

RESOLUCION No. ARCOTEL-2016-CZ2-042
ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL No. 2 DE
LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL

ING. MIGUEL ÁNGEL JÁTIVA ESPINOSA
COORDINADOR ZONAL No. 2

CONSIDERANDO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

1.1. TÍTULO 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 Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A.

1.2. ANTECEDENTES

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0072-M, de 24 de abril de 2015, la Directora de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, al cual adjunta el Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DST-C-2015-0014, de 13 de abril de 2015; pone en conocimiento que mediante oficio Nro. VPR-8852-2015, OTECEL S.A. realizó un alcance al oficio No. VPR-8708-2015 de 18 de marzo de 2015, acerca de la "**Promoción Paquete Prepago de Internet \$2+2 días gratis de Whatsapp**", que tiene una vigencia desde el 05 hasta el 30 de abril de 2015.

1.3. FUNDAMENTO DE HECHO

El Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DST-C-2015-0014, de 13 de abril de 2015, elaborado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, se resume y concluye en lo siguiente:

La fecha de entrada en vigencia de la "**Promoción Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días de Whatsapp**", es del 05 al 30 de abril de 2015, tal como consta en la notificación realizada por OTECEL S.A., mediante oficio No. VPR-8852-2015 de 02 abril de 2015; sin embargo, durante las verificaciones realizadas en la página web de OTECEL S.A., por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, los días 07 y 13 de abril de 2015, se pudo observar que la fecha de vigencia de la "**Promoción Paquete Prepago de Internet \$ 2 + 2 días de Whatsapp**", publicada en el link <http://www.movistar.com.ec/productos-y-servicios/promociones/promociones-internet>, es del 21 de marzo al 10 de abril de 2015, lo que difiere con lo notificado por la operadora en el oficio de la referencia.

CONCLUSIÓN:

En base a lo expuesto, la información publicada por OTECEL S.A. los días 07 y 13 de abril de 2015, en referencia a la **"Promoción Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días de Whatsapp"**, en el link <http://www.movistar.com.ec/productos-y-servicios/promociones/promociones-internet>, no es veraz, actualizada, transparente, oportuna, eficaz y adecuada.

1.4. ACTO DE APERTURA

Con fecha 08 de enero de 2016, se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-003, acto con el que se le notificó a la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., el 12 de enero de 2016, de conformidad como lo establece el Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0041-M, de 14 de enero de 2016, suscrito por el Ingeniero Gonzalo Patricio Granda Sotomayor.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:**2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA****CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA**

"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."

"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

El artículo 116, incisos primero y segundo, establecen: "**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."

El artículo 125, de la norma *Ibidem*, señala que la potestad sancionadora le corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la cual podrá iniciar de oficio o por denuncia, y deberá "**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**", garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.

El artículo 142, dispone: "**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."

El artículo 144, determina: "**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."

Disposiciones Finales de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

"**Primera.**- Se suprime la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. Las partidas presupuestarias, los bienes muebles e inmueble, activos y pasivos, así como los derechos y obligaciones derivados de contrato, convenios e instrumentos nacionales e internacionales correspondientes a dichas entidades, pasan a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

"**Cuarta.**- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercerá las funciones de regulación, control y administración atribuidas al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Superintendencia de Telecomunicaciones y Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, su Reglamento General y demás normativa."

Disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

"Sexta.- El directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con el propósito de mantener la continuidad de las actividades de Regulación, administración, gestión y control aprobará una estructura temporal de la Agencia, bajo las denominaciones que correspondan a la nueva institucionalidad..."

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"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 de ARCOTEL

Mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, resolvió:

"Artículo 2.- Aprobar la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presentada con el informe técnico señalado en el artículo precedente, conforme consta del Anexo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Autorizar a la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para que, con sujeción a la estructura temporal aprobada en el artículo 2 de la presente Resolución, defina el ámbito de competencias y atribuciones y realice las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las Coordinaciones Nacionales, Técnicas y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda (...)"

El numeral 8 "**CONCLUSIONES**" del Informe Técnico para la aprobación de la Estructura Organizacional Temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, de la Resolución *Ibidem* señalada:

"La estructura temporal de la ARCOTEL permitirá a la institución"

a) Garantizar la prestación de servicios y la entrega de los productos que proveían a sus usuarios la EX SENATEL, el EX CONATEL y la EX SUPERTEL, durante el tiempo previsto para la transición en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones"

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 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."*

En base al artículo 3 de la Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015, emitida por el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se delega a la Directora Ejecutiva para que en base a la estructura temporal aprobada defina las competencias y atribuciones para los diferentes órganos desconcentrados, por lo que la Ing. Ana Proaño de la Torre emite la Resolución ARCOTEL-2015-0132, publicada en el Registro Oficial N° 541, del sábado 11 de julio de 2015, en cuyo artículo 5 dispone:

"ARTÍCULO 5. DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

La gestión desconcentrada de la ARCOTEL, estará a cargo de las unidades desconcentradas, que estarán conformadas por Coordinaciones Zonales y Oficinas Técnicas, y tendrán las siguientes atribuciones:

5.1 COORDINACIÓN ZONAL

El Coordinador Zonal, tendrá las siguientes atribuciones:

5.1.6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES.

5.1.6.2 Sustanciar y resolver, lo que en derecho corresponda, respecto a los procedimientos administrativos sancionadores, correspondientes al cometimiento de infracciones tipificadas en los Artículos 117, 118, 119, y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones."

Por otro lado es necesario manifestar que la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, aprobada por el Directorio mediante Resolución Mo. 001-01-ARCOTEL-2015, reconoce la división de responsabilidades y da a la unidad desconcentrada la denominación de Intendencia Regional Norte y para efectos de aplicación de la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, la Disposición General Primera, determina que se tomen como equivalentes los términos "Intendencia Regional Norte" con "Coordinación Zonal 2".

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre los procedimientos administrativos sancionadores.

2.2. PROCEDIMIENTO

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-003, se ha procedido a notificar a la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., quien ha comparecido para presentar sus alegatos y descargos; conforme al artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las cauciones básicas y reglas del debido proceso, en el ámbito administrativo, conforme lo prescriben las letras a), b) y h), número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo determinado en el citado artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"Art. 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios... 5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas..."

Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones... 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente... 27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas..."

Art. 64.- Reglas aplicables... 6. Los prestadores de servicios publicarán en su página web sus planes, promociones, tarifas y precios en los formatos y condiciones que permitan a los abonados y usuarios disponer de información completa, comparable y oportuna. De igual manera, los prestadores de servicios deberán proporcionar la información de sus planes, promociones, tarifas y precios en los formatos y condiciones que se determine en las regulaciones correspondientes".

Art. 117.- Infracciones de primera clase, son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: b)

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

Con respecto al monto de referencia los artículos 121 No. 1 y 122, en su parte pertinente de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, disponen:

Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicará de la siguiente manera:

"Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia". (...)

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

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA.

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-003, se ha notificado a la compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., que ha comparecido mediante comunicación ingresada a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-001688-E, de fecha 1 de febrero de 2016; expresando en lo principal lo siguiente:

"...Al respecto sostengo lo siguiente:

2.1.- Atenuantes

OTECEL S.A., con oficio VPR-8852-2015, ingresado a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con Hoja de Trámite No. ARCOTEL-C-00780 el 2 de abril de 2015 notificó la **Promoción Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días gratis de Whatsapp** cuya vigencia iniciaba desde el 5 al 30 de abril de 2015, cumpliendo con el plazo establecido en la Normativa Vigente.

Para acceder a la información de la **Promoción Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días gratis de Whatsapp** en la página web de Movistar, es necesario seguir la siguiente ruta:(...)

Conforme se puede evidenciar en esta sección de la página web referente a la **Promoción Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días gratis de Whatsapp**, la información de la vigencia es correcta de acuerdo a lo notificado en el oficio VPR-8852-2015.

Es decir en la **SECCIÓN PRINCIPAL** de la publicación de la página web, estuvo correctamente la información de la vigencia de la promoción.

De acuerdo a lo manifestado en el Informe Técnico No. ICT-DST-C-2015-0014, en efecto existió un inconveniente en la información presentada sobre fechas de vigencia de la **Promoción Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días gratis de Whatsapp** en la **SECCIÓN SECUNDARIA** <http://www.movistar.com.ec/productos-y-servicios/promociones/promociones-internet>, debido a un error en la actualización de la página web. Sin embargo, es importante aclarar que en esta sección no se publican todas las condiciones de la promoción, sirve únicamente como enlace para acceder al detalle de la promoción (**SECCIÓN PRINCIPAL**); es decir, permite acceder a la sección <http://www.movistar.com.ec/productos-y-servicios/promociones/promociones/paquete-interne-2>, en la que se encontraba publicada la información de la vigencia de la promoción en forma correcta.

Por otro lado, este error en la publicación de la **SECCIÓN SECUNDARIA** <http://www.movistar.com.ec/productos-y->

servicios/promociones/promociones-internet, fue corregido el 16 de abril del 2015 a las 10:26, respaldos que constan en el Sistema de Gestión de Contenido de OTECEL S.A., en el cual se puede obtener un histórico de las publicaciones que se realizan en la página web, además permite visualizar la vista previa de lo publicado, con la fecha y hora de publicación. Como se puede observar a continuación:

En ese sentido, OTECEL S.A. corrigió la información de fechas de vigencia presentada en la SECCIÓN SECUNDARIA <http://www.movistar.com.ec/productos-y-servicios/promociones/promociones-internet>, dentro de la vigencia de la promoción e incluso antes del inicio del PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-2016-CZ2-0003, Cabe recalcar que este error únicamente se presentó en esta sección, que sirve como enlace de acceso a la página de la publicación de la promoción, es decir en la SECCIÓN PRINCIPAL estuvo correctamente la información de la vigencia de la promoción conforme el propio Informe Técnico No. ICT-DST-C-2015-0014 de ARCOTEL lo señala. Por otro lado, es importante mencionar que no existió afectación para los clientes pues la promoción se entregó en forma correcta durante todo el tiempo de vigencia de la misma.

Por lo señalado y por haberse configurado a favor de la Operadora las atenuantes previstas en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones esto es: "1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador"... 3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción", y "4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción."; solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el mismo Art. 130 que señala: "En caso de concurrencia debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3, y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado al servicio o a los usuarios podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase ... ", cabe recalcar que no existe afectación para los clientes pues la promoción se entregó de acuerdo a lo notificado y ofertado.

Además pedimos se considere lo señalado en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: Art. 82.- Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados".

3.2. PRUEBAS

La Constitución de la República, ordena en su artículo 76 número 7. 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 cual es recogido en el artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de

Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial. Estas normas que son observadas en el procedimiento administrativo sancionador Por tanto, constituyen medios de prueba los instrumentos públicos, instrumentos privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Los Informes Técnicos son instrumentos públicos conforme lo previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil.

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

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, como pruebas de cargo de la Administración, se enumeran las siguientes:

1. Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DST-C-2015-0014, de 13 de abril de 2015; en el que se informa acerca de la **"Promoción Paquete Prepago de Internet \$2+2 días gratis de Whatsapp"**, que tiene una vigencia desde el 05 hasta el 30 de abril de 2015.
2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-2016-CZ2-003 de 8 de enero de 2016; y,
3. La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

1. Comunicación ingresada con No. ARCOTEL-DGDA-2016-01688, de 1 de febrero de 2016, suscrita por el abogado Fabián Esteban Corral, en la que a nombre de OTECEL S.A. argumenta sus descargos; y,
2. Audiencia de Alegatos, llevada a cabo el día 15 de febrero de 2016, en las instalaciones de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en la que por parte de OTECEL S.A. comparecen, el Ingeniero Fernando Palacios y el Abg. Fabián Esteban Corral.

3.3. MOTIVACIÓN

PRIMERO.- ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

Con memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0329-M, de 21 de marzo de 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, presenta su informe analizando técnicamente la respuesta, que al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-003, ha presentado OTECEL S.A.; en lo principal dicho análisis manifiesta:

"La operadora OTECEL S.A. admite el cometimiento del error en un apartado de la publicación de la promoción denominada "Promoción

Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días de Whatsapp”, específicamente en las fechas de vigencia publicadas en una sección que la operadora nombra como secundaria, hecho que la mencionada operadora respalda haber corregido el 16 de abril de 2015, corrección que a su vez, la habrían ejecutado debido a procesos de verificación internos, ya que no existe registro que en esas fechas ARCOTEL haya emitido notificación alguna del error detectado. Así también, la operadora recalca que no existió afectación alguna para sus clientes pues la promoción se entregó de acuerdo a lo notificado mediante oficio VPR-8852-2015.

CONCLUSIONES

Con base al análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2, concluye que la operadora OTECEL S.A. no indica argumentos que desvirtúen el hecho detectado. Admite el cometimiento de lo señalado en el presente procedimiento, ya que la fecha de vigencia de la promoción era errónea en una sección de la publicación”.

SEGUNDO.- ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

En relación a la contestación de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A. mediante documento No. ARCOTEL-DGDA-2015-001688-E, de 1 de febrero de 2016, y de las demás constancias procedimentales, se realiza el siguiente análisis:

El presente procedimiento administrativo sancionador, observa estrictamente las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 76, numeral 7, letra l), de la Constitución de la República que expresa: “**Art. 76.- [Garantías básicas del derecho al debido proceso].-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho a las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”;

- a. No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.
- b. Para poder realizar un análisis detenido de los argumentos de la defensa es necesario que se consideren las disposiciones Constitucionales, legales; y, normativas inherentes.
- c. La motivación, conforme lo consagra la Constitución de la República, hace necesario analizar los argumentos de descargo esgrimidos, así

como las pruebas solicitadas y actuadas, dentro del presente procedimiento administrativo sancionador:

Constitución de la República.

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

El numeral 1 del artículo 83, dispone que: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: **1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente**".

- d. Según la argumentación obrada en calidad de descargo, por parte de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., se acepta expresamente el cometimiento del hecho infractor, por lo que la motivación debe centrarse en, analizar las tres atenuantes invocadas por la representación legal de la persona jurídica expedientada; al respecto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro del procedimiento administrativo sancionador, considera en su artículo 130: "Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes: **1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador... 3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción. 4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción. En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase.**"
- e. Con relación a la circunstancia atenuante **No 1**, de la revisión de las bases de datos y sistemas de ARCOTEL, se desprende que la Operadora de Servicio Móvil Avanzado OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO 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; con relación a la atenuante **No. 2**, la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., ha admitido de manera expresa el cometimiento del hecho infractor por el cual se le imputa en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, ARCOTEL No.

2016-CZ2-003, de 08 de enero de 2016; y, además manifiesta, que con fecha 16 de abril de 2015, a las 10H26, ha procedido a corregir el hecho infractor, lo cual se encuentra respaldado con un log (captura de pantalla), en la que resalta la fecha en la que se modificó el banner de promoción de internet, lo cual, con la aplicación de la presunción de inocencia a favor del administrado, debe ser aceptado; sobre la **atenuante No. 3**, es decir, **haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción**, esta atenuante se encuentra desarrollada en el artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que expresa: "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 las 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 resaltado me pertenece); no se demuestra en forma alguna que la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., haya publicado en su página web, el error incurrido y la posible compensación, a favor de quienes pudieran sentirse perjudicados por esta anómala información; por lo que la atenuante tercera no puede ni debe ser aceptada como tal en relación a la **atenuante No. 4**, no obra del expediente, la reparación integral de los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, es decir la posible reparación a los abonados de OTECEL S.A, que pudieran sentirse perjudicados por la génesis del hecho infractor; consecuentemente, en este Procedimiento Administrativo Sancionador, se establecen expresamente dos **circunstancias atenuantes** a favor de OTECEL S.A.;

- f. Concluyendo; de lo actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador, se establece la veracidad material del hecho infractor imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2016-CZ2-003; que en estricta observancia y apego a derecho, no ha sido justificado ni desvirtuado, por lo que se configura la infracción prescrita en el artículo 117, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en la letra b, dice: *"Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16.- Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones...(...)"*

3.4. ATENUANTES Y AGRAVANTES

De lo motivado, se desprenden 2 circunstancias atenuantes; la no reincidencia de procedimientos administrativos sancionadores con identidad de causa y efecto, y la aceptación del cometimiento del hecho infractor en cuestión, que fue corregido en su parte fáctica, antes de que diera inicio el presente procedimiento administrativo sancionador; en tanto que como

circunstancias agravantes no existe ninguna, con la que se deba regular la sanción correspondiente.

Para establecer la multa económica a imponer, se debe tomar en cuenta el contenido del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0057-M, de 10 de marzo de 2016, en el que se informa que la declaración del impuesto a la renta de la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., correspondiente al ejercicio económico 2014, asciende a la cantidad de 631.048.966,34USD (SEICIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON 34/100), adicionalmente en el presente caso, existen dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, por lo que se toma en cuenta la media entre la mínima y máxima sanción económica, que corresponde a una sanción de primera clase y se descuenta el 50% por las dos atenuantes mencionadas, con lo que se obtiene que el valor de la multa alcanza la suma de 52.061,54 USD (CINCUENTA Y DOS MIL SESENTA Y UN DÓLARES CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS).

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico constante en el Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0329 de 21 de marzo de 2016, e Informe Jurídico ARCOTEL-2016-JCZ2-R-042, de 21 de marzo de 2016, emitidos por las Unidades Técnica y Jurídica de la Coordinación Zonal 2.

Artículo 2.- DECLARAR que la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, al no haber desvirtuado el cometimiento del hecho infractor señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL N° 2016-CZ2-003 (fecha de entrada en vigencia de la "**Promoción Paquete Prepago de Internet \$2 + 2 días de Whatsapp**"), incumpliendo lo que determina el número 6 del artículo 64 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; ha incurrido, en la infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 117, letra b), numeral 16. que expresa: "**Artículo 117.- Infracciones de primera clase.- b) Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.**";

Artículo 3.- IMPONER a la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, la multa de 52.061,54 USD (CINCUENTA Y DOS MIL SESENTA Y UN DÓLARES CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS), valor que deberá ser cancelado en Unidad Financiera Administrativa 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 Villarreal, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el plazo de 30 días calendario, 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 DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, que cumpla con la normativa constitucional, legal y reglamentaria, a la que se encuentra obligado de acuerdo a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto estas obligaciones no admiten salvedad alguna.

Artículo 5.- INFORMAR a la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, 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 con la presente Resolución a la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., Av. De la República E7-16 y la Pradera, del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha.

Cumplase.-

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 22 días del mes de marzo de 2016.



Ing. Miguel Játiva Espinosa
COORDINADOR ZONAL 2

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)



Eduardo Carrión
c.c. archivo 22 /03/ 2016.