

## RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002

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

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0206-M, de 28 de octubre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, puso en conocimiento de la Coordinación Zonal 2 el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075, de 17 de octubre de 2016, en el cual, se consolidó los resultados de la verificación de la recepción de los reclamos de la marca TUENTI en los Centros de Atención al Usuario y Call Center de la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., realizadas por las Coordinaciones Zonales 2, 4 y 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el que se concluye lo siguiente:

"(...)

## 4. CONCLUSIÓN

- Se realizaron verificaciones en varias ciudades, con el objeto de validar que los abonados/clientes o usuarios de la operadora OTECEL S.A. tengan la posibilidad de presentar reclamos de manera presencial en los Centros de Atención al Usuario o a través de algún Call Center, de la marca comercial TUENTI, determinándose que en ocho (8) Centros de Atención al Usuario de OTECEL S.A. de la ciudad de Quito, en dos (2) Centros de Atención al Usuario de OTECEL S.A. en la ciudad de Guayaquil y un (1) centro de atención al Usuario de OTECEL S.A. en la ciudad de Cuenca no se receptan reclamos de usuarios de la marca comercial TUENTI, los puntos donde se detectó el inconveniente son:

No.	Ciudad	Nombre del local	Dirección	Fecha y hora de la inspección
1	Quito	C.C. Condado Shopping - Isla Tuenti y CAU Movistar	Av. De la Prensa y Av. Kennedy, Nivel 3 Pasillo frente a Banco Pichincha	01-jun-15 10:20
2	Quito	Centro de Atención al Usuario Carcelén	Av. Diego de Vásquez N77-592 y Antonio Núñez Ref. Entre Servipagos y Supermaxi	01-jun-16 11:04
3	Quito	CAC Express C.C. El Jardín	Av. Río Amazonas y Av. De la República, Centro Comercial el Jardín local 2do. Piso locales C223- C226	01-jun-16 12:45
4	Quito	CAC Express C.C. Quicentro	Av. 6 de Diciembre Naciones Unidas, Centro Comercial Quicentro Shopping Planta Alta Local 9 No.P1-04	02-jun-16 14:15
5	Quito	CAC Express C.C. Iñaquito	Av. Río Amazonas y Av. Naciones Unidas, Centro Comercial Iñaquito LC 223-224	02-jun-16 14:45
6	Quito	CAC Comunikt C.C. San Luis	Av. General Rumiñahui Centro Comercial San Luis local N1-151	01-jun-16 13:00
7	Quito	CAC Avante Scala C.C. Scala	Cumbayá Vía Interoceánica km 12 1/2 Centro Comercial Scala Local L133 Planta Baja	01-jun-16 14:45
8	Quito	CAC Movistar Matriz - República y Pradera	Av. De la República y La Pradera (Esquina)	03-jun-16 10:04
9	Guayaquil	Riocentro Norte	Av. Francisco de Orellana y Guillermo Pareja	03-jun-16 10:18
10	Guayaquil	Mall del Sol	Av. Joaquín Orrantía	03-jun-16 11:08
11	Cuenca	CAU DE OTECEL S.A.	Calle Simón Bolívar 7-55 y Luis Cordero	01-jun-16 12:30

Por lo indicado anteriormente se concluye que la operadora OTECEL S.A. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año, siendo lo publicitado en hojas volantes y páginas Web por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter)."

### 1.3. ACTO DE APERTURA

En fecha 29 de noviembre del 2016, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011,

notificado a la Operadora OTECEL S.A. el mismo 29 de noviembre del 2016, de conformidad con la razón que consta en el certificado de entrega que consta en el expediente del presente procedimiento.

En el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, se consideró en lo principal lo siguiente:

*"(...) Mediante Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0011 de 28 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 operadora OTECEL S.A., para lo cual realizó el análisis que relaciona los hechos determinados en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, con las normas jurídicas, garantías básicas del debido proceso y principios generales de derecho, conforme consta de la parte correspondiente al análisis legal que transcribo:*

*"4.- ANÁLISIS JURÍDICO.- (...) De conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General y el Título Habilitante, constituye obligación de la operadora OTECEL S.A., respetar los derechos de los abonados clientes o usuarios del servicio de telecomunicaciones, recibiendo y atendiendo los reclamos e inquietudes de los usuarios, de acuerdo a lo estipulado en su título habilitante, y lo prescrito en el ordenamiento jurídico.*

*Conforme lo dispuesto en los artículos 125 y 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otras, la potestad de ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, catalogados constitucionalmente como públicos, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo señalado en los correspondientes títulos habilitantes; y, la de sancionar a las personas naturales y jurídicas que incurran en las infracciones señaladas en la citada Ley. De los artículos transcritos en los acápites que anteceden, se desprende que los prestadores tienen el deber de brindar el servicio autorizado cumpliendo lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General y los títulos habilitantes en donde se impone obligaciones, responsabilidades, normativa y procedimientos que se debe cumplir y observar, que se sujetan al control y de ser el caso, al establecimiento de responsabilidades si se comprueba un conducta contraria al ordenamiento jurídico.*

*En ejercicio de las referidas atribuciones legales y con sustento en lo expuesto, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL ha procedido a consolidar los informes de las Coordinaciones Zonales 2, 4 y 6 y a elaborar el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, relacionado con la VERIFICACIÓN DE LA RECEPCIÓN DE RECLAMOS DE LA MARCA COMERCIAL "TUENTI" EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO Y CALL CENTER DE OTECEL S.A., en el que se concluye que "...en ocho (8) Centros de Atención al Usuario de OTECEL S.A. de la ciudad de Quito, en dos (2) Centros de Atención al Usuario de OTECEL S.A. en la ciudad de Guayaquil y un (1) centro de atención al Usuario de OTECEL S.A. en la ciudad de Cuenca no se receptan reclamos de usuarios de la marca comercial TUENTI, (...) Por lo indicado anteriormente, se concluye que la operadora OTECEL S.A. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días*

del año, siendo lo publicitado en hojas volantes y páginas Web por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter). Esta conducta, contravendría claras y expresas estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en su Cláusula doce, que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria, específicamente en lo establecido en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12).

La relación entre el hecho informado y el derecho lesionado, que se subsume en la presunta infracción atribuida a la operadora OTECEL S.A., se encuentra tipificada en el artículo 118, letra b), numeral seis (6) que manifiesta:

**"Artículo 118.- Infracciones de Segunda Clase.**

(...)

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

**6. No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas a los títulos habilitantes.** (Lo resaltado fuera del texto original)

(...)

Por el análisis precedente, el área jurídica considera la presunción de incumplimiento de las obligaciones determinadas en el título habilitante, específicamente en las Cláusulas Doce, numerales Doce Punto Once (12.11) y (SIC) Doce Punto Doce (12.12), que guardan relación con las obligaciones determinadas en la ley (SIC) Orgánica de Telecomunicaciones:

**"Artículo 24 (SIC).- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.**

Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual derive tal carácter, los siguientes:

**1. Garantizar el acceso igualitario y no discriminatorio a cualquier persona que requiera sus servicios. (...)**

**3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes. (...)**

**19. Garantizar la atención y resolución oportuna de los reclamos formulados por sus abonados o usuarios, conforme los plazos que consten en la normativa o títulos habilitantes. (...)**

**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.”**

*Por lo que, de confirmarse el hecho presumiblemente infractor y la responsabilidad de la operadora OTECEL S.A., como ya se indicó en los párrafos anteriores, esta incurriría en la infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b) número 6de (SIC) 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**

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

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

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

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

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

que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”.

## LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

**Artículo 116.-** Los incisos primero y segundo, determinan: “**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.-** Los incisos primero y segundo, determinan: “**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

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

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

**“Art. 83.- Resolución.-** La resolución del procedimiento administrativo sancionador deberá estar debidamente motivada y contendrá la expresión clara de los fundamentos de hecho y de derecho que sirvan para la imposición o no de la sanción que corresponda conforme lo previsto en la Ley y de ser el caso, en las infracciones y sanciones estipuladas en los respectivos títulos habilitantes. (...) Sin perjuicio de las decisiones adoptadas por la ARCOTEL, los usuarios podrán interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios.”.

## RESOLUCIONES ARCOTEL

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

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *“Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De La Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.”*

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

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

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

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

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

**"Artículo 10. Estructura Descriptiva**

(...)

**2. NIVEL DESCONCENTRADO**

**2.1. PROCESO GOBERNANTE**

(...)

**I. Misión:**

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

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

**III. Atribuciones y responsabilidades:**

(...)

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

**2.2. PROCESO SUSTANTIVO**

**2.2.1. Nivel Operativo**

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

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

**III. Atribuciones y Responsabilidades:**

(...)

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

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

"(...)

**Disposiciones específicas**

(...)

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

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

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para iniciar, sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre procedimientos administrativos sancionadores; tomando en cuenta además que, conforme consta indicado en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0206-M de 28 de octubre de 2016, las verificaciones se realizaron en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca.

## 2.2. PROCEDIMIENTO

El artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala: ***Potestad sancionadora.-*** *Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador. El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor.”*

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

### 2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

Con la finalidad de establecer la presunta infracción y sanción correspondientes, establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se deberá considerar lo siguiente:

#### LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

##### *(...) DISPOSICIONES TRANSITORIAS*

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

#### CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE LA OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A.

*(...) CAPÍTULO IV: OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.- (...) DOCE PUNTO ONCE (12.11) Recibir y atender los reclamos de los Usuarios, en días y horas hábiles, los que podrán hacerse mediante atención presencial en los centros de atención al usuario en los días y horas en los que exista atención al público para venta de servicios, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), estos dos últimos con atención durante veinticuatro (24) horas, todos los días del año; DOCE PUNTO DOCE (12.12) Dentro de los dos primeros años de la entrada en vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria deberá instalar centros de atención al usuario propios o de terceros, por lo menos, en cada provincia, que podrán ser compartidos con la venta de productos, con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos. En aquellas ciudades donde el número de habitantes sea mayor de cincuenta mil (50.000) se deberá instalar un centro de atención al usuario. Por cada doscientos mil (200.000) habitantes adicionales, se instalará un nuevo centro de atención al usuario; (...) VEINTISIETE PUNTO TRES (27.3) En cualquier caso, la Sociedad Concesionaria siempre será la responsable ante los Usuarios y ante los organismos de control, regulación y administración por la prestación de los Servicios Concesionados en los términos definidos en el presente Contrato y la Legislación Aplicable. (...)"*

#### PRESUNTA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

Considerando lo determinado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones:

**"Artículo 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.**

Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual derive tal carácter, los siguientes:

1. Garantizar el acceso igualitario y no discriminatorio a cualquier persona que requiera sus servicios. (...)

3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes. (...)

19. Garantizar la atención y resolución oportuna de los reclamos formulados por sus abonados o usuarios, conforme los plazos que consten en la normativa o títulos habilitantes. (...)

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." (Lo resaltado fuera del texto original)

a) **Infracción**

En el Título XIII sobre el Régimen Sancionatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establecen diferentes infracciones y sanciones en cuanto a su gravedad y en el caso presente se considera, que el hecho imputado se asimilaría al siguiente articulado:

**"Artículo 118.- Infracciones de Segunda Clase.**

(...)

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

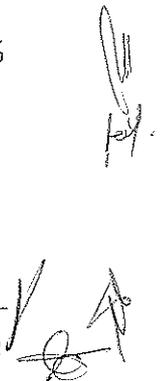
6. No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas a los títulos habilitantes. (...)" (Lo resaltado fuera del texto original)

b) **Sanción**

**"Artículo 121.- Clases.-** Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:(...)

2. **Infracciones de Segunda clase.-** La multa será de entre el 0,031% y el 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 Rentía, con relación al servicio o título habilitante del que se trate. (...)"

En lo relativo a los atenuantes y a los 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 fuera del texto original)

**"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

La empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., ha presentado la contestación al Acto de Apertura mediante escrito ingresado con número ARCOTEL-

DEDA-2016-008100-E, de 21 de diciembre del 2016 el mismo que en su parte principal manifiesta:

"(...)

## **2.- ALEGATOS.-**

*En uso del derecho que me concede el Art. 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro del término legal, contesto el ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016, en los siguientes términos:*

### **2.1. INEXISTENCIA DE INFRACCION PREVISTA EN EL ARTICULO 118, LITERAL b) NUMERAL 6) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES.-**

*El artículo 118, literal b) numeral 6) 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:*

*"6. No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas a los títulos habilitantes."*

*Conforme se explicará más adelante, no existe fundamento de hecho para pretender sancionar a mi representada por la infracción prevista en el numeral 6) del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

#### **2.1.1. Alcance de la obligación contenida en la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión.**

*El Contrato de Concesión suscrito entre OTECEL S.A. y el Estado, establece:*

*Cláusula 12.11: "Recibir y atender los reclamos de los Usuarios, en días y horas hábiles, los que podrán hacerse mediante atención presencial en los centros de atención al usuario en los días y horas en los que exista atención al público para venta de servicios, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), estos dos últimos con atención durante veinticuatro (24) horas, todos los días del año" (el subrayado me pertenece).*

*De acuerdo con lo expresamente estipulado en la cláusula 12.11 del Contrato de Concesión, antes transcrita, se puede verificar lo siguiente:*

- a) *El sujeto obligado es la Sociedad Concesionaria OTECEL SA, como lo prevé la cláusula primera del contrato.*
- b) *No existe obligaciones determinadas respecto de la atención de reclamos de forma específica o segregada por marcas o productos.*
- c) *Es obligación de OTECEL S.A. recibir y atender reclamos.*
- d) *La recepción y atención de reclamos puede ser mediante: i) atención presencial, ii) en páginas electrónicas, jii) en centro de llamada (call centers).*

- e) No existe obligación de recibir y atender los reclamos mediante las tres formas, es facultativo de la operadora.
- f) La atención presencial en los centros de atención al usuario debe ser en los días y horas en que exista atención al público para venta de servicios.
- g) La atención en páginas electrónicas o centros de llamadas debe ser durante las 24 horas del día todos los días del año.
- h) Tal como indica la Cláusula 12.11, la atención presencial debe ser en centros de atención donde se realice la venta de servicios. En ese sentido en los CAVs de Movistar se vende los productos de la Marca Movistar y se atienden requerimientos /reclamos de Movistar; y en las Islas de TU EN TI, se vende los productos de la Marca TUENTI, y se atienden los requerimientos / reclamos de TUENTI.

En ninguna parte del Contrato de Concesión o en la cláusula transcrita, se exige a la Sociedad Concesionaria, que deba distinguir por marca comercial su obligación de dar atención a los reclamos de clientes, tal como lo pretende interpretar Arcotel en el presente acto de apertura.

Así mismo el contrato de concesión en la Cláusula 12.1 obliga a mi representada a "prestar los Servicios Concesionados conforme a lo establecido en este Contrato y la Legislación Aplicable", y según la cláusula 12.3. a "prestar los Servicios Concesionados de conformidad con los términos de este Contrato, la Legislación Aplicable, los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5 ( ... ). Es decir, no puede interpretarse el contrato de forma extensiva, sino según lo establece la Cláusula 3.1. del Contrato por su "sentido literal y obvio de las palabras, dentro del contexto del mismo y cuyo objeto revele claramente la intención de las Partes."

Por su parte, en la Cláusula 12.14 del Contrato de Concesión expresamente se señala: "Registrar, atender y gestionar los reclamos relacionados con la prestación de los Servicios Concesionados, de conformidad con lo establecido en el Anexo 5 del presente Contrato..." (el subrayado me pertenece).

Por su parte el Anexo 5 del Contrato de Concesión, no contiene obligación alguna de que mi representada divida dicha atención o la segregue por marca comercial, por lo que no puede considerarse que exista infracción alguna o incumplimiento a lo previsto en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Concesión.

En tal virtud, me permito indicar que OTECEL S.A. cumple plenamente con su obligación contractual prevista en las cláusulas 12.11 y 12.12, y 12.14 del Contrato de Concesión citado.

Es decir que los canales de atención y su implementación dependerán de la dinámica y segmento de mercado según la estrategia comercial de la operadora.

**2.1.2. Cumplimiento de la Obligación prevista en la Cláusula 12.11. del Contrato de Concesión: Atención y Recepción de Reclamos.**

OTECCEL S.A., con los canales actualmente disponibles para la Atención y Recepción de Reclamos de las Marcas Movistar y TUENTI, cumple con los parámetros de

calidad establecidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, que son reportados trimestralmente al ARCOTEL y publicados en el SAAD (Sistema Automatizado con Acceso a través de la Internet) y que se detalla a continuación.

◦ **PARÁMETRO 5.2 (1.2).- PORCENTAJE DE RECLAMOS GENERALES (MOVISTAR + TUENTI):**

		III Trimestre 2016		
		JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
Porcentaje de Reclamos generales del SMA, en el mes	%Rg <= 1%	0.08%	0.09%	0.12%

NOTA: \* Estos reportes se encuentran disponibles en el SAAD, sistema que tiene acceso ARCOTEL, para identificar los registros de la Marca TUENTI, debemos seleccionar de la información de DATOS del CENTRO DE ATENCIÓN, en el campo NOMBRE, y filtrar por 'ATENCIÓN TUENTI.'

Como se puede evidenciar el valor obtenido en los meses señalados cumple con el valor objetivo establecido en el parámetro de calidad.

◦ **PARÁMETRO 5.3 (1.3).- TIEMPO PROMEDIO DE RESOLUCIÓN DE RECLAMOS (MOVISTAR + TUENTI):**

		III Trimestre 2016		
		JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
Tiempo promedio de resolución de Reclamos Generales, en horas durante el mes	Trg (PERSONALIZADO) <=120 horas	24.61	22.47	21.09
	Trg (TELEFONICO) <=120 horas	15.40	7.64	9.11
	Trg (OTROS) <=120 horas	22.34	13.51	13.73

NOTA: \* Estos reportes se encuentran disponibles en el SAAD, sistema que tiene acceso ARCOTEL, para identificar los registros de la Marca TUENTI, debemos seleccionar de la información de DATOS del CENTRO DE ATENCIÓN, en el campo NOMBRE, y filtrar por 'ATENCIÓN TUENTI.'

Como se puede evidenciar el valor obtenido en los meses señalados cumple con el valor objetivo establecido en el parámetro de calidad.

En el supuesto no consentido de que ARCOTEL pretenda dar esta interpretación extensiva a la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión, me permito indicar que en lo que se refiere a la Marca TUENTI, OTECEL S.A ha dado pleno cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales de la siguiente forma:

- Se tiene disponible 26 Islas las cuales reciben y atienden reclamos, estos canales presenciales están publicados en la página web de TUENTI.
- Se tiene disponible un Chat en [www.tuenti.ec](http://www.tuenti.ec), chat en la app Tuenti, redes sociales (Facebook, y Twitter). El call center es opcional de acuerdo a lo establecido en la cláusula 12.11 y en ese sentido se tiene la página electrónica y otros canales digitales adicionales.

En virtud de lo expuesto, la infracción imputada a mi representada carece de todo fundamento de hecho y de derecho, ya que OTECEL S.A. cumple con lo señalado en la normativa vigente respecto a la atención y recepción de reclamos, y se cumple estrictamente con los valores objetivos establecidos en los parámetros de calidad con los canales disponibles de atención y recepción de reclamos.



Reiteramos, que específicamente, en relación a la Marca TUENTI se tiene disponible para atender y recibir reclamos veintiséis Islas de manera presencial, y varios canales digitales (Chat en [www.tuenti.ec](http://www.tuenti.ec), chat en la app Tuenti, redes sociales Facebook, y Twitter), los clientes Tuenti prefieren ser atendido por redes sociales y medios digitales, en razón del concepto y enfoque de la marca Tuenti desde la perspectiva comercial.

TUENTI es una segunda marca comercial de OTECEL S.A. y está enfocada exclusivamente para segmento de Prepago para nichos de clientes del segmento joven de la población en búsqueda de un mejor servicio brindado digitalmente.

Por su concepto, tal como se ha reiterado en el presente alegato, los canales de atención al cliente son:

- Canales digitales: Chat en [www.tuenti.ec](http://www.tuenti.ec), chat en la app Tuenti, y redes sociales (Facebook, y Twitter). Todos los canales digitales son 24/7.
- 26 Islas Tuenti.

Sobre las islas de atención de TUENTI se adjunta el detalle de la ubicación en el ANEXO 1. Adicionalmente esta información se encuentra disponible en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/punto-de-venta/>).

### **2.1.3. Cumplimiento de la Obligación prevista en la Cláusula 12.12. del Contrato de Concesión: instalación de centros atención al usuario.**

En lo que se refiere a la cláusula 12.12 del contrato de concesión, se establece expresamente que:

"Dentro de los primeros dos años de la entrada en vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria deberá instalar centros de atención al usuario propios o de terceros, por lo menos, en cada provincia, que podrán ser compartidos con la venta de productos, con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos. En aquellas ciudades donde el número de habitantes sea mayor de cincuenta mil (50.000) se deberá instalar un centro de atención al usuario. Por cada doscientos mil (200.000) habitantes adicionales, se instalará un nuevo centro de atención al usuario."

No existe sustento alguno a la aseveración de la autoridad de Arcotel de que mi representada se encuentra incumpliendo con la estipulación prevista en la Cláusula 12.12 del Contrato de Concesión, puesto que como es de su conocimiento dicha obligación ha sido plenamente cumplida y está en conocimiento de la ARCOTEL, mediante oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0057-0F recibido en OTECEL S.A. el 29 de enero de 2016, el Ente de Regulación y Control informó el número de Centros de Atención que OTECEL S.A. debe tener habilitado conforme lo establece el Contrato de Concesión:

	CAVs requeridos
Proyección realizada por ARCOTEL	61

OTECEL S.A. con oficio VPR\*11381-2016 ingresado en ARCOTEL el 4 de febrero de 2016 con Hoja de Trámite No. DGDA\*2016-002007, remitió el Listado de CAVs, siendo un total de 96 Centros de Atención.

Por lo tanto, no existe fundamento de hecho para pretender imputar a mi representada una infracción respecto del cumplimiento de instalar Centros de Atención al Usuario de parte de OTECEL S.A., cumpliendo con la exigencia legal y contractual.

**2.1.4. Indebida imputación de infracción prevista en el numeral 6) literal b) de Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.**

Tal como queda demostrado en párrafos anteriores, no existe supuesto de hecho y de derecho que le permita a la Arcotel a pretender imponer una sanción por un supuesto incumplimiento, no comprobado de la Cláusula 12 del Contrato de Concesión en subsunción con el numeral 6, literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Norma prevista en el numeral 6, del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pretende sancionar al Operador que no cumpla con disponer "de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas a los títulos habilitantes."

En le (SIC) presente caso, OTECEL S.A. como sociedad concesionaria, cumple con la obligación prevista y de acuerdo con los parámetros de calidad previstos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión. OTECEL S.A. cumple con la cantidad de CAVs por provincia conforme lo señalado en la Cláusula 12.12, esta información fue remitida al Ente de Regulación y Control mediante oficio VPR-11381-2016 ingresado en ARCOTEL el 4 de febrero de 2016 con Hoja de Trámite No. DGDA-2016-002007, que se adjunta como prueba a mi favor como anexo a los presentes alegatos.

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-CZ02-2016-0011 de fecha 29 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, fas 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*<sup>3</sup>, 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 administrativa, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual. Dicha garantía supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Se traduce pues en la triple exigencia de *lex scripta, lex previa y lex certa*."
2. "Formal, referida al rango necesario de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones." Es decir, lo denominado "reserva de ley" para la tipificación de infracciones y sanciones.

Efectivamente, la regla de la tipicidad en materia administrativa resulta de especial importancia para los administrados y 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 ..."<sup>4</sup> (negrita y subrayado son míos)

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

En el presente caso, la Autoridad de la ARCOTEL, imputa la infracción prevista en el numeral 6 del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por las siguientes conductas citadas indistintamente del Acto de Apertura:

- "No aceptar reclamos de usuarios de la marca TUENTI" (página 11)
- "No recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI."
- "( ... ) tampoco dispone de call center para atención de reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año.

Efectivamente como consta del Análisis realizado en el Acto de Apertura, por la Arcotel se citan los numerales 1, 3, 19, y 28 del Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como fundamento legal de lo anterior, que textualmente dicen:

"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 1) **Garantizar el acceso igualitario y no discriminatorio a cualquier persona que requiera sus servicios.** (...) numeral 3) Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes... (...) numeral 19) Garantizar la atención y resolución oportuna de los reclamos formulados por sus abonados o usuarios, conforme los plazos que consten en la normativa o títulos habilitantes. (...) 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 como en el Informe Jurídico. Dichas conductas no se ajustan a la realidad conforme queda demostrado y no pueden servir de sustento para la imposición de sanciones.

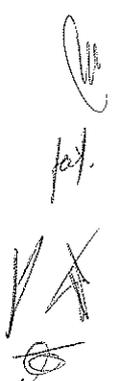
En consecuencia, la ARCOTEL cita de forma general y arbitrariamente el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Cláusula Decimo Segunda del Contrato de Concesión para tratar de sustentar la aplicación de la infracción prevista en el artículo 118, literal b) numeral 18 de la Ley, sin 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 o 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 consecuencia, no existe causa ni fundamento de hecho ni de derecho para la imposición de ninguna sanción y en tal virtud, el Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, carece de motivación y está viciado de nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que señala que:



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

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

*En el presente caso, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en clara violación de los derechos de mi representada previstos en el artículo 122 del ERJAFE en concordancia con el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República emite el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, sin motivación alguna, por lo que 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 o la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador."*

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

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

derecho administrativo, según el cual estas técnicas de control son: el control de la desviación de poder, el control de los hechos determinantes; los conceptos jurídicos indeterminados; el control por los principios generales del derecho (...).<sup>5</sup>

## 2.2. TENDENCIA INNOVADORA DE LA MARCA COMERCIAL TUENTI.

Como se mencionó anteriormente, TUENTI es una marca con un concepto innovador basado en la atención digital a sus clientes. Sus canales digitales son los más utilizados y además es bien percibida por el cliente. Al comparar el ISC dimensión Servicio al Cliente es mayor a 9/10, muy superior a otras marcas de telefonía. En el Anexo 2, se adjunta el análisis del ISC.

Octubre-2016		
Tuenti	Claro*	Movistar*
9	8,4	8

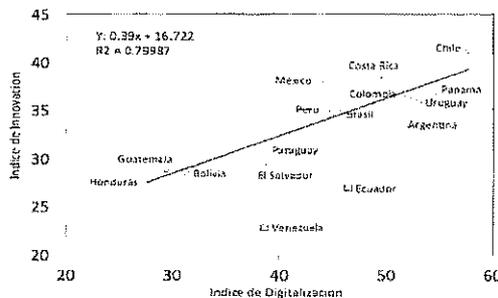
Nota: \* Segmento prepago

TUENTI es una segunda marca de OTECEL S.A. dirigida al segmento "Millennials", jóvenes digitales que tienen necesidades diferentes de comunicación y entretenimiento, muchas veces insatisfechas, atendiendo sus necesidades de conectividad. Con ello, consideramos que no solamente estamos adoptando medidas comerciales que permitan a OTECEL S.A. favorecer el mercado sino el insertar con mayor eficiencia e innovación a la juventud en el mundo digital, estando alineados con los objetivos del MINTEL y ARCOTEL de promover el acceso a Internet y TICs, de forma simple, ágil y sostenida, lo que constituye un foco importante para el desarrollo y futuro del país, con esta nueva experiencia digital.

Innovación es un cambio que introduce novedades, nuevas propuestas, nuevos productos, servicios o procedimientos, que realmente encuentran una aplicación exitosa, imponiéndose en el mercado. La economía y la sociedad cambian cuando los factores de producción se combinan de una manera novedosa. Las invenciones e innovaciones son la clave del crecimiento económico, y satisfacción de la sociedad.

Someter a OTECEL S.A. a este incumplimiento extensivo de la cláusula 12.11 es truncar el proceso de innovación. Este tipo de eventos provocan el retraso en la innovación y digitalización que requiere el Ecuador como país y sector de las Telecomunicaciones. Este retraso de Ecuador se puede evidenciar en el análisis realizado por Raúl Katz, en su libro "El Ecosistema y la economía digital en América Latina" (...)

CORRELACION ENTRE DIGITALIZACION E INNOVACION



Fuentes: The Global Innovation Index, análisis Telecom Advisory Services

Como se puede observar en la gráfica, Ecuador presenta un retraso significativo frente a los otros países de América Latina, en ese sentido es importante que la Regulación y Políticas Públicas, ayuden a fomentar este crecimiento de innovación digital.

### **2.3. ERRORES INSUBSANABLES EN LA INSPECCION DE ARCOTEL E INFORME TÉCNICO NO. IT-CCDS-RS-2016-0075 DE 17 DE OCTUBRE DE 2016**

Conforme queda demostrado en párrafos anteriores, no existe presupuesto de derecho para pretender sancionar a mi representada, debo indicar que el Informe Técnico NO. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, que sirve de sustento para la emisión del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 29 de noviembre de 2016, contiene errores técnicos insubsanables que inducen a la autoridad a una apreciación e interpretación equivocada de los fundamentos de hecho y que deben analizarse puesto que generan la nulidad del presente acto, de conformidad con lo previsto en los Artículos 129 del ERJAFE y 76 de la Constitución de la República.

Los Centros de Atención al Usuario, que inspeccionó ARCOTEL corresponden a CAVs de la Marca Movistar, en los cuales NO SE COMERCIALIZAN SERVICIOS de la Marca Comercial TUENTI; las Islas disponibles de TUENTI para atender y recibir reclamos se encuentran detalladas en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>).

En consecuencia, conforme se ha reiterado a lo largo del presente alegato, no existe el presupuesto de hecho necesario para que la Autoridad pretenda sancionar a mi representada, pues no se puede exigir que en centros de atención en donde no se comercializa dicha marca se reciba y atienda reclamos de usuarios. La información proporcionada por parte de OTECEL S.A. a los clientes que adquieren la marca comercial TUENTI es clara y se encuentra debidamente publicitada en los canales antes señalados.

Por lo tanto, no existe fundamento alguno para que la Autoridad pretenda sancionar a mi representada por este concepto, ya que no existe obligación legal ni contractual que la sustente.

### **2.4. ATENUANTES CONFIGURADOS**

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

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

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

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



*Como plan de mejora se ha implementado la atención y recepción de reclamos de clientes de la Marca TUENTI en los CAVS de Movistar, a pesar que como ya se señaló no se venden o prestan servicios de la Marca TUENTI. Estos reclamos serán derivados a los canales de atención de TUENTI.*

*Respecto al Call Center, se ha dado acceso al \*001 a los clientes de TUENTI. Estos reclamos serán enrutados a los canales de atención de TUENTI.*

***"4. Haber reparado integralmente los dalias causados COI) ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción."***

*No existe afectación ni perjuicio a los clientes, OTECEL SA con sus Marcas comerciales Movistar y TUENTI cumplen con los parámetros de calidad establecidos en el Contrato de Concesión.*

*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 Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 147 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativa de la Función Ejecutiva, solicito que realicen las siguientes diligencias probatorias:*

*1. Adjunto como prueba a mi favor los siguientes documentos en un (1) CD:*

- Anexo 1 - Detalle 26 Islas TUENTI*
- Anexo 2 - Análisis ISC*
- Anexo 3 - Copia del Oficio VPR-11381-2016 ingresado en ARCOTEL con Hoja de trámite No. DGDA-2016-002007-E*
- Anexo 4 - Copia del Oficio (SIC) Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0057-OF recibido en OTECEL S.A. el 29 de enero de 2016*

### **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.*

*(...)"*

#### **3.1.1. SEGUNDO ESCRITO**

*Ingresado con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2017-000065-E, en fecha 04 de enero del 2017 con el cual el Dr. Lonny Espinoza Simancas como Procurador Judicial de OTECEL S.A., aprueba y ratifica la intervención efectuada por Esteban Villalba, Fernando Palacios y María José Ferro en la audiencia llevada a cabo el día 29 de diciembre de 2016, a las 15h00, y solicita se declare legitimada su intervención.*

### 3.1.2. TERCER ESCRITO

Ingresado con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2017-000568-E, de 13 de enero del 2017, mismo que en su parte fundamental expone:

"(...)

*En relación con lo indicado en la Audiencia llevada a cabo el día 29 de diciembre de 2016, a las 15h00, respecto del Oficio No. ARCOTEL-CTC-2016-0310-OF, remitido el día 6 de abril de 2016 a mi representada, que fuera contestado mediante Oficio No. VPR-11921-2016 de 15 de abril de 2016, me permito indicar lo siguiente:*

1. *El Oficio No. ARCOTEL-CTC-2016-0310-OF emitido por el Coordinador Técnico de Control de ARCOTEL, remitido el día 6 de abril de 2016 a mi representada no tiene relación alguna con el presente procedimiento administrativo sancionador, pues en dicho oficio se solicita "que se abstenga de proporcionar información que promocione a su marca TUENTI como un nuevo prestador del SMA. Y en el plazo de cuatro (4) días hábiles su representada presente a esta Agencia un plan de acción tendiente a capacitar y corregir el script utilizado por los agentes de ventas de la marca TUENTI."*
2. *Con fecha 15 de abril de 2016, mediante Oficio No. VPR-11921-2016, OTECEL S.A. respondió oportunamente que:*
  - *TUENTI constituye una marca comercial de OTECEL S.A. que se ampara en el título habilitante otorgado a la empresa.*
  - *Tanto en las notificaciones de los planes como en la publicidad de TUENTI se indica que se trata de un servicio prestado por OTECEL S.A. y que, en ningún caso, se promociona a TUENTI como un nuevo operador de SMA.*
3. *En cuanto a las medidas de refuerzo ofrecidas por parte de mi representada a la ARCOTEL, respecto de la información precisa y veraz se refieren a las siguientes, según consta del Oficio en referencia:*
  - *Remitir carta de refuerzo de la comunicación sobre la marca TUENTI a todos los distribuidores. Suscripción de Anexo con Distribuidores en el cual se deja constancia del Refuerzo.*

*El refuerzo de "marca de telefonía" se incluye en los contratos de distribución y canales. Se describe la siguiente cláusula:*

*Script correcto de ventas:*

*c. Se trasladará al distribuidor autorizado, la multa aplicada por la entidad regulatoria estatal (ARCOTEL)*

*l. Uso indebido del script de ventas promocionando a Tuenti como una nueva operadora en lugar de comunicar que somos una marca nueva de telefonía móvil prepago; el script de ventas correcto lo comunicamos en todas las capacitaciones realizadas al personal del distribuidor autorizado.*



Que se incorpore como prueba a mi favor un CD que se adjunta a este escrito, el mismo que contienen los documentos que detallo a continuación:

Se adjunta como **ANEXO 1** un contrato.

- Se procederá a la colocación de stickers en todas las islas que recuerda a los vendedores que Tuenti en una marca de telefonía prepago.

Se adjunta como **ANEXO 2** una fotografía de sticker colocado en las islas, recordando al vendedor que Tuenti es una "marca de telefonía"

- Se suministrará botones a todos los vendedores que indica que Tuenti es una marca de telefonía prepago.

Se adjunta como **ANEXO 3**, una fotografía de un vendedor luciendo el botón que hace alusión a que Tuenti es "una marca de telefonía"

- Se enviará una carta a cada una de las cadenas.

En las cartas de codificación a las cadenas se detalla que Tuenti es "una marca de telefonía". Adjunto en el **ANEXO 4** una carta de ejemplo.

En consecuencia, me ratifico que no existe compromiso incumplido de parte de mi representada en relación con el Oficio No. ARCOTEL-CTC-2016-0310-OF, remitido el día 6 de abril de 2016 ni incumplimiento alguno al Contrato de Concesión.

Sin embargo, de lo anterior, reitero que dichas comunicaciones, son ajenas al presente procedimiento administrativo sancionador y no constituyen prueba a favor de la ARCOTEL para sancionar a mi representada.

(...)"

### 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 fuera del texto original).

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-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, notificado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0206-M, de 28 de octubre de 2016 y su documentación adjunta.



2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016.
3. La razón de Notificación.

### PRUEBAS DE DESCARGO

1. Los alegatos y descargos que presenta dentro del escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 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-2016-008100-E de 21 de diciembre de 2016; en el cual adjunta como pruebas de descargo la documentación contenida en un CD.
2. Alegación verbal realizada en fecha 29 de diciembre del 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.**

Mediante Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0002, remitido al área jurídica con Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2017-0137-M, de 01 de febrero del 2017, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, realizó el análisis de la contestación de la compañía OTECEL S.A. al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0011; así como también de los alegatos realizados durante la ejecución de la Audiencia concedida dentro de la etapa de evacuación de pruebas; en lo principal dicho análisis manifiesta:

"(...)

### **3. EN RELACIÓN A LOS DESCARGOS TÉCNICOS.-**

#### **3.1. CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2016-008100-E DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016.-**

*La operadora del SMA OTECEL S.A., con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008100-E de 21 de diciembre de 2016, da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, en el que, en relación al hecho técnico identificado en el citado Acto, manifiesta lo siguiente:*



### 3.1.1. PARTE 1

Entre las páginas 2 y 3, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

"...

#### **2.1. INEXISTENCIA DE INFRACCION PREVISTA EN EL ARTICULO 118, LITERAL b) NUMERAL 6) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES. –**

El artículo 118, literal b) numeral 6) 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

"6. No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas a los títulos habilitantes."

Conforme se explicará más adelante, no existe fundamento de hecho para pretender sancionar a mi representada por la infracción prevista en el numeral 6) del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

#### **2.1.1. Alcance de la obligación contenida en la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión.**

El Contrato de Concesión suscrito entre OTECEL SA y el Estado, establece:

Cláusula 12.11: "Recibir y atender los reclamos de los Usuarios, en días y horas hábiles, los que podrán hacerse mediante atención presencial en los centros de atención al usuario en los días y horas en los que exista atención al público para venta de servicios, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), estos dos últimos con atención durante veinticuatro (24) horas, todos los días del año" (el subrayado me pertenece).

De acuerdo con lo expresamente estipulado en la cláusula 12.11 del Contrato de Concesión, antes transcrita, se puede verificar lo siguiente:

- a) El sujeto obligado es la Sociedad Concesionaria OTECEL SA, como lo prevé la cláusula primera del contrato.
- b) No existe obligaciones determinadas respecto de la atención de reclamos de forma específica o segregada por marcas o productos.
- c) Es obligación de OTECEL S.A. recibir y atender reclamos.
- d) La recepción y atención de reclamos puede ser mediante: i) atención presencial, ii) en páginas electrónicas, iii) en centro de llamada (call centers).
- e) No existe obligación de recibir y atender los reclamos mediante las tres formas, es facultativo de la operadora.
- f) La atención presencial en los centros de atención al usuario debe ser en los días y horas en que exista atención al público para venta de servicios.

- g) La atención en páginas electrónicas o centros de llamadas debe ser durante las 24 horas del día todos los días del año.
- h) Tal como indica la Cláusula 12.11, la atención presencial debe ser en centros de atención donde se realice la venta de servicios. En ese sentido en los CAVs de Movistar se vende los productos de la Marca Movistar y se atienden requerimientos /reclamos de Movistar; y en las Islas de TUENTI, se vende los productos de la Marca TUENTI, y se atienden los requerimientos / reclamos de TUENTI.

En ninguna parte del Contrato de Concesión o en la cláusula transcrita, se exige a la Sociedad Concesionaria, que deba distinguir por marca comercial su obligación de dar atención a los reclamos de clientes, tal como lo pretende interpretar Arcotel en el presente acto de apertura.

Así mismo el contrato de concesión en la Cláusula 12.1 obliga a mi representada a "prestar los Servicios Concesionados conforme a lo establecido en este Contrato y la Legislación Aplicable", y según la cláusula 12.3. a "prestar los Servicios Concesionados de conformidad con los términos de este Contrato, la Legislación Aplicable, los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5 (...). Es decir, no puede interpretarse el contrato de forma extensiva, sino según lo establece la Cláusula 3.1. del Contrato por su "sentido literal y obvio de las palabras, dentro del contexto del mismo y cuyo objeto revele claramente la intención de las Partes. "

Por su parte, en la Cláusula 12.14 del Contrato de Concesión expresamente se señala: "Registrar, atender y gestionar los reclamos relacionados con la prestación de los Servicios Concesionados, de conformidad con lo establecido en el Anexo 5 del presente Contrato..." (el subrayado me pertenece).

Por su parte el Anexo 5 del Contrato de Concesión, no contiene obligación alguna de que mi representada divida dicha atención o la segregue por marca comercial, por lo que no puede considerarse que exista infracción alguna o incumplimiento a lo previsto en la Cláusula Decimo Segunda del Contrato de Concesión.

En tal virtud, me permito indicar que OTECEL S.A. cumple plenamente con su obligación contractual prevista en las cláusulas 12.11 y 12.12 y 12.14 del Contrato de Concesión citado.

Es decir que los canales de atención y su implementación dependerán de la dinámica y segmento de mercado según la estrategia comercial de la operadora.

..."

#### ANÁLISIS:

La operadora presenta argumentos relacionados básicamente con el alcance de la obligación contenida en la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión, sin embargo se determina que varias de las afirmaciones presentadas no están acorde con los criterios en favor de los usuarios/abonados de los servicios de telecomunicaciones, manejados por este Organismo de regulación y control, según se evidencia a continuación:



1. "... b) No existe obligaciones determinadas respecto de la atención de reclamos de forma específica o segregada por marcas o productos.  
(...)

h) Tal como indica la Cláusula 12.11, la atención presencial debe ser en centros de atención donde se realice la venta de servicios. En ese sentido en los CAVs de Movistar se vende los productos de la Marca Movistar y se atienden requerimientos /reclamos de Movistar; y en las Islas de TUENTI, se vende los productos de la Marca TUENTI, y se atienden los requerimientos / reclamos de TUENTI..."

En el documento VPR-9229-2015 de 15 de mayo de 2015 (ARCOTEL-2015-004100), mediante el cual OTECEL S.A., en el marco de su Contrato de Concesión del Servicio Móvil Avanzado (SMA) suscrito con el Estado ecuatoriano en el año 2008, anuncia al Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información y a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, "el próximo lanzamiento de una nueva estrategia comercial mediante una SEGUNDA MARCA denominada "TUENTI" (...) que al ser un servicio prestado por OTECEL S.A., acorde con su Contrato de Concesión, cumplirá con todos sus requisitos.", por lo cual se determina que las condiciones de la atención de los reclamos generados por usuarios y abonados de la marca TUENTI, deben ir acorde con las condiciones estipuladas en el mencionado Contrato de Concesión y en este caso específicamente con lo señalado en la cláusula 12.12, en la cual se establece expresamente que:

"Dentro de los primeros dos años de la entrada en vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria deberá instalar centros de atención al usuario propios o de terceros, por lo menos, en cada provincia, que podrán ser compartidos con la venta de productos, con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos. En aquellas ciudades donde el número de habitantes sea mayor de cincuenta mil (50.000) se deberá instalar un centro de atención al usuario. Por cada doscientos mil (200.000) habitantes adicionales, se instalará un nuevo centro de atención al usuario." (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original)

Sobre la base de lo señalado se determina que la atención de reclamos de los usuarios/abonados de la marca TUENTI debe ser gestionada por CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO CON TODAS LAS FACILIDADES Y ATRIBUCIONES PARA GESTIONAR TODO TIPO DE RECLAMOS provenientes de cualquier usuario/abonado/cliente de OTECEL S.A., sin discriminación de marca.

2. "... d) La recepción y atención de reclamos puede ser mediante: i) atención presencial, ii) en páginas electrónicas, iii) en centro de llamada (call centers).  
e) No existe obligación de recibir y atender los reclamos mediante las tres formas, es facultativo de la operadora..."

Al respecto, se determina que las condiciones de la atención de los reclamos generados por usuarios/abonados de la marca TUENTI, deben ir

acorde con las condiciones estipuladas en el mencionado Contrato de Concesión y en este caso específicamente con lo señalado en la cláusula 12.11, en la cual se establece expresamente:

*"Recibir y atender los reclamos de los Usuarios, en días y horas hábiles, los que podrán hacerse mediante atención presencial en los centros de atención al usuario en los días y horas en los que exista atención al público para venta de servicios, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), estos dos últimos con atención durante veinticuatro (24) horas, todos los días del año;"*

*De acuerdo con lo indicado, constituye obligación de OTECEL S.A. la recepción y atención de reclamos de los usuarios, los que podrán hacerse mediante atención presencial, páginas electrónicas o centros de llamadas (call centers), es decir, el usuario es quien escoge el canal por el que quiere recibir la atención a sus reclamos*

### 3.1.2. PARTE 2

Entre las páginas 3, 4 y 5, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

"...

#### 2.1.2. Cumplimiento de la Obligación prevista en la Cláusula 12.11. del Contrato de Concesión: Atención y Recepción de Reclamos.-

OTECEL S.A., con los canales actualmente disponibles para la Atención y Recepción de Reclamos de las Marcas Movistar y TUENTI, cumple con los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, que son reportados trimestralmente al ARCOTEL y publicados en el SAAD (Sistema Automatizado con Acceso a través de la Internet) y que se detalla a continuación.

- **PARÁMETRO 5.2 (1.2).- PORCENTAJE DE RECLAMOS GENERALES (MOVISTAR + TUENTI):**

		III Trimestre 2016		
		JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
Porcentaje de Reclamos generales del SMA, en el mes	%Rg <= 1%	0.08%	0.09%	0.12%

NOTA: \* Estos reportes se encuentran disponibles en el SAAD, sistema que tiene acceso ARCOTEL, para identificar los registros de la Marca TUENTI, debemos seleccionar de la información de DATOS del CENTRO DE ATENCIÓN, en el campo NOMBRE, y filtrar por 'ATENCIÓN TUENTI.'

Como se puede evidenciar el valor obtenido en los meses señalados cumple con el valor objetivo establecido en el parámetro de calidad.

- **PARÁMETRO 5.3 (1.3).- TIEMPO PROMEDIO DE RESOLUCIÓN DE RECLAMOS (MOVISTAR + TUENTI):**

		III Trimestre 2016		
		JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
Tiempo promedio de resolución de Reclamos Generales, en horas durante el mes	Trg (PERSONALIZADO) <=120 horas	24.61	22.47	21.09
	Trg (TELEFONICO) <=120 horas	15.40	7.64	9.11
	Trg (OTROS) <=120 horas	22.34	13.51	13.73

NOTA: \* Estos reportes se encuentran disponibles en el SAAD, sistema que tiene acceso ARCOTEL, para identificar los registros de la Marca TUENTI, debemos seleccionar de la información de DATOS del CENTRO DE ATENCIÓN, en el campo NOMBRE, y filtrar por 'ATENCIÓN TUENTI.'

Como se puede evidenciar el valor obtenido en los meses señalados cumple con el valor objetivo establecido en el parámetro de calidad.

En el supuesto no consentido de que ARCOTEL pretenda dar esta interpretación extensiva a la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión, me permito indicar que en lo que se refiere a la Marca TUENTI, OTECEL S.A ha dado pleno cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales de la siguiente forma:

- a) Se tiene disponible 26 Islas las cuales reciben y atienden reclamos, estos canales presenciales están publicados en la página web de TUENTI.<sup>1</sup>
- b) Se tiene disponible un Chat en [www.tuenti.ec](http://www.tuenti.ec), chat en la app Tuenti, redes sociales (Facebook, y Twitter). El call center es opcional de acuerdo a lo establecido en la cláusula 12.11 y en ese sentido se tiene la página electrónica y otros canales digitales adicionales.<sup>2</sup>

En virtud de lo expuesto, la infracción imputada a mi representada carece de todo fundamento de hecho y de derecho, ya que OTECEL S.A. cumple con lo señalado en la normativa vigente respecto a la atención y recepción de reclamos, y se cumple estrictamente con los valores objetivos establecidos en los parámetros de calidad con los canales disponibles de atención y recepción de reclamos.

Reiteramos, que específicamente, en relación a la Marca TUENTI se tiene disponible para atender y recibir reclamos veintiséis Islas de manera presencial, y varios canales digitales (Chat en [www.tuenti.ec](http://www.tuenti.ec), chat en la app Tuenti, redes sociales Facebook, y Twitter), los clientes Tuenti prefieren ser atendido (SIC) por redes sociales y medios digitales, en razón del concepto y enfoque de la marca Tuenti desde la perspectiva comercial.

TUENTI es una segunda marca comercial de OTECEL S.A. y está enfocada exclusivamente para segmento de Prepago para nichos de clientes del segmento joven de la población en búsqueda de un mejor servicio brindado digitalmente.

Por su concepto, tal como se ha reiterado en el presente alegato, los canales de atención al cliente son:

- Canales digitales: Chat en [www.tuenti.ec](http://www.tuenti.ec), chat en la app Tuenti, y redes sociales (Facebook, y Twitter). Todos los canales digitales son 24/7.
- 26 Islas Tuenti.

Sobre las islas de atención de TUENTI, se adjunta el detalle de la ubicación en el ANEXO 1. Adicionalmente esta información se encuentra disponible en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>).



## ANÁLISIS:

Al respecto, OTECEL S.A. manifiesta que con los canales actualmente disponibles para la Atención y Recepción de Reclamos de las Marcas Movistar y TUENTI, se encuentra en cumplimiento de los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, cuyos reportes son presentados trimestralmente al ARCOTEL y publicados en el SAAD (Sistema Automatizado con Acceso a través de la Internet) e incluyen tanto reclamos de usuarios/abonados/clientes de la Marca Movistar, así como de usuarios/abonados de la Marca TUENTI, al respecto de lo cual se considera que si en la elaboración de los reportes de calidad manifestados se consideran, tanto reclamos de usuarios/abonados/clientes de la Marca Movistar, así como de usuarios/abonados de la Marca TUENTI, la atención de quejas debería también realizarse mediante cualquier canal de atención ofrecido por OTECEL S.A. sin discriminación de marca.

Adicionalmente señalan que han dado pleno cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales poniendo a disposición de sus usuarios/abonados 26 Islas, en las cuales reciben y atienden reclamos y cuyas ubicaciones se encuentran publicadas en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>).

Sobre la base de lo señalado se procedió a acceder a la dirección indicada, identificando que OTECEL S.A. en relación a las "Islas Tuenti", señala que las mismas son puntos de venta de chips y recargas de saldo, sin manifestar absolutamente nada al respecto de que en las mismas puedan realizarse reclamos.

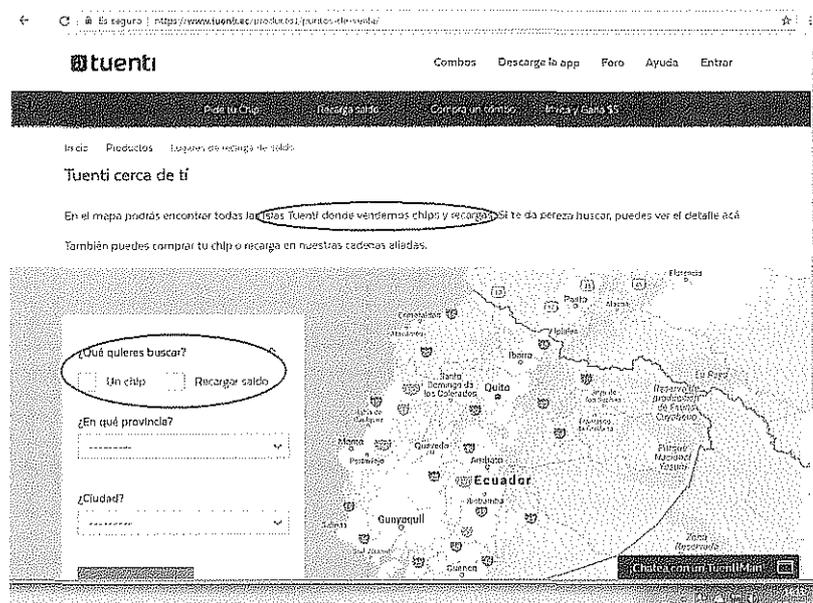
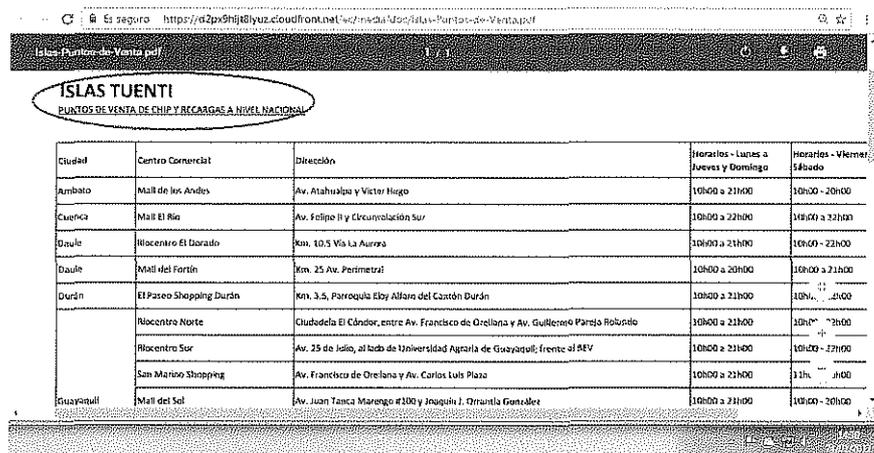


Figura 1: Captura de pantalla de la dirección web <https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>



Ciudad	Centro Comercial	Dirección	Horarios - Lunes a Jueves y Domingo	Horarios - Viernes y Sábado
Ambato	Mall de los Andes	Av. Atahualpa y Victor Hugo	10:00 a 21:00	10:00 - 20:00
Cuzco	Mall El Río	Av. Felipe II y Circunvalación Sur	10:00 a 22:00	10:00 a 22:00
Quito	Bicentro El Dorado	Km. 10.5 Vía La Aurora	10:00 a 21:00	
Quito	Mall del Fortín	Km. 25 Av. Perimetral	10:00 a 20:00	10:00 a 21:00
Durán	El Paseo Shopping Durán	Km. 3.5, Parroquia Eloy Alfaro del Cantón Durán	10:00 a 21:00	10:00 - 21:00
	Bicentro Norte	Ciudadela El Cóndor, entre Av. Francisco de Orellana y Av. Guillermo Pareja Robledo	10:00 a 21:00	10:00 - 21:00
	Bicentro Sur	Av. 25 de Julio, al lado de Universidad Agraria de Guayaquil; frente al B&V	10:00 a 21:00	10:00 - 21:00
	San Martín Shopping	Av. Francisco de Orellana y Av. Carlos Luis Plaza	10:00 a 22:00	11:00 - 21:00
Guayaquil	Mall del Sol	Av. Juan Tancia Marengo #100 y Joaquín J. Ormaza González	10:00 a 21:00	10:00 - 20:00

Figura 2: Detalle de Islas Tuenti en la dirección <https://d2px9hjt8lyuz.cloudfront.net/ec/media/doc/Islas-Puntos-de-Venta.pdf>

Finalmente, en el presente punto indican que el call center es opcional de acuerdo a lo establecido en la cláusula 12.11 de su Contrato de Concesión y en ese sentido se tiene la página electrónica y otros canales digitales adicionales, en relación a lo cual, como ya se ha manifestado en el Análisis de la PARTE 1 (numeral 3.1.1) del presente informe, constituye obligación de OTECEL S.A. la recepción y atención de reclamos de los usuarios, los que podrán hacerse mediante atención presencial, páginas electrónicas o centros de llamadas (call centers), es decir, el usuario es quien escoge el canal por el que quiere recibir la atención a sus reclamos.

### 3.1.3. PARTE 3

Entre las páginas 5 y 6, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

"...

#### 2.1.3. Cumplimiento de la Obligación prevista en la Cláusula 12.12. del Contrato de Concesión: instalación de centros atención al usuario.

En lo que se refiere a la cláusula 12.12 del contrato de concesión, se establece expresamente que:

"Dentro de los primeros dos años de la entrada en vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria deberá instalar centros de atención al usuario propios o de terceros, por lo menos, en cada provincia, que podrán ser compartidos con la venta de productos, con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos. En aquellas ciudades donde el número de habitantes sea mayor de cincuenta mil (50.000) se deberá instalar un centro de atención al usuario. Por cada doscientos mil (200.000) habitantes adicionales, se instalará un nuevo centro de atención al usuario."

No existe sustento alguno a la aseveración de la autoridad de Arcotel de que mi representada se encuentra incumpliendo con la estipulación prevista en la Cláusula 12.12 del Contrato de Concesión, puesto que como es de su conocimiento dicha obligación ha sido plenamente cumplida y está en



conocimiento de la ARCOTEL, mediante oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0057-0F recibido en OTECEL S.A. el 29 de enero de 2016, el Ente de Regulación y Control informó el número de Centros de Atención que OTECEL S.A. debe tener habilitado conforme lo establece el Contrato de Concesión:

	CAVs requeridos
Proyección realizada por ARCOTEL	61

OTECEL S.A. con oficio VPR-11381-2016 ingresado en ARCOTEL el 4 de febrero de 2016 con Hoja de Trámite No. DGDA-2016-002007, remitió el Listado de CAVs, siendo un total de 96 Centros de Atención.

Por lo tanto, no existe fundamento de hecho para pretender imputar a mi representada una infracción respecto del cumplimiento de instalar Centros de Atención al Usuario de parte de OTECEL S.A., cumpliendo con la exigencia legal y contractual.

...”

#### ANÁLISIS:

En relación a lo señalado por la operadora es necesario aclarar que la emisión del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016 se sustentó en la relación entre el hecho informado (“...la operadora OTECEL SA. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año...”) y el derecho lesionado (estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en su Cláusula doce, que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria, específicamente en lo establecido en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12) que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), que se subsumió en la presunta infracción atribuida a la operadora OTECEL S.A., tipificada en el artículo 118, letra b), numeral seis (6) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

#### 3.1.4. PARTE 4

Entre las páginas 11 y 12, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente

“...

**2.3. ERRORES INSUBSANABLES EN LA INSPECCION DE ARCOTEL E INFORME TÉCNICO NO.IT-CCDS-RS-2016-0075 DE 17 DE OCTUBRE DE 2016**



Conforme queda demostrado en párrafos anteriores, no existe presupuesto de derecho para pretender sancionar a mi representada, debo indicar que el Informe Técnico NO. IT-CCDS-RS- 2016-0075 de 17 de octubre de 2016, que sirve de sustento para la emisión del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 29 de noviembre de 2016, contiene errores técnicos **insubsanables** que inducen a la autoridad a una apreciación e interpretación equivocada de los fundamentos de hecho y que deben analizarse puesto que generan la nulidad del presente acto, de conformidad con lo previsto en los Artículos 129 del ERJAFE y 76 de la Constitución de la República.

Los Centros de Atención al Usuario, que inspeccionó ARCOTEL corresponden a CAVs de la Marca Movistar, en los cuales **NO SE COMERCIALIZAN SERVICIOS** de la Marca Comercial TUENTI; las Islas disponibles de TUENTI para atender y recibir reclamos se encuentran detalladas en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>).

En consecuencia, conforme se ha reiterado a lo largo del presente alegato, no existe el presupuesto de hecho necesario para que la Autoridad pretenda sancionar a mi representada, pues no se puede exigir que en centros de atención en donde no se comercializa dicha marca se reciba y atienda reclamos de usuarios. La información proporcionada por parte de OTECEL S.A. a los clientes que adquieren la marca comercial TUENTI es clara y se encuentra debidamente publicitada en los canales antes señalados.

Por lo tanto, no existe fundamento alguno para que la Autoridad pretenda sancionar a mi representada por este concepto, ya que no existe obligación legal, ni contractual que la sustente.

..."

#### ANÁLISIS:

En este punto la operadora manifiesta que el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, que sirve de sustento para la emisión del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 29 de noviembre de 2016, contiene errores técnicos insubsanables que inducen a la autoridad a una apreciación e interpretación equivocada de los fundamentos de hecho, puesto que los Centros de Atención al Usuario, que inspeccionó ARCOTEL corresponden a CAVs de la Marca Movistar, en los cuales no se comercializan servicios de la Marca Comercial TUENTI y que las Islas disponibles de TUENTI para atender y recibir reclamos se encuentran detalladas en la página web de la misma. Al respecto, como ya se ha manifestado en el análisis realizado en el numeral 3.1.1. del presente documento la atención de reclamos de los usuarios/abonados, en este caso de la marca TUENTI debe ser gestionada por CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO CON TODAS LAS FACILIDADES Y ATRIBUCIONES PARA GESTIONAR TODO TIPO DE RECLAMOS provenientes de cualquier usuario/abonado/cliente de OTECEL S.A., sin discriminación de marca, por otro lado como ya se ha evidenciado en el análisis del numeral 3.1.2., al respecto de la publicación de las ubicaciones de sus 26 islas a nivel nacional en la página web (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>), se ha verificado que en la misma se manifiesta que sus Islas constituyen puntos de venta de chips y recargas de saldo, sin manifestar absolutamente nada al respecto

de que en las mismas puedan realizarse reclamos. Es sobre la base de los mencionados argumentos que se determina la inexistencia de los errores técnicos insubsanables manifestados por la operadora en su contestación.

### 3.2. PRESENTACIÓN DE ATENUANTES.

En la página 12 de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

“ ...

#### 2.4. ATENUANTES CONFIGURADOS

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

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

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

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

Como plan de mejora se ha implementado la atención y recepción de reclamos de clientes de la Marca TUENTI en los CAVS de Movistar, a pesar que como ya se señaló no se venden o prestan servicios de la Marca TUENTI. Estos reclamos serán derivados a los canales de atención de TUENTI.

Respecto al Call Center, se ha dado acceso al \*001 a los clientes de TUENTI. Estos reclamos serán enrutados a los canales de atención de TUENTI.

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

No existe afectación ni perjuicio a los clientes, OTECEL S.A. con sus Marcas comerciales Movistar y TUENTI cumplen con los parámetros de calidad establecidos en el Contrato de Concesión.

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.

Al respecto la operadora manifiesta que ha implementado la "atención y recepción" de reclamos de usuarios/abonados de la Marca TUENTI a través de los CAVS de Movistar y mediante el \*001 (call center), sin embargo, según indican, estas incidencias en realidad serán derivadas a los canales de atención de TUENTI para que los mismos sean finalmente atendidas, razón por la cual se considera que a pesar de la implementación del mencionado "plan de mejora", los CAVS de Movistar seguirían sin prestar todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos de los usuarios/abonados de la Marca TUENTI, en contraste a lo indicado en la cláusula 12.11 de su contrato de concesión, razón por la cual, considerando lo señalado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.(...)" (Lo subrayado fuera del texto original), se concluye que no se ha ejecutado una subsanación integral de la infracción.

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

En relación a lo señalado por la operadora y tomando en consideración lo indicado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) Para efectos de aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.(...)", se determina que al no existir daño técnico no aplica la ejecución de una reparación integral.

Considerando que debido a lo evidenciado en el literal a) del presente análisis, no existió subsanación integral de la infracción y tomando en cuenta además lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto. (...)" (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original), no aplica la aceptación de la solicitud de la operadora en relación a lo señalado a continuación: "(...) Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)"



### **3.3. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS PRESENTADOS EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS EFECTUADA EL DÍA JUEVES 29 DE DICIEMBRE DE 2016 A LAS 15H00.-**

La operadora del SMA OTECEL S.A., en la Audiencia de Alegatos efectuada el día jueves 29 de diciembre de 2016 a las 15H00, realiza una presentación (que se entrega impresa y forma parte del expediente), en la que se exponen los puntos indicados en el escrito presentado como contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, ingresado a la ARCOTEL con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008100-E de 21 de diciembre de 2016, los que ya han sido analizados en el numeral 3.1 del presente informe.

Adicionalmente detallaron aspectos relacionados con el plan de mejora implementado por OTECEL S.A., con la atención y recepción de reclamos de clientes de la Marca TUENTI en los CAVS de Movistar, aspecto que ha sido informado en el punto "2.4. ATENUANTES CONFIGURADOS" del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008100-E de 21 de diciembre de 2016. Al respecto, de manera verbal, el personal de OTECEL S.A. aclara que la implementación señalada ha sido iniciada el día 20 de diciembre de 2016 y que hasta la fecha de ejecución de la Audiencia de Alegatos (29 de diciembre de 2016) no han tenido casos en que los usuarios de la marca TUENTI se hayan acercado a realizar reclamos a los CAVs de OTECEL S.A.

#### **3.3.1. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS PRESENTADOS EN EL DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2017-000568-E DE 13 DE ENERO DE 2017.-**

La operadora del SMA OTECEL S.A., con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-000568-E de 13 de enero de 2017, remite consideraciones relacionadas con lo indicado en la Audiencia llevada a cabo el día 29 de diciembre de 2016, respecto del Oficio No. ARCOTEL-CTC-2016-0310-OF de 6 de abril de 2016 a OTECEL S.A., que fuera contestado mediante Oficio No. VPR-11921-2016 de 15 de abril de 2016, señalando principalmente que el mencionado documento no tiene relación alguna con el presente procedimiento administrativo sancionador, pues en dicho oficio se solicita "que se abstenga de proporcionar información que promocióne a su marca TUENTI como un nuevo prestador del SMA", además se solicita "...Que se incorpore como prueba a mi favor un CD que se adjunta a este escrito, el mismo que contienen (SIC) los documentos que detallo a continuación:

- Se adjunta como ANEXO 1 un contrato.
- Se procederá a la colocación de stickers en todas las islas que recuerda a los vendedores que TUENTI en una marca de telefonía prepago.
- Se adjunta como ANEXO 2 una fotografía de sticker colocado en las islas, recordando al vendedor que Tuenti es una "marca de telefonía".
- Se suministrará botones a todos los vendedores que indica que TUENTI es una marca de telefonía prepago.
- Se adjunta como ANEXO 3, una fotografía de un vendedor luciendo el botón que hace alusión a que Tuenti es "una marca de telefonía".

- Se enviará una carta a cada una de las cadenas.
- En las cartas de codificación a las cadenas se detalla que Tuenti es "una marca de telefonía". Adjunto en el ANEXO 4 una carta de ejemplo."

Al respecto y sobre la base de las afirmaciones realizadas por la misma operadora en el mencionado Documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-000568-E de 13 de enero de 2017, los argumentos y documentos presentados no guardan relación con el presupuesto de hecho sobre la base del cual se ha iniciado el presente procedimiento administrativo sancionador, tal y como se ha evidenciado ya en el numeral 3.3.1 del presente informe, motivo por el cual no se considera necesario el análisis de los mismos.

### 3.4. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS.-

En el ordinal 3 del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008100-E de 21 de diciembre de 2016, mediante el cual el Abogado Lonny Fabián Espinoza Simancas, en su calidad de PROCURADOR JUDICIAL de la Compañía OTECEL S.A., da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, se solicita que:

"... 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 como prueba a mi favor los siguientes documentos en un (1) CD:

- Anexo 1 - Detalle 26 Islas TUENTI
- Anexo 2 - Análisis ISC
- Anexo 3 - Copia del Oficio VPR-11381-2016 ingresado en ARCOTEL con Hoja de trámite No. DGDA-2016-002007-E
- Anexo 4 - Copia del Oficio oficio (SIC) Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0057-OF recibido en OTECEL S.A. el 29 de enero de 2016

..."

Al respecto, se ha procedido con la revisión de las pruebas presentadas, identificando que las mismas guardan relación con aspectos de índole comercial del manejo de la marca TUENTI y adicionalmente se incluyen listados de Islas TUENTI, así como de los CAU's y Call Centers de OTECEL S.A., argumentos que se considera no contribuyen en la defensa del prestador en relación al presupuesto de hecho sobre la base del cual se ha iniciado el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, esto es: "...la operadora OTECEL S.A. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año..."

#### 4. CONCLUSIÓN.-

Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016, puesto que la misma no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año, siendo lo publicitado en hojas volantes y páginas Web por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter), contraviniendo de esta manera claras y expresas estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en su Cláusula doce, que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria, específicamente en lo establecido en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12), que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones). (...)"

#### 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-2017-0002 de 07 de febrero de 2017, realiza en lo principal, el siguiente análisis:

"(...)

*Dentro del presente procedimiento se han observado las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República, así como las formalidades determinadas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones e Instructivos Institucionales por lo tanto se considera válido todo lo actuado.*

*La comparecencia al procedimiento por parte de la Operadora del SMA OTECEL S.A., se encuentra debidamente legitimada.*

*Se partirá para el análisis del presente procedimiento, de cada una de las alegaciones que ha presentado OTECEL S.A. en el escrito de contestación al Acto de Apertura; luego, se analizará el proceso en su conjunto partiendo de los antecedentes del hecho, su relación con el derecho y las consecuencias jurídicas.*

*Analizado así el procedimiento, se pasará a conocer las atenuantes invocadas y de proceder alguna sanción establecer la misma.*

#### **a.- ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS:**

*Lo fundamental de la comparecencia de la operadora OTECEL S.A. dentro del presente procedimiento, se basa en los siguientes puntos alegados:*



- Cumplimiento de la obligación prevista en el cláusula 12.11 del contrato de concesión que se refiere a la atención de recepción de reclamos y la instalación de centros de atención al usuario.
- Alegato respecto a que la marca TUENTI CONSTITUYE UNA TENDENCIA INNOVADORA.
- Errores insubsanables en la inspección realizada por ARCOTEL.
- Indebida imputación de la infracción o inexistencia de la infracción acusada.
- Alegato respecto a la configuración de atenuantes y fundamentalmente los numerales 1, 3 y 4 del Artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Cada una de estas alegaciones serán analizadas detenidamente y en forma motivada de conformidad con la Constitución de la República y demás normativa aplicable al caso.

Para analizar este punto es necesario que se considere que OTECEL S.A. debe cumplir, además de las establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General y demás normativa vigente, de manera obligatoria lo siguiente:

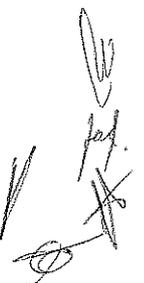
#### CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

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

#### CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE LA OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A.

**"(...) CAPÍTULO IV: OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.- (...) DOCE PUNTO ONCE (12.11) Recibir y atender los reclamos de los Usuarios, en días y horas hábiles, los que podrán hacerse mediante atención presencial en los centros de atención al usuario en los días y horas en los que exista atención al público para venta de servicios, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), estos dos últimos con atención durante veinticuatro (24) horas, todos los días del año; DOCE PUNTO DOCE (12.12) Dentro de los dos primeros años de la entrada en vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria deberá instalar centros de atención al usuario propios o de terceros, por lo menos, en cada provincia, que podrán ser compartidos con la venta de productos, con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos. En aquellas ciudades donde el número de habitantes sea mayor de cincuenta mil (50.000) se deberá instalar un centro de atención al usuario. Por cada doscientos mil (200.000) habitantes adicionales, se instalará un nuevo centro de atención al usuario; (...) VEINTISIETE PUNTO TRES (27.3) En cualquier caso, la Sociedad Concesionaria siempre será la responsable ante los Usuarios y ante los organismos de control, regulación y administración por la prestación de los Servicios Concesionados en los términos definidos en el presente Contrato y la Legislación Aplicable. (...)"**

Se debe considerar en estas cláusulas del Contrato un asunto fundamental dentro del presente procedimiento administrativo, y tiene que ver con recibir y atender los reclamos (de los usuarios) que podrán hacerse mediante "**(...) atención presencial**"



en los centros de atención al usuario (...), en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center)(...)"

El contrato es celebrado con la Operadora OTECEL S.A. y esto es lo que genera obligaciones entre las partes (operadora - Estado) y con los abonados clientes o usuarios, siendo la sociedad concesionaria la responsable en cualquier caso frente a los organismos de regulación, control y administración de las telecomunicaciones, por la prestación del servicio y frente a los usuarios.

Un punto necesario que se debe aclarar es que la actividad de control se realizó para verificar la recepción de reclamos de la marca TUENTI en los Centros de atención al usuario y Call Center de OTECEL S.A., obligación de carácter contractual, legal y reglamentaria.

La empresa OTECEL S.A. en la contestación al Acto de Apertura alega el cumplimiento de la obligación contractual relacionada con los parámetros de calidad establecidos en el ANEXO 5, porcentaje de reclamos (MOVISTAR + TUENTI) y el tiempo promedio de solución de los mismos, lo que no tienen nada que ver con recibir y atender los reclamos (de los usuarios) que podrán hacerse mediante "(...)atención presencial en los centros de atención al usuario (...), en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center) (...)" de la empresa OTECELS.A.; sobre este alegato, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal, en el numeral 3.1.2 del Informe No. IT-CZO2-AA-2017-0002 señala en su análisis que "(...) al respecto de lo cual se considera que si en la elaboración de los reportes de calidad manifestados se consideran, tanto reclamos de usuarios/abonados/clientes de la Marca Movistar, así como de usuarios/abonados de la Marca TUENTI, la atención de quejas debería también realizarse mediante cualquier canal de atención ofrecido por OTECEL S.A. sin discriminación de marca. (...)"

En la página cinco de la contestación al Acto de Apertura, la empresa manifiesta textualmente sobre el cumplimiento de la Cláusula 12.11, del contrato de concesión que "(...) TUENTI es una segunda marca comercial de OTECEL S.A. y está enfocada exclusivamente para segmento de Prepago para nichos de clientes del segmento joven de la población en búsqueda de un mejor servicio brindado digitalmente. (...)" (lo resaltado en negrita me pertenece), y establece además que los canales de atención al cliente son:

"(...)"

- **Canales digitales: Chat en [www.tuenti.ec](http://www.tuenti.ec), chat en la app Tuenti y redes sociales (Facebook y Twitter). Todos los canales son 24/7**
- **26 islas Tuenti.**

Sobre las islas de atención de TUENTI, se adjunta el detalle de la ubicación en el ANEXO 1. Adicionalmente esta información se encuentra disponible en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>). (...)"

Esto crea una interrogante: Se está brindando o no el servicio relacionado con recibir y atender los reclamos (de los usuarios) de la marca comercial TUENTI, que podrán hacerse mediante atención presencial en los Centros de Atención al Usuario, páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center) de OTECEL S.A. ?



Sobre este argumento, en el análisis del numeral 3.1.2 del Informe No. IT-CZO2-AA-2017-0002, se indica que "(...) se procedió a acceder a la dirección indicada, identificando que OTECEL S.A. en relación a las "Islas Tuenti", señala que las mismas son puntos de venta de chips y recargas de saldo, sin manifestar absolutamente nada al respecto de que en las mismas puedan realizarse reclamos. (...)"; OTECEL S.A. debe recordar que contractualmente existe la obligación de atender los reclamos de sus usuarios independientemente de la marca comercial, bajo la cual se presten los servicios.

Además OTECEL S.A. con su argumento de la página 11 que dice "... Los Centros de Atención al Usuario, que inspeccionó ARCOTEL corresponden a CAVs de la Marca Movistar, en los cuales NO SE COMERCIALIZAN SERVICIOS de la Marca Comercial TUENTI; las Islas disponibles de TUENTI para atender y recibir reclamos se encuentran detalladas en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>). (...)", reconoce de forma expresa que la atención al usuario de TUENTI, no se la realiza en los Centros de Atención de MOVISTAR.

Por lo antes señalado, no se puede aceptar lo alegado por OTECEL S.A., en relación a que ha dado cumplimiento a la obligación prevista en el cláusula 12.11 del Contrato de Concesión.

Por otro lado, en relación a los argumentos de cumplimiento de la obligación contractual (Cláusula 12.12.) de instalación de centros de atención al usuario, es necesario manifestar que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, no se emitió por esta causa, sino que la base del mismo fue lo reportado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, relacionado con la VERIFICACIÓN DE LA RECEPCIÓN DE RECLAMOS DE LA MARCA COMERCIAL "TUENTI" EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO Y CALL CENTER DE OTECEL S.A.

A fojas 10 del escrito de comparecencia la empresa OTECEL S.A. manifiesta textualmente entre otros aspectos lo siguiente:

**"(...) Como se mencionó anteriormente, TUENTI es una marca con un concepto innovador basado en la atención digital a sus clientes. Sus canales digitales son los más utilizados y además es bien percibida por el cliente. Al comparar el ISC dimensión Servicio al Cliente es mayor a 9/10, muy superior a otras marcas de telefonía. En el Anexo 2, se adjunta el análisis del ISC. (...)"**

Se reconoce expresamente que los canales de atención al cliente son digitales, asunto que no se está analizando en el presente procedimiento administrativo, sino el hecho de no recibir y atender los reclamos (de los usuarios) que podrán hacerse mediante la atención presencial en los centros de atención al usuario, páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center) de la empresa OTECEL S.A., relacionados con la marca comercial TUENTI, responsabilidad adquirida por la Operadora en el Título Habilitante.

Por estas consideraciones, no se puede aceptar la alegación relacionada con que TUENTI representa una tendencia innovadora en el mercado, puesto que dicha aseveración no está relacionada con el presupuesto de hecho sobre la base del cual se inició este procedimiento administrativo.

En el escrito de contestación al Acto de Apertura en su página 11, OTECEL S.A. manifiesta textualmente entre otros aspectos lo siguiente:

*“(...) Conforme queda demostrado en párrafos anteriores, no existe presupuesto de derecho para pretender sancionar a mi representada, debo indicar que el Informe Técnico NO. IT-CCDS-RS- 2016-0075 de 17 de octubre de 2016, que sirve de sustento para la emisión del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 29 de noviembre de 2016, contiene errores técnicos insubsanables que inducen a la autoridad a una apreciación e interpretación equivocada de los fundamentos de hecho y que deben analizarse puesto que generan la nulidad del presente acto, de conformidad con lo previsto en los Artículos 129 del ERJAFE y 76 de la Constitución de la República.*

*Los Centros de Atención al Usuario, que inspeccionó ARCOTEL corresponden a CAVs de la Marca Movistar, en los cuales NO SE COMERCIALIZAN SERVICIOS de la Marca Comercial TUENTI; las Islas disponibles de TUENTI para atender y recibir reclamos se encuentran detalladas en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>). (...)”*

*Este alegato ha sido considerado por el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, determinando en su análisis lo siguiente: “(...) Al respecto, como ya se ha manifestado en el análisis realizado en el punto 1 del presente documento la atención de reclamos de los usuarios/abonados, en este caso de la marca TUENTI debe ser gestionada por CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO CON TODAS LAS FACILIDADES Y ATRIBUCIONES PARA GESTIONAR TODO TIPO DE RECLAMOS provenientes de cualquier usuario/abonado/cliente de OTECEL S.A., sin discriminación de marca, por otro lado como ya se ha evidenciado en el análisis del Punto 2, al respecto de la publicación de las ubicaciones de sus 26 islas a nivel nacional en la página web (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>), se ha verificado que en la misma se manifiesta que sus Islas constituyen puntos de venta de chips y recargas de saldo, sin manifestar absolutamente nada al respecto de que en las mismas puedan realizarse reclamos. Es sobre la base de los mencionados argumentos que se determina la inexistencia de los errores técnicos insubsanables manifestados por la operadora en su Contestación.”*

*Con lo anterior es necesario anotar que lo controlado por el personal técnico de la ARCOTEL, y que generó el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, es la VERIFICACIÓN DE LA RECEPCIÓN DE RECLAMOS DE LA MARCA PROMOCIONAL “TUENTI” EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO Y CALL CENTER DE OTECEL S.A., cuyos resultados son claros, por lo que no se ha inducido a cometer un error a la Administración.*

*El escrito de contestación al presente Acto de Apertura, pretende dividir lo que es OTECEL – MOVISTAR, con lo que es la marca TUENTI, fragmentando la responsabilidad de las obligaciones contraídas dentro del título habilitante.*

*Por estas consideraciones no se puede aceptar esta alegación a trámite.*

*Por último se debe considerar el hecho que se alega la indebida imputación de la infracción prevista en el artículo 118, letra b), numeral 6 de la Ley Orgánica de*

Telecomunicaciones, indicando que "Tal como queda demostrado en párrafos anteriores, no existe supuesto de hecho y de derecho que le permita a la Arcotel a pretender imponer una sanción por un supuesto incumplimiento, no comprobado de la Cláusula 12 del Contrato de Concesión en subsunción con el numeral 6, literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...) 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 es necesario aclarar que la emisión del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016, se sustentó en la relación entre el hecho informado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016: "...la operadora OTECEL SA. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año...", y el derecho lesionado que se refiere a estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en su Cláusula Doce, que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria, establecidas en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12), las que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que se enmarcó en la presunta infracción atribuida a la operadora OTECEL S.A., tipificada en el artículo 118, letra b), numeral seis (6) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En relación a lo alegado sobre que "(...) la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en clara violación de los derechos de mi representada previstos en el artículo 122 del ERJAFE en concordancia con el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República emite el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, sin motivación alguna, por lo que 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. (...)", esta Administración afirma de manera enfática y categórica que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, goza de presunción de legitimidad al haber cumplido con los requisitos determinados en el artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; sobre dicho Acto, se destaca que en su ordinal 2, constan claramente detallados los fundamentos de hecho que presuntamente constituyen infracción, en el ordinal 3 consta lo relacionado con la autoridad y competencia del organismo desconcentrado, en este caso, la Coordinación Zonal 2, que se debe entender como el derecho de la autoridad pública para conocer, procesar y resolver los asuntos que le han sido atribuidos legalmente; los fundamentos de derecho, que relaciona lo establecido en el Título Habilitante con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que permiten determinar la presunta infracción o tipificación así como la posible sanción; y en la página 13 se efectúa la notificación formal y se establece el término de 15 días laborables para que el presunto infractor formule sus descargos; acto que cuenta con el sustento suficiente de los respectivos informes técnico y jurídico, que forman parte integrante del mismo. Cabe señalar que dicho Acto se notificó en fecha 29 de noviembre del 2016 con la finalidad de que la



operadora pueda ejercer su derecho a la defensa y así consta dentro del presente procedimiento.

Por otro lado, el Dr. Patricio Secaira Durango en su texto CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, página 202, establece entre su clasificación del Acto Administrativo que "Acto Administrativo preparatorio o interlocutorio.- Son aquellos que se emiten para formar el procedimiento, para iniciar el trámite de formación de la decisión administrativa; son previos a la expresión de voluntad administrativa. Sirven precisamente para que el administrador encuentre la verdad material del asunto a fin de precautelar la legalidad del acto administrativo a emitirse finalmente. Estos actos deciden asuntos de mero trámite que impulsan el procedimiento administrativo hasta su culminación.", concepto doctrinario que se asimila al de 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"; sobre la falta de motivación del acto de simple administración que argumenta OTECEL S.A., es necesario indicar que la motivación conforme lo ordena la Constitución de la República, en su artículo 76 número 7 letra 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", y conforme lo sostiene el tratadista Secaira: "... La motivación en suma es la exposición de razones que debe relatar el administrador público para tomar una decisión. Es la explicación que hace sobre el caso materia del acto administrativo. En ella debe analizarse los fundamentos fácticos, es decir el hecho que genera la emisión del acto administrativo, haciendo la vinculación jurídica con la norma positiva aplicable al caso, lo cual permite asumir un juicio de valor y una resolución sobre el tema. ...".

Considerando la doctrina mencionada, el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador que emite la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, es preparatorio a la manifestación de la voluntad de la administración y solo puede ser impugnado cuando el dictamen o informe que lo sustentó fueran erróneos de conformidad con lo que determina el artículo 74 del ERJAFE.

Lo alegado por OTECEL S.A. en esencia radica en que la falta de motivación produce la nulidad del acto administrativo, manifestando textualmente que "(...) no existe causa ni fundamento de hecho ni de derecho para la imposición de ninguna sanción y en tal virtud, el Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, 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).

Al respecto el Dr. Patricio Cordero Ordóñez, en su obra *EL SILENCIO ADMINISTRATIVO*, página 224, en el Capítulo IV referente a La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, manifiesta "(...) Con relación a este caso de nulidad absoluta de los actos administrativos, creemos necesario, en primer lugar, puntualizar que a nuestro criterio resulta inapropiada su concepción, por cuanto la norma constitucional a la que se refiere no consagra ni derechos ni libertades, sino un conjunto de garantías básicas para asegurar el derecho al debido proceso. (...) el cuestionamiento anotado, al referirse a una norma de derecho público sin que sea pertinente por lo tanto una interpretación extensiva, resta efectos a la mencionada causa.", así mismo, de acuerdo a lo indicado por el Dr. Patricio Secaira Durango en su texto *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, página 206, "**Acto administrativo nulo.-** Es aquel que nace sin ningún efecto jurídico; pues su defecto de contradicción jurídica es tan evidente o manifiesto que de su simple apreciación y análisis surge su ineficacia, su invalidez jurídica. La propia administración pública tiene competencia para reconocer su nulidad, mediante la expedición de otro acto que lo deje sin efecto, siempre que no haya declarado derechos subjetivos y no se lo haya publicitado; pues caso contrario; esto es cuando hace tal declaración y la notificación se ha producido, goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y solo puede quedar sin efecto por decisión jurisdiccional que siempre tendrá efectos retroactivos.", por toda la jurisprudencia citada, se colige que no es aplicable la nulidad de pleno derecho.

Es decir, que el acto de apertura cumple con todos los requisitos de fondo y de forma, por lo tanto es válido como se anota anteriormente; le correspondía a la empresa OTECEL S.A., probar la inexistencia de la infracción en la que se presume ha incurrido de acuerdo al Informe Técnico y Acto de Apertura referidos.

Por todo lo anterior no se puede aceptar a trámite las alegaciones que ha presentado la empresa OTECEL S.A.

Con relación a las diligencias probatorias solicitadas por OTECEL S.A., en el numeral 3.4 del Informe No. IT-CZO2-AA-2017-0002, se realiza el análisis de los documentos constantes en el CD al que hacen mención, indicando que "... se ha procedido con la revisión de las pruebas presentadas, identificando que las mismas **guardan relación con aspectos de índole comercial del manejo de la marca TUENTI** y adicionalmente se incluyen listados de Islas TUENTI, así como de los CAU's y Call Centers de OTECEL S.A., argumentos que se considera no contribuyen en la defensa del prestador en relación al presupuesto de hecho sobre la base del cual se ha iniciado el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, esto es: "...la operadora OTECEL SA. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año..." (lo resaltado en negrita me pertenece), por lo tanto, las citadas pruebas al no estar relacionadas con el presupuesto de hecho por el que se inició el presente procedimiento, no aportan dentro de la defensa de la operadora.

Considerando lo antes analizado y el hecho determinado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016: "...la operadora OTECEL SA. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año...", se ha evidenciado a lo largo del análisis realizado en este literal, que la



empresa OTECEL S.A. ha omitido la recepción de reclamos de usuarios de la marca "TUENTI" en los centros de atención al usuario y call center de OTECEL S.A., por lo tanto no ha cumplido con las obligaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en su Cláusula Doce, que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria, establecidas en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12), las que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de acuerdo a lo que se señaló en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, lo que constituye la relación del hecho con el derecho, que son parte de los elementos de la motivación de la presente resolución.

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

Considerando que ya se ha analizado la conducta de la operadora, que serían los antecedentes de hecho y su relación con el derecho, el tercer elemento de la motivación a considerar son las consecuencias jurídicas que abarcan dos aspectos fundamentales:

- La existencia de la Infracción.
- La responsabilidad de la empresa operadora en haber ejercido esa conducta contraria a la ley.

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-CZO2-2016-0011, 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 la existencia del hecho infractor y la responsabilidad de la expedientada, es decir, que la operadora OTECEL S.A. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario y tampoco dispone de call center para atención a reclamos, siendo lo publicitado por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter), inobservando de esta manera las estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en su Cláusula doce, que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria, en lo establecido en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12), que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; configurándose la comisión de la infracción de Segunda Clase tipificada en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, letra b, número 6: "No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes.", por adecuarse el presupuesto de hecho al previsto en la norma legal que se cita como sustento.



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

*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, razón por lo que se acepta a trámite esta atenuante.*

*Respecto a las atenuantes 3 y 4, alegadas por OTECEL S.A., señaladas 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-2017-0002 realizó el análisis respectivo, específicamente en el ordinal 3.2 PRESENTACIÓN DE ATENUANTES, en el cual determina que: "(...)*

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

*Al respecto la operadora manifiesta que ha implementado la "atención y recepción" de reclamos de usuarios/abonados de la Marca TUENTI a través de los CAVS de Movistar y mediante el "001 (call center), sin embargo, según indican, estas incidencias en realidad serán derivadas a los canales de atención de TUENTI para que las mismos sean finalmente atendidas, razón por la cual se considera que a pesar de la implementación del mencionado "plan de mejora", los CAVS de Movistar seguirían sin prestar todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos de los usuarios/abonados de la Marca TUENTI, en contraste a lo indicado en la cláusula 12.12 de su contrato de concesión, razón por la cual, considerando lo señalado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.(...)" (Lo subrayado fuera del texto original), se concluye que no se ha ejecutado una subsanación integral de la infracción.*

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

*En relación a lo señalado por la operadora y tomando en consideración lo indicado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) Para efectos de aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.(...)", se determina que al no existir daño técnico no aplica la ejecución de una reparación integral.*

Considerando que debido a lo evidenciado en el literal a) del presente análisis, no existió subsanación integral de la infracción y tomando en cuenta además lo descrito en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto. (...)" (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original), no aplica la aceptación de la solicitud de la operadora en relación a lo señalado a continuación: "(...) Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)".

Por lo anterior y considerando que la conducta de la empresa OTECEL S.A. es continua, como así expresamente reconoce en el escrito de contestación al Acto de Apertura, es decir, continúa sin recibir y atender los reclamos de los usuarios de la marca TUENTI en sus centros de atención al usuario, o en centros de llamadas (call center), se puede determinar que no existe la voluntad de parte de la empresa de poner fin a la conducta que ha llevado a determinar la infracción administrativa del presente procedimiento. Por estas consideraciones, tampoco se acepta a trámite la circunstancia atenuante 3.

En relación a la circunstancia atenuante 4, se ha determinado que no existe daño técnico causado, y no se configura una reparación integral, por lo que no se acepta a trámite esta atenuante.

En conclusión, al no haberse configurado la concurrencia de los atenuantes antes analizados, no se puede aceptar la petición de abstención de imposición de sanción realizada por OTECEL S.A.

Por otro lado, se considera que no existe ninguno de los tres agravantes establecidos en el artículo 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

#### **d.- 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 SIETEMIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES DÓLARES AMERICANOS 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 AMERICANOS CON 15/100 (USD 272.307,15).

**e.- RECOMENDACIÓN:**

Siendo el momento procesal oportuno, dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 emitido el 29 de noviembre de 2016, se recomienda a la Autoridad Administrativa emitir la resolución imponiendo la sanción económica establecida en la letra anterior. (...)"

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

**RESUELVE:**

**Artículo 1.- ACOGER** los Informes Técnico IT-CZO2-AA-2017-0002, de 26 de enero del 2017 y Jurídico ARCOTEL-2017-JCZ2-R-0002, de 07 de febrero del 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 empresa Operadora OTECEL S.A., no recibe reclamos, ni atiende de manera presencial a usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos de usuarios de la marca TUENTI durante las 24 horas del día todos los días del año, por lo que es responsable de la infracción de segunda clase tipificada en el artículo Art. 118, letra b, número 6 de la citada Ley, "No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes."

**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 empresa Operadora OTECEL S.A., que cumpla con la obligación de recibir y atender los reclamos de los usuarios, los que podrán hacerse mediante atención presencial en sus centros de atención al usuario, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), sin discriminación de marca comercial, de acuerdo a las disposiciones de su Título Habilitante, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normativa aplicable a la que se encuentra obligado.

**Artículo 5.- INFORMAR** al administrado que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones interponer el Recurso de Apelación de la presente Resolución, ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso de Apelación, no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley citada.

**Artículo 6.- NOTIFICAR** a la empresa Operadora OTECEL S.A., cuyo Registro Único de Contribuyentes RUC, es 1791256115001, con la presente resolución, en su domicilio ubicado en la Avenida 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 y a la Unidad de Apoyo en Territorio 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 firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 10 de febrero del 2017.



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

Preparado por	Revisado por
Dr. Jaime Ordóñez 	Abg. Eduardo Carrión  Ing. Raúl Avilés  Ing. Ivonne Vásquez  Ing. María José Meza 