización expresa del Usuario por cualquier medio****. Los cambios unilaterales serán nulos y no tendrán ningún valor. (...)" (El resaltado en negrita me pertenece); obligación expresamente contenida en el numeral 4 del Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; consecuentemente, OTECEL S.A., al no haber demostrado fácticamente, que se encontraba autorizado expresamente por la empresa SKYPATROL, para modificar los términos de su contrato de servicios, adecúa su accionar en la infracción administrativa de segunda clase señalada en el acto de apertura de este procedimiento administrativo sancionador.*

f. *La Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S. A., argumenta "... que el Acto de Apertura se basa y fundamenta sobre un informe Jurídico que recomienda imputar a la "empresa Pública OTECEL S.A", distinta en naturaleza a mi representada, incurriendo en un grave error que provoca la nulidad del Acto de Apertura"; se hace necesario, señalar que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, se encuentra dirigido en contra de la Compañía OTECEL S.A., identificada e individualizada con RUC: 1791256115001, y que en ninguna parte hace relación a empresa Pública; por lo que, no existe inconsistencia alguna en cuanto a su identificación; sin embargo de lo expuesto, de un análisis prima faczie del Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0010 de 9 de noviembre de 2016, que forma parte del sustento del Acto de Apertura, este en su número 4 ANÁLISIS JURÍDICO, hace mención a la empresa Pública OTECEL S.A., lo cual evidentemente se constituye en un Lapsus Calami, es decir un error de escritura, que no condiciona en forma alguna la identificación del administrado procedimentado.*

g. *Con respecto a los argumentos señalados en el escrito de contestación de OTECEL S.A., relacionados a las condiciones acordadas y falta de afectación, los que también se expusieron dentro de la audiencia de alegatos realizada, estos se han considerado en el análisis (numerales 3.1 y 3.2) del Informe No. IT-CZO2-AA-2017-0001, remitido al área jurídica a través de memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2017-0090-M de 24 de enero de 2017, en donde en relación a lo alegado sobre las condiciones acordadas, se indica que OTECEL S.A. "... no hace referencia en su contestación ni incluye como anexo ningún documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el*

cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015. (...)", y, en relación a lo alegado sobre la falta de afectación se señala que dichos argumentos "... no se consideran en el presente análisis ya que no tienen relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010.", concluyendo finalmente que "... ***OTECEL S.A. no desvirtúa técnicamente el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 de 11 de noviembre de 2016,*** *puesto que como se indica en los Informes Técnicos IT-CCDS-RS-2016-0003 de 4 de agosto de 2016 e IT-CZO2-C-2016-0119 de 1 de noviembre de 2016, motivantes del citado Acto de Apertura,* ***OTECEL S.A. no entregó ningún documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015, es decir, la operadora habría modificado los términos del contrato unilateralmente.****"; criterio que siendo compartido jurídicamente, establece la verdad material del presupuesto de hecho imputado en el Acto de Apertura.*

h. *En relación a las pruebas que la Operadora OTECEL S.A. argumenta en su escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, en donde indica:*

"1. Adjunto en un cd como prueba a mi favor los siguientes documentos:

- *CONTRATO*
- *PROPUESTA TÉCNICA*
- *FACTURAS EMITIDAS*
- *NOTAS DE CREDITO EMITIDAS*
- *OFICIOS REMITIDOS A LA ARCOTEL"*

El área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en el numeral 3.3 del Informe No. IT-CZO2-AA-2017-0001, ha realizado el análisis de las citadas pruebas estableciendo que "... se ha llevado a cabo la revisión del CD adjunto al Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-07278-E, identificando que el mismo contiene:

- *Contrato suscrito entre el Representante Legal de SKYPATROL S.A. y OTECEL S.A., el 08/09/2014.*
- *Facturas (PDF) emitidas por OTECEL S.A. a SKYPATROL S.A.*
- *Notas de crédito (PDF) emitidas por OTECEL S.A. a favor de SKYPATROL S.A.*
- *Propuesta Técnico – Económica de CONECTIVIDAD M2M.*
- *Oficios remitidos a la ARCOTEL (VPR-12410 de 20 de junio de 2016 y VPR-13273 de 20 de octubre de 2016)*

Como se resaltó ... OTECEL S.A. no entregó el documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)", el que no consta dentro de la documentación presentada por OTECEL S.A., que solicita se considere como prueba a su favor.- Por tanto, se considera que las pruebas presentadas por OTECEL S.A. no tienen relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010."; por lo que al no existir el elemento fundamental para desvirtuar la imputación realizada, esto es, la aceptación expresa de SKYPATROL. S.A. para el cambio de las condiciones del contrato suscrito con OTECEL S.A., el cometimiento de la infracción materia de este procedimiento administrativo sancionador está confirmada.

Concluyendo; de lo actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador, se establece la verdad material del hecho infractor imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010; que en estricta observancia y apego a derecho, no ha sido justificado ni desvirtuado; ya que la empresa OTECEL S.A., no ha exhibido el documento relacionado con la aceptación expresa de la empresa SKYPATROL S.A., para el cambio de las condiciones del contrato suscrito.

i. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESUNTO INFRACTOR:

Del análisis técnico y jurídico de los argumentos, alegatos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A., se determina que la Operadora no ha desvirtuado la existencia del presupuesto de hecho que fuera señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, emitido para la determinación de la presunta infracción; sumado al aval de presunción de responsabilidad y legitimidad de la que goza el informe técnico; y además, considerando que se ha materializado el derecho a la defensa por parte del administrado y al haberse rebatido todos los argumentos y alegatos de carácter técnico y jurídico esgrimidos por la Operadora; se establece como consecuencia jurídica de la existencia del hecho infractor y la responsabilidad de la expedientada, es decir que la empresa OTECEL S.A. ha modificado unilateralmente los términos del contrato de suscrito con la empresa SKYPATROL, ya que no ha obrado dentro del procedimiento administrativo sancionador, el documento que justifique el cambio del paquete de 10MG a 50 MG ejecutado el 23 de octubre de 2015; configurándose la comisión de la infracción de Segunda Clase tipificada en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, letra b, número 18: "Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios, así como dejar espacios en blanco en los contratos suscritos.".

j. ANÁLISIS DE ATENUANTES Y AGRAVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN:

Respecto de las tres atenuantes invocadas por la representación legal de la persona jurídica expedientada, OTECEL S.A., la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro del procedimiento administrativo sancionador, considera en su artículo 130: "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****... 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*" (El resaltado en negrita me pertenece).

*Con relación a la circunstancia **atenuante 1**, el área jurídica de esta Coordinación Zonal 2 ha procedido a la revisión del Sistema de Infracciones y Sanciones institucional y de los archivos de esta Agencia, de la cual se desprende que OTECEL S.A., no ha sido sancionada por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.*

*Respecto a las **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-CZ02-AA-2017-0007 de 23 de enero de 2016, realizó el análisis respectivo, específicamente en el ordinal 3.1.1 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.

La operadora manifiesta que "No existe perjuicio al usuario, por el contrario, se han emitido notas de crédito a favor de la compañía SKYPATROL".

Al respecto, se debe considerar que el Artículo 82 "Subsanación y Reparación" del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece: "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.".

Adicionalmente, como se resaltó en el análisis del numeral 3.1, el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 se fundamenta en que OTECEL S.A. no presentó un documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015. Así entonces, se considera que el atenuante en referencia no opera.

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

La operadora manifiesta que: "Los servicios, fueron facturados y cobrados conforme lo establecido en el contrato de septiembre de 2014 y no se han configurado las aseveraciones del Cliente".

Al respecto, el Artículo 82 "Subsanación y Reparación" del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece: "...se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a

través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción."

Como se indicó antes, el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 se fundamenta en que OTECEL S.A. no presentó un documento que valide la aceptación expresa de SKYPATROL S.A. para el cambio del "paquete 10MG (M2M)" al "paquete 50MG (M2M)" ejecutado el 23 de octubre de 2015; y en ese sentido, no se configura la ocurrencia de daño técnico y por lo tanto, el atenuante en referencia no opera. (...)

5. RECOMENDACIÓN.-

Se recomienda no aceptar la solicitud realizada por la operadora en relación a lo señalado a continuación:

> *"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"*** *(...).*
> >
> > ***"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."*** *(...).*
>
> *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."*

Esto en virtud de que como se ha evidenciado en el numeral 3.1.1 del presente informe, los atenuantes presentados por la operadora no tienen relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010."

Consecuentemente, en este Procedimiento Administrativo Sancionador, estas atenuantes no se aplican; por lo que de lo obrado se establece expresamente ***UNA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE*** *a favor de OTECEL S.A.*

Por otro lado, por el hecho imputado en el presente procedimiento administrativo sancionador, se considera que no existe ninguno de los tres agravantes establecidos en el artículo 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

k. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Sobre la sanción económica que corresponde aplicar, esta se regula sobre la base de la existencia de uno de los atenuantes previstos en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones desarrollado anteriormente.

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 segunda clase****, la multa será de entre el 0,031% al 0,07%, del monto de 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 no existen ninguna de las agravantes que indica el artículo 131 de la misma Ley, se obtiene que el valor de multa asciende a DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SIETE DÓLARES 15/100 (USD 272.307,15).*

I. RECOMENDACIÓN:

Siendo el momento procesal oportuno, dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010 emitido el 11 de noviembre de 2016, se recomienda a la Autoridad Administrativa emitir la resolución imponiendo la sanción económica arriba enunciada. (...)"

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-2017-0001 de 23 de enero 2017; e, Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0001 de 25 de enero de 2017, emitidos por las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la compañía OTECEL S.A. realizó la modificación unilateral de los términos del contrato para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, suscrito con la empresa SKYPATROL S.A., por lo que, es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0010, configurándose la comisión de la infracción de segunda clase, prescrita en el Artículo 118, letra b, número 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. *"**Modificar unilateralmente los términos de los contratos de servicios que se suscriben con sus usuarios (...)**"*.

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

gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

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

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

Notifíquese y cúmplase.-

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 27 de enero de 2017.

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

Elaborado por:	*Revisado por:*
Ab. Henry Jami	*Ing. Ivonne Vásquez*
Ab. Eduardo Carrión	*Ing. Byron Avilés*