

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZ2-2016-0055

**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. TITULO HABILITANTE

En fecha 26 de agosto del 2008, se suscribió el Contrato de Concesión para la Prestación de 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 CONECEL S.A.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0577-M, de 02 de octubre de 2015, el Director de Control de Servicios de Telecomunicaciones, Subrogante, pone en conocimiento el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-0115, de 30 de septiembre de 2015, por el cual se hace la verificación de la información trimestral y semestral que la Operadora CONECEL S.A. debe reportar en el sistema automatizado con acceso a través de Internet (SAAD), relativo a los parámetros de calidad.

El objetivo de la actividad de control es verificar que la operadora CONECEL S.A. haya publicado en el SAAD los reportes de los nuevos índices de calidad para el SMA y cumpla con los valores objetivos para cada uno de los mismos, conforme a las resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014, de 27 de junio de 2014, así como comprobar que los reportes de calidad del servicio estén de acuerdo a lo que exige la ARCOTEL.

Con la publicación que realiza la empresa, corresponde al personal técnico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones comprobar que los formatos de los reportes de calidad del servicio estén acorde con el remitido por la Ex SENATEL, mediante Oficio No. SENATEL-DGGST-2015-0133 de 23 de enero de 2015 y que se encuentran además publicados en el SAAD de CONECEL.

El Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-0115, concluye en su página 35 que la operadora CONECEL S.A., de acuerdo a los valores informados en Formato SMA-

C-QoS-5, "Parámetros de Calidad General", a través de su SAAD, para el segundo trimestre del 2015 cumple con varios valores objetivos establecidos en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014, de 27 de junio del 2014; sin embargo se presenta la siguiente observación:

ITEM	PARAMETRO	PERIODO	OBSERVACION
1	Relación con el cliente	II TRIMESTRE 2015	La operadora no cumple el valor objetivo en las 24 provincias del Ecuador

1.3 ACTO DE APERTURA

En fecha 20 de enero del 2016, se emitió el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ2-2016-011, Acto con que se le notificó a la empresa concesionaria, el 21 de enero del 2016, de conformidad con el Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0083-M, de 25 de enero del 2016, suscrito por el Ing. Gonzalo Granda.

2 CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

"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. 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 sancionadora la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan a nivel 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."

RESOLUCIONES DE ARCOTEL

Mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo del 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 Ibídem 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 del 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 del 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 la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, en su 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 ARCOTEL-CZ2-2016-011, se ha notificado a la Empresa Concesionaria, la misma que ha comparecido y dado contestación estableciendo las pruebas de descargo, ha ofrecido poder o ratificación de la intervención; se ha ratificado la misma, ha solicitado las pruebas de las que se cree asistida; se le ha escuchado alegar verbalmente y se han practicado las diligencias del caso, se han respetado los términos determinados en la ley y se ha observado las garantías de debido proceso señaladas en la Constitución de la República fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa.

Sin embargo de lo expuesto la empresa Operadora CONECEL.S.A., en escrito ingresado el 13 de febrero del 2016 con trámite Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-002438-E, plantea la nulidad por vicio en la delegación administrativa, aspecto que es necesario aclararlo para determinar la validez de lo actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador; por lo tanto, sobre esta situación se considera lo siguiente:

- El Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador se dictó en fecha 20 de enero del 2016 y se notificó a la empresa en fecha 21 de enero del 2016, conforme la certificación conferida por la Unidad Administrativa de esta Coordinación Zonal, enviada mediante memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0083-M, de 25 de enero del 2016.
- No se expresa en ningún momento que esta autoridad tiene competencia por delegación conferida por la Directora; pues, siempre se ha manifestado y así consta dentro de todo el Acto de Apertura y fundamentalmente en el numeral 3.1 que habla de la AUTORIDAD Y COMPETENCIA.

Veamos de una forma más esquemática el problema de la competencia que no es más que la idoneidad jurídica que tiene un servidor para conocer y decidir sobre un asunto determinado.

En el caso concreto del Coordinador Zonal 2 de ARCOTEL, se individualiza su competencia por ser autoridad de un órgano al cual se le ha distribuido funciones

específicas y es así como lo determina la Ley Orgánica de Telecomunicaciones cuando manifiesta:

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. (...)"

La disposición TRANSITORIA SEXTA de la LOT manifiesta:

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 denominaciones que correspondan a la nueva institucionalidad....

La Estructura temporal fue aprobada por el Directorio mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo del 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."

Bajo esta estructura el Directorio designó a la Directora Ejecutiva para que defina las competencias de los órganos desconcentrados y en la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, en su Disposición General Primera, determina que se tomen como equivalentes los términos "Intendencia Regional Norte" con "Coordinación Zonal 2" y en su artículo 5 se definieron las competencias del órgano desconcentrado.

- Con el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dictado mediante DECRETO EJECUTIVO 864 de 28 de diciembre del 2015 se establece lo siguiente: (mayúsculas me pertenece)

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 sancionadora la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan a nivel 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.”*

La competencia en este caso, además de lo determinado en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se ampara en un Decreto Ejecutivo, conforme lo requiere la operadora, dejando claramente determinado que no se actúa por delegación; ya que tanto la Ley, cuanto el Reglamento General otorga la competencia al órgano desconcentrado en sí y por consiguiente la persona que ostenta o detenta la titularidad del órgano ejerce las funciones determinadas en la Constitución, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y normativa de menor jerarquía inherente.

En el caso que nos ocupa; mediante DECRETO EJECUTIVO, se determina que el órgano desconcentrado, es la Coordinación Zonal 2, encargada del procedimiento administrativo sancionador, sabiendo que en la estructura temporal aprobada por el Directorio se deben tomar como equivalentes los términos Intendencia Regional Norte y Coordinación Zonal 2.

En resumen, los siguientes aspectos explican la validez de la intervención de esta autoridad:

- La desconcentración viene dada por la ley, quien dispone que será el Directorio el que apruebe la estructura temporal.

La disposición TRANSITORIA SEXTA de la LOT manifiesta:

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 denominaciones que correspondan a la nueva institucionalidad....

Esta estructura temporal correspondía a la que tenía la Ex Superintendencia de Telecomunicaciones.

- La competencia no es del funcionario sino del Órgano y nace de la Constitución y la Ley, concretamente del artículo 226 de la Constitución de la República, con el cual es concordante el artículo 144 de Ley Orgánica de Telecomunicaciones, algunas veces referido.

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.

- Otro aspecto a considerar es que el Coordinador Zonal 2 no actúa por delegación de persona alguna, sino que su nombramiento, observa las funciones atribuidas al órgano ARCOTEL, y para los juzgamientos administrativos, Órgano Desconcentrado.

Por lo expuesto en el presente trámite, no existe nulidad que declarar en cuanto a la falta de competencia del órgano y de este Coordinador Zonal, por lo tanto se considera válido todo lo actuado.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

Es importante considerar que la Constitución de la República contiene normas que son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico y una fundamental es la siguiente:

El numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, 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;

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tipifica como infracción en su Art. 118 como de Segunda Clase, numeral 11 que manifiesta:

11: "El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."

En el caso de que luego del procedimiento administrativo, se declare la responsabilidad de la infracción imputada; la sanción que se impondría se encuentra determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que prescribe:

Art. 121.- clases.

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:

2.- Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0.03% al 0.07% del monto de referencia,

Art. 122.- Monto de referencia.

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

Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

b) Para las sanciones de segunda clase, desde ciento uno hasta trescientos Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.

Esta infracción y sanción se daría en cumplimiento de la normativa anterior si no existe prueba que desvirtúe los argumentos de hecho y derecho.

3 ANÁLISIS DE FONDO:**3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA**

La empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., ha presentado la contestación al Acto de Apertura, mediante Oficio GR-0120-2016, de 12 de febrero del 2016, con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-002438-E, el mismo que se recogerá en lo fundamental para el análisis y argumentación final.

En la primera parte del escrito de contestación se hace referencia a los antecedentes del procedimiento administrativo y a las nulidades procesales, principalmente a la nulidad por vicio en la delegación administrativa, lo que consta de fojas 1, 2 y 3; esta parte, no es necesaria transcribirla por cuanto esta Coordinación Zonal analizó y emitió un análisis sobre lo alegado bajo el título de PROCEDIMIENTO.

Una segunda parte de la contestación hace referencia a los documentos que sirvieron de sustento para la elaboración del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador y tiene como título: "**3. CONSIDERACIONES DEL INFORME TECNICO Y JURIDICO.**", que hace relación concretamente al Informe Técnico IT-DCS-C-2015-00115, de 30 de septiembre del 2015; y, se refiere también al Informe Jurídico ARCOTEL-2016-JCZ2-A-011, de 19 de enero del 2016.

Más adelante la empresa Operadora CONECEL S.A. manifiesta:

“3.2 Del objetivo del Acto de Apertura

En el Análisis Jurídico del Acto de Apertura, la ARCOTEL señala que el objetivo fundamental de este Acto es el siguiente:

- a) Verificar que la operadora CONECEL S.A. haya publicado en el SAAD los reportes de los nuevos índices de calidad para el SMA.
- b) Verificar que cumpla con los valores objetivos para cada uno de los mismos.
- c) Comprobar que los reportes de calidad del servicio esté de acuerdo a lo que exige la ARCOTEL.

3.2.1 Verificación que la operadora CONECEL S.A. haya publicado en el SAAD los reportes de los nuevos índices de calidad para el SMA.

CONECEL es una compañía que actúa siempre de acuerdo al marco normativo vigente, respetando las disposiciones y resoluciones de la ARCOTEL. Por este motivo, conforme el ANEXO 24, CONECEL ha publicado en el SAAD dentro de los plazos y formatos establecidos, los reportes de los nuevos Índices de calidad para el SMA, con lo cual ha dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en la ley Orgánica de Telecomunicaciones, Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, Contrato de Concesión y demás normativa vigente.

En base a las pruebas remitidas y conforme el propio Organismo de Regulación y Control ha podido verificar, CONECEL ha cumplido en tiempo y en forma su obligación de reportería de índices de calidad, por lo cual en base al cumplimiento de una de las premisa que motivan el Inicio del presente proceso administrativo de sanción, no se debería ni mucho menos podría sancionar a nuestra representada.

3.2.2 Verificación que la operadora, CONECEL S.A. cumpla con los valores objetivos para cada uno de los nuevos Indica de calidad para el SMA.

A través del Informe Técnico No. IT-DST-C-2015-0115 realizado por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, se constató que CONECEL “(...) *no habría alcanzado el valor objetivo señalado en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 da enero de 2014 por el lapso de dos periodos trimestrales consecutivos I y II trimestre de 2015, lo cual conlleva un posible Incumplimiento conforme lo establece la Cláusula 52.1 literal b) del Contrato de Concesión para la Prestación de 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 (en adelante el CONTRATO DE CONCESIÓN) suscrito entre CONECEL S.A y la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones”.

Ahora bien, es evidente que no se alcanzó el valor objetivo, sin embargo como es de su conocimiento, tal incumplimiento se debe a razones totalmente ajenas a la responsabilidad de CONECEL, en tal sentido nuestra representada en un sinnúmero de ocasiones, y por ser más precisos a través de los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 Y GR-2100-2015, solicitamos y recomendamos a vuestra Autoridad, que analice la escala aplicada, y de ser el caso la misma sea modificada hacia la escala anterior, toda vez que se constató la existencia de problemas encontrados en los parámetros de calidad, lo que hacía que dicha obligación sea de imposible cumplimiento por nuestra parte. Ahora bien, en el escenario en el que se demuestre el incumplimiento de nuestra representada, por no cumplir con el valor objetivo de índice en cuestión, es necesario resaltar que la posible sanción correspondería a una amonestación escrita, conforme lo estipulado en la Cláusula 52.1 literal b) del Contrato de Concesión.

3.2.3 Comprobación de que los reportes de calidad del servicio estén de acuerdo a lo que exige la ARCOTEL.

Respecto al valor objetivo $GE \geq 3,5$ exigido por la ARCOTEL dentro del Parámetro de Calidad 5.1., Encuesta de percepción del usuario (Relación con el Cliente) mediante Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014, nos permitimos realizar el siguiente análisis:

El Contrato de Concesión en su Anexo 5: "Lista de Parámetros" vigente desde el 26 de agosto del 2008, estableció la medición del indicador Relación con el Cliente, con periodicidad semestral, hasta la expedición de la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, en la cual se modifica el parámetro establecido, y entra en vigencia a partir del tercer trimestre del 2014 su medición.

Diferencia entre mediciones.-

CONTRATO DE CONCESIÓN: ANEXO 5	RESOLUCIÓN TEL-M2.Q1-CONATEL-2014
Periodicidad Semestral	Periodicidad Trimestral
Cambio de Escalas:	Cambio de Escalas:
<i>Muy Bueno 5</i>	<i>Excelente 5</i>
<i>Bueno 4</i>	<i>Muy Bueno 4</i>
<i>Aceptable 3</i>	<i>Bueno 3</i>
<i>Malo 2</i>	<i>Regular 2</i>
<i>Muy Malo 1</i>	<i>Malo 1</i>

No existe lista de proveedores para medición	Existe una lista de proveedores específicos
-	Marquet
-	Data Análisis
-	Cedatos
-	Informe Confidencial
Medición Nacional	Medición Provincial
Valor Objetivo >-3	Valor Objetivo >=3.5

Con el objetivo de cuantificar la afectación a nivel de calificaciones obtenidas mediante la medición del parámetro de calidad para nuestra representada, se remiten algunos casos para su verificación:

La empresa Operadora CONECEL S.A., adjunta algunos cuadros de mediciones de las tendencias en relación a este parámetro de calidad "RELACIÓN CON EL CLIENTE", pág. 8, del escrito de comparecencia y demuestra como la mediación de acuerdo a contrato de concesión, fundamentalmente en su Anexo 5, cumplía con el valor objetivo a nivel provincial y nacional, incluso sobrepasando la meta de cumplimiento sin ningún problema.

Posteriormente, presenta otra gráfica de medición en comparación del Anexo 5 del Contrato de Concesión y en relación con la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, en donde manifiesta que empieza a crearse un sesgo metodológico, que se puede constatar en las mediciones del año 2015, en donde la medición promedio es de 3.02, valor mucho menor a los obtenidos para los años 2012, 2013 y 2014, afectando un 21% el valor del índice. (Se puede apreciar en las gráficas de páginas 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del escrito de contestación)

Así mismo es de resaltar, que producto de la medición ejecutada en el Primer Trimestre del 2015, a través de una de las empresas encuestadoras habilitadas para realizar el estudio correspondiente, conforme lo dispuesto por la exSENATEL a través del oficio SENATEL-DGGSTM-2014-0945-0F, hemos identificado, gracias a la asesoría de la empresa seleccionada Data Análisis que el cambio en la escala de medición de las preguntas, en contraste a la escala que se encontraba vigente en el año 2014, ha causado una distorsión en los resultados de la encuesta conforme lo explicamos a continuación:

La escala utilizada anteriormente tenía estas opciones de respuesta: Muy bueno (5), bueno (4), aceptable (3), malo (2) y muy malo (1).

La escala vigente posee las siguientes opciones de respuesta: Excelente (5), Muy bueno (4), bueno (3), regular (2) y malo (1).

Ambas escalas utilizadas son diferentes, lo que provoca que los resultados de ambas evaluaciones presenten variaciones considerables, ya que si analizamos la escala utilizada anteriormente, la misma cumple lo que caracteriza a una escala de

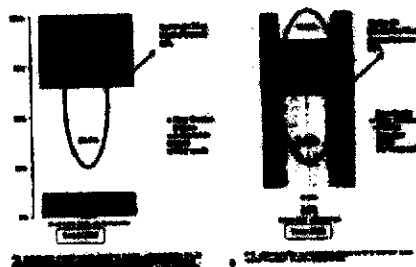
medición según el método Likert ya que permite descubrir distintos niveles de opinión, lo que resulta particularmente útil para el objetivo de la encuesta, además que permite identificar fácilmente las áreas de mejora para las empresas del SMA; particular que no se refleja con la escala actual, ya que la misma es difusa y causa confusión a los abonados/usuarios, ya que por ejemplo la opción Regular, tiene varias connotaciones o interpretaciones dependiendo de la provincia en donde se ejecute la encuesta, en este sentido esta interpretación causa un sesgo en los resultados, por lo que, nos permitimos adjuntar su definición según Guillermo Cabanellas:

REGULAR. "Vocablo Polifacético. Ni bueno ni malo en calidad o Proceder"

Como se puede apreciar la escala actual, tiene problemas de conceptualización en la graduación, lo que causa que el abonado/cliente sea inducido a errores en su respuesta, además que no existe un equilibrio natural entre las opciones positivas o conocidas como TOP BOX y las respuestas negativas o BOTTOM SOX, por lo que consideramos que existe inconvenientes metodológicos y recomendamos que la escala aplicada debe ser modificada hacia la escala anterior por todos los criterios antes vertidos, finalmente nos permitimos presentar una comparación más ilustrativa que demuestra nuestro análisis:

- *Las preguntas que se analizan a continuación son las únicas similares (no exactas) entre ambas mediciones y fueron contestadas por los entrevistados usando diferentes escalas.*
- *Vamos a analizar la pregunta 9 de la medición anterior que es similar a la pregunta 12 de la actual.*
- P9, Viendo esta misma tarjeta (mostrar tarjeta) ¿cómo percibe Ud. la amabilidad, cortesía y paciencia de la gente de CLARO que alguna vez la atendió a Ud. por alguna situación? - (Ex proveedor)
- P12. ¿Cómo califica la amabilidad del personal al atender a sus requerimientos? (RU.) - (Datánalisis)

Los resultados a ambas preguntas se muestran en el siguiente gráfico incluido en el informe final de la medición enero-marzo 2015:



- En la pregunta aplicada por el proveedor anterior, la columna calificación indica el valor dado a cada categoría; el número de casos es el total de encuestas que calificaron Muy Bueno, Bueno, Aceptable, Malo y Muy malo, la sumatoria es la multiplicación de los casos por dicho valor (5, 4, 3, 2,1).
- En la medición anterior, 1400 casos responden Muy bueno a esa pregunta, dando un total de 7000 (1400x5), mientras que en la medición de marzo, en la segunda columna calificación 1089 casos responden Muy bueno dando un total de 4357 (1089x4).
- Solo en esta calificación ya existe una diferencia de 2643 con la medición actual, así la suma total al final queda 16338 para la escala anterior y 13522 con la nueva escala, quedando una diferencia de 2816, esa diferencia influye en el resultado final.
- El valor dado en la escala anterior para Muy Bueno fue 5, mientras que para la escala actual es 4.

De lo manifestado anteriormente, se puede colegir que los resultados obtenidos a través de las encuestas realizadas por su Autoridad, no son resultados o valores objetivos, pues dicha encuesta, a diferencia de lo que ocurría con la anterior en donde no constaba el término *Regular*, es difusa y causa confusión a los abonados/usuarios. Ese particular no ha permitido descubrir distintos niveles de opinión, lo que resulta particularmente útil para el objetivo de la encuesta, por lo cual, no ha sido posible cumplir con el valor objetivo $GE \geq 3.5$ exigido por la ARCOTEL.

Se puede deducir además, la inexistencia de un sistema objetivo y apegado a criterios veraces que permitan a los operadores de telecomunicaciones cumplir con un resultado óptimo, solamente por el cambio de un parámetro en su tabla de evaluación.

Afectación Cualitativa y Metodológica.-

La escala de tipo Likert es una escala psicométrica comúnmente utilizada en cuestionarios, o encuestas de investigación, cuando respondemos a un elemento de un cuestionario elaborado con la técnica de Likert, lo hacemos especificando el nivel de acuerdo o desacuerdo con una declaración (elemento, Item o reactivo).

Una escala es una serie de items o frases que han sido cuidadosamente seleccionados, de forma que constituyan un criterio válido, fiable y preciso para medir de alguna forma los fenómenos sociales, en este caso se intenta medir de manera fehaciente la opinión de un abonado, usuario/cliente en relación al servicio prestado por la operadora, en este sentido, la respuesta que brinda el individuo debe ser en base a una escala que se conforma en alternativas claras y que expresen aspectos, positivos, negativos y un punto neutro, este equilibrio es

fundamental para medir encuestas. Cada escala que se plantee colocar como alternativa de respuesta debe declarar no sólo las dos posturas extremas, sino también graduar las intermedias. A medida que la escala gane en sensibilidad, ganará también en precisión.

Ahora bien si se analiza la nueva escala, la misma no posee un equilibrio lógico entre los parámetros TOP TWO BOX, y BOTTOM TWO BOX, ya que el aspecto BUENO, está en la mitad de la escala, es decir cumple la función del aspecto NEUTRO, y la calificación REGULAR distorsiona con su posición entre los aspectos negativos.

Excelente	5
Muy Bueno	4
Bueno	3
Regular	2
Malo	1

Es de precisar, que en la elaboración de la encuesta y herramienta de medición ARCOTEL cometió ciertos errores metodológicos, entre los principales son los siguientes:

1. Levantar una encuesta en base a preguntas con contenido Técnico, terminología que el abonado, usuario/diente desconoce, por ejemplo un cliente promedio no entiende cual es la diferencia entre los siguientes términos disponibilidad, accesibilidad, integridad y retenibilidad del servicio móvil.
2. La medición cambio de ser Nacional, a Provincial, aquí la desventaja es que existe grandes probabilidades que las operadoras no logren cumplir con la muestra y el nivel de confianza, al menos para aquellas operadoras con menor posición de mercado.
3. Escalas de Medición no equilibradas, cuando el estándar señala que una escala debe ser:

Puntuación	Significado
1	Completamente en desacuerdo
2	En desacuerdo
3	Neutro
4	De acuerdo
5	Completamente de acuerdo

4. No se realizó la validación del instrumento de medición, paso que implica cumplir con la revisión de la redacción, entendimiento y cumplimiento de los parámetros que se desean medir, para certificar que la encuesta mide lo que se desea medir; particular que debió ser revisado por los profesionales del campo.

5. No se ejecutó un Pre-Test, con una muestra de clientes, abonados/usuarios, con la finalidad de garantizar la confiabilidad de la medición, y la consistencia de las afirmaciones y escala de medición, frente a la interpretación de los encuestados.

Como consecuencia de los errores metodológicos descritos se creó un sesgo y margen de error entre las encuestas, y esto puede ser comparado porque CONECEL fue la única empresa que acató la disposición de ARCOTEL de medir el parámetro de calidad mediante lo dispuesto en la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.

Señor Coordinador, como podrá observar, nuestras precisiones señaladas *supra*, fueron debidamente puestas en su consideración por medio de los oficios No. GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 Y GR-21 00-2015, sin embargo hasta el momento no hemos recibido respuesta ni mucho menos pronunciamiento alguno, como recordará el artículo 25, numeral 3 de la LOT, menciona que es un derecho de los prestadores de servicios de las telecomunicaciones:

"(...) Recibir de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, atención oportuna y motivada de sus peticiones"

Queda claro pues, que jamás recibimos respuesta por parte de la ARCOTEL, pese a que están obligados a realizarlas, en tal sentido intentamos demostrar que nuestra pretensión no fue el dejar de remitir reportes, sino el que se acoja nuestras inquietudes para que se modifique y analicen los parámetros como tantas veces ya se ha mencionado, ya que son de imposible cumplimiento.

3.2 De las obligaciones legales presuntamente Infringidas por CONECEL

El Contrato de Concesión para la Prestación de Servicios Móviles Avanzados, celebrado entre la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL S.A. (en adelante el Contrato), establece lo siguiente:

"(...) Cláusula 52.- Incumplimientos contractuales. 52.1 Incumplimientos de primera clase.- Se consideraran como incumplimientos de primera clase las siguientes acciones u omisiones: (..) b) Repetición por dos ocasiones consecutivas sin alcanzar el valor objetivo del índice conforme a la frecuencia de medición, de cualquiera de los Parámetros Mínimos de Calidad codificados como 5.1, 5.2 Y 5.5 en el Anexo 5 de este Contrato". (lo subrayado nos pertenece)

La ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 118, literal b), numeral 11, señala que:

"(..) Son Infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitenles comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

(...) 11. *El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones*".

Frente a esta realidad, es evidente que nos encontramos frente a dos instrumentos legales que tipifican el mismo acto en el mismo sujeto, sin embargo disponen sanciones abiertamente diferentes, siendo un caso extremadamente gravoso. La Constitución de la República, previendo este escenario, manifiesta en su Artículo 76, numeral 5 y 6, que:

*"(...) Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. **En caso de duda sobre una norma que contenga sanción, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.** 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza". (Lo resaltado nos pertenece)*

En tal sentido, es una obligación constitucional de la Administración, en el caso de existir sanción alguna, el de aplicar la que sea más favorable a la persona infractora, en consecuencia se deberá aplicar el Contrato de Concesión, mas no la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

3.3 De la sanción

El Contrato de Concesión para la Prestación de Servicios Móviles Avanzados, celebrado entre la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL S.A., dispone lo siguiente:

"(...) Cláusula 55.- Sanciones contractuales. Los incumplimientos contractuales citados en la Cláusula 52 del presente Contrato darán lugar a la aplicación de las siguientes sanciones: 55.1 Sanción a los incumplimientos de primera clase: Corresponde a una amonestación escrita". (Lo subrayado nos pertenece)

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el artículo 121, numeral 2, establece:

"(...) 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% al 0,07% del monto de referencia"

De igual manera, y como ya se ha señalado, es deber de la ARCOTEL, regirse bajo la norma constitucional, en consecuencia en el supuesto de adoptar medidas, se deberá aplicar la que sea más favorable al administrado

4. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE DERECHO

El Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, celebrado entre la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL S.A., conforme la doctrina, es aquel instrumento legal conforme el cual:

"(...) el Estado encomienda a una persona, natural o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales.

Este Contrato de Concesión, al tenor de lo establecido en la doctrina constituye:

*"(...) para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y - además- que no se puede consentir la mera invocación del interés público por parte de la Administración contratante para pretender desligarse de sus compromisos regularmente asumidos (...) Si el contrato es caracterizado legalmente como una declaración de voluntad común destinada a reglar los deberes y derechos subjetivos de las partes contrayentes (Artículo 1137, Código Civil) y en tanto configura para ellas una regla a la cual deben sujetarse como a la ley misma (Artículo 1197, Código Civil), **no pueden haber dudas de que el contrato administrativo encaja en el concepto de fuentes del derecho, incluso en el ámbito de las dos acepciones antes apuntadas**" (lo resaltado nos pertenece).*

Siguiendo la misma línea, la doctrina ha sostenido que, si bien es cierto el Estado tiene la facultad o prerrogativa de introducir modificaciones dentro de la organización o en el funcionamiento del servicio público, "(...) las modificaciones que establezca la Administración Pública siempre tendrán por base el contrato de concesión de servicio público (...)" . Por lo tanto, el contrato de concesión genera a favor del contratista concesionario –CONECEL- una serie de derechos subjetivos, los cuales tienen amparo en la Constitución y en la normativa vigente.

*"(...) Así, como correlato al derecho de mutabilidad del contrato que tiene la Administración con fundamento en el interés público, **el concesionario tiene el derecho a que esa prerrogativa no signifique el desconocimiento liso y llano de sus derechos contractuales y que llegue al grado de desnaturalizar o desfigurar las condiciones pactadas**- Por ello, no es posible que el poder administrativo varíe las condiciones contractuales en perjuicio del concesionario que posee derecho subjetivos nacidos del contrato, con efectos lesivos que desnaturalicen la relación contractual" (Lo resaltado y en negrilla nos pertenece).*

Por su parte, la jurisprudencia ha coincidido con lo manifestado por la doctrina y ha considerado que,

“(…) la modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad de la contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del iusvariandi pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria. **Si así no fuera, la noción misma de contrato quedaría desvirtuada.** Cabe recordar al respecto que la propia demandada ha insistido en que la institución, aun en el campo del derecho administrativo, sigue siendo la ley para las partes.” (Lo subrayado y en negrilla nos corresponde).

La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ha determinado que,

“El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es este acuerdo el que, salvo ciertas excepciones impuestas por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, **determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir** y la extensión y duración del mismo.” (Lo resaltado y en negrilla nos corresponde).

De lo manifestado anteriormente, se puede colegir que el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, celebrado entre la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL S.A., es una fuente plena de derecho que constituye Ley para las partes. Al ser una fuente plena de derecha, es obligación de su autoridad aplicar lo correspondiente a las sanciones previstas en la Cláusula 55 del Contrato, esto es, una amonestación escrita, más aún cuando la misma Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones ha manifestado en su Informe Técnico No. IT-DST-C-2015-0115 que, CONECEL al no alcanzar por dos periodos trimestrales consecutivos el valor objetivo, conlleva un posible incumplimiento de la Cláusula 52.1 literal b) del Contrato.

5. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

El Informe Técnico No. IT-DST-C-2015-0115 elaborado por la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, es enfático al mencionar que la operadora CONECEL:

“(…) no habría alcanzado el valor objetivo señalado en la Resolución TEL-G42-01- CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 por el lapso de dos periodos trimestrales consecutivos I y II Trimestre de 2015, lo cual conlleva

*un posible **incumplimiento conforme lo establece. 18 Clausula 52.1 literal b) del contrato de concesión** suscrito entre CONECEL S.A. y la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones el 26 de agosto de 2008" (Lo resaltado y en negrilla nos corresponde).*

Ahora bien, el Contrato de Concesión, al cual la ARCOTEL hace referencia, en su Cláusula 55 establece como sanción para este tipo de incumplimiento una amonestación escrita. Sin embargo, en el Acto de Apertura elaborado por el Organismo Desconcentrado Zonal 2 de la ARCOTEL, su Autoridad establece como presunta sanción al incumplimiento contractual por parte de CONECEL, la multa correspondiente a las infracciones de segunda clase, esto es una multa entre el 0.03% al 0.07% del monto de referencia, conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Frente a esta realidad, es evidente que nos encontramos frente a dos instrumentos legales que tipifican el mismo acto en el mismo sujeto, sin embargo disponen sanciones abiertamente diferentes, siendo un caso extremadamente gravoso. La Constitución de la República, previendo este escenario, manifiesta en su Artículo 76, numeral 5 y 6, que:

*"(...) Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. **En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.** 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza". (lo resaltado nos pertenece)*

Lo establecido en la Carta Magna concuerda con lo manifestado por la doctrina, dentro de la cual se lo conoce a este postulado como Principio de favorabilidad. De igual manera, la doctrina ha sostenido que la administración pública goza de una potestad sancionadora compatible con otra similar propia de los tribunales de justicia, siendo así ambas manifestaciones, parte de un genérico iuspuniendi del Estado. Por lo tanto, las garantías jurisdiccionales del debido proceso en materia penal se transpolan al ámbito administrativo sancionador.

En nuestra legislación, el principio de favorabilidad se encuentra consagrado en varios cuerpos normativos, como el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), el cual establece en el numeral 2 de su Artículo 5 que, *"(...) en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción (...)*. Siguiendo la misma línea, el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por el Ecuador, señala en su Artículo 15 que:

*"(...) Art. 15. · 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. **Tampoco se Impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.** Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". (Lo subrayado y en negrilla nos corresponde)*

De manera similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por el Ecuador, establece en su Artículo 9 que:

*"(...) Art. 9.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. **Tampoco se puede Imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.** Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". (Lo resaltado y en negrilla nos corresponde)"*

En el mismo sentido, la jurisprudencia concuerda con lo manifestado *supra* y ha determinado que:

"(...) Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley.(...).

Si bien por regla general la ley penal rige para/as conductas cometidas durante su vigencia, en virtud del principio de favorabilidad es posible excepcionar tal postulado mediante su aplicación retroactiva o ultraactiva. En el primer caso, la ley es aplicada a hechos ocurridos antes de que entrara a regir, mientras que en el segundo, su aplicación va mas allá de su vigencia en el tiempo y, por regla general, se ocupa de sucesos acaecidos cuando aún regía, siempre que ello reporte tratamiento benéfico a la situación del sujeto pasivo de la acción penal (...)" (el resaltado me corresponde)".

En este caso en particular, tenemos por un lado el Contrato de Concesión para la Prestación de Servicios Móviles Avanzados, celebrado entre la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL S.A., el cual constituye una fuente de derecho y contempla como sanción por no alcanzar el valor objetivo durante dos periodos consecutivos, una amonestación por escrito. Mientras que, por otro lado, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece como sanción, para el mismo supuesto de hecho, **una multa entre el 0.03% al 0.07% del monto de referencia.** Ante dos sanciones respecto de un mismo supuesto acto con identidad de hecho y

sujeto, vuestra Dirección está en la obligación de que en el supuesto no consentido de sancionar a mi representada, lo haga conforme a los principios y garantías consagrados en la Carta Magna y marco normativo, así como a la jurisprudencia y la doctrina, esto es aplicando la ultractividad del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicios Móviles Avanzados, en función del principio de favorabilidad, por lo tanto deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador.

De no proceder su Autoridad conforme los principios y garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna y la normativa legal vigente, además de contravenir todo lo mencionado *supra*, violarla lo establecido en el Artículo 11 de la Constitución de la República que estipula:

"(...) Art.11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. (...) Los derechos, y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e Inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley" (Lo resaltado y en negrilla nos corresponde).

6. DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD

El ejercicio de esa potestad sancionadora en un procedimiento, implica o exige de la Administración como base: a) la constatación de los hechos (que acciones del querellante y del querellado existen como verdad procesal), b) subsunción de la actuación u omisión en un tipo legal de infracción, c) determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, d) atribución concreta de la competencia administrativa. Con ello queda descartada la posibilidad de la discrecionalidad punitiva, esto conlleva a que para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones.

Señor Coordinador, la ARCOTEL y sus coordinaciones zonales gozan de potestad administrativa conforme a la LOT en términos generales, sin embargo dicha norma positiva NO es la única fuente de derecho en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, por cuanto el Estado al que vuestro despacho representa dignamente, celebró un CONTRATO PUBLICO de concesión para la prestación de un sector estratégico del Estado, en virtud del cual se rigen las condiciones para la prestación del servicio, sanciones, infracciones y regulaciones estatales necesarias, mismas que siguen vigentes hasta su derogación expresa por la ley u otro contrato de concesión.

Así pues, en la presente causa al existir identidad subjetiva y objetiva en relación a CONECEL y una presunta infracción, misma que se la asignó dos sanciones diferentes, toda autoridad administrativa se encuentra en la obligación de determinar que sanción corresponde aplicar CONFORME al ordenamiento jurídico nacional, es decir, vuestro despacho está obligado a aplicar la Constitución, los tratados internacionales y los principios generales del derecho, así como las garantías constitucionales a la hora de resolver el conflicto de que norma sancionatoria aplicar, de llegar a encontrar a CONECEL como presunto culpable de una Infracción de primer grado.

7. DE LA SANCIÓN A LA PRESUNTA INFRACCIÓN

La Constitución de la República como norma rectora de toda persona natural o jurídica, pública y privada y de todo proceso jurisdiccional, garantiza:

*"(...) Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 5. **En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.** 6. **La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, (lo subrayado y en negrilla nos pertenece)***

En consideración a que existen dos sanciones respecto de un mismo supuesto acto, su Autoridad esté en la obligación de que en la posible sanción a mi representada, lo haga conforme a los principios y garantías consagrados en la Carta Magna y marco normativo, así como a la jurisprudencia y la doctrina, esto es aplicando la ultractividad del Contrato de Concesión, en función del principio de favorabilidad, pues este cuerpo normativo contempla la sanción que más favorece al imputado.

Interpongo el presente argumento indubio pro administrado y aplicación del principio de favorabilidad, de manera subsidiaria, en caso de considerar vuestro despacho proseguir con el decurso del expediente, conforme al Artículo 426 de la Carta Magna según el cual:

*"(...) Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, **autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarla directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente**". (Lo subrayado y en negrilla nos corresponde)*

8. DE LAS PRUEBAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 127 de la LOT, solicito se efectúen las siguientes pruebas, las que se considerarán a favor de CONECEL:

- a. Se sirva realizar un informe, por el cual se certificará el sello de tiempo, de los reportes (5.1) Relación con el Cliente, subidos al sistema SAAD por nuestra representada, en los doce últimos meses.
- b. Se nombre a un perito o experto en la materia, para que de manera clara, precisa y detallada, Informe si el cambio en la escala de medición de las preguntas, en contraste a la escala que se encontraba vigente en el año 2014, ha causado distorsiones en los resultados.
- c. Se fije fecha y hora, a fin de presentar de forma verbal nuestros argumentos jurídicos y técnicos expuestos en la presente.

9. DE NUESTRA SOLICITUD

Por lo anteriormente mencionado, amparados en los principios y garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, así como en la normativa contractual y legal vigentes, solicitamos a vuestra Autoridad, que considere cada una de las excepciones señaladas, y se abstenga de emitir sanción alguna a CONECEL S.A., por los hechos Imputados en el Acto de Apertura.

De igual manera solicitamos, que en el caso de que vuestra Autoridad considere sancionar a nuestra representada, se le aplique lo estipulado en el Contrato de Concesión.

Hasta aquí lo fundamental de la contestación a la que acompaña documentación que hace relación a la delegación con procuración judicial que confiere la Operadora CONECEL S.A., a su abogado patrocinador y algunas capturas de pantalla, lo que será considerado y analizado más adelante.

3.2 PRUEBAS

Con la contestación dada por el permisionario del SMA y de lo actuado dentro del procedimiento administrativo, es necesario que se considere las siguientes constancias actuadas y que hacen prueba:

- a.- El Informe Técnico IT-DCS-C-2015-00115, sobre la VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS DE CALIDAD establecidos en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio del 2014 de la operadora CONECEL S.A.

- b.- Emisión del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de enero de 2016;
- c.- Comparecencia por parte de la empresa CONECEL S.A. la misma que ha intervenido a través de dos escritos, el primero con ingreso Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-002438-E de 13 de febrero de 2016 y que corresponde a la contestación al Acto de Apertura, el mismo que se encuentra transcrito en su parte fundamental; y, el segundo escrito con ingreso Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-002525-E de 15 de febrero de 2016 que se refiere a la insistencia de practicar la prueba solicitada y que fue negada mediante acto del 16 de febrero del 2016 a las 14h30.
- d.- Se ha practicado la prueba solicitada en todo lo que ha sido pertinente y se ha recibido la alegación verbal el 23 de febrero del 2016.
- e.- Informe Intermedio, dentro del procedimiento iniciado en el acto de apertura del procedimiento Administrativa ARCOTEL-CZ2-2016-011, el mismo que consta en el expediente con Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0482-M.
- f.- Informe Jurídico ARCOTEL-JCZ2-2016-R-0023, en el que se hace un análisis de todas las constancias procesales, el mismo que será considerado dentro de la Motivación a la presente Resolución.

3.3 MOTIVACIÓN

PRIMERO: ANÁLISIS TÉCNICO DE LA CONTESTACIÓN DADA POR CONECEL

La Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, envía el ANÁLISIS DE RESPUESTA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZ2-2016-011, mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0482-M, de 21 de abril del 2016, el mismo que se encuentra firmado por el Ing. Christian Criollo y que en lo fundamental manifiesta:

ANTECEDENTES.-

Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ2-2016-011, por el presunto incumplimiento detallado a continuación: "...la operadora CONECEL S.A., (...) no alcanzó el valor objetivo del indicador 5.1 para las 24 provincias del Ecuador, no alcanzando tampoco dicho valor para el segundo trimestre de 2015, (...); por lo cual no habría alcanzado el valor objetivo señalado en la Resolución TEL -042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 por el lapso de dos periodos trimestrales consecutivos I y II Trimestre de 2015..."

Oficio GR-0120-2016 de 12 de febrero de 2016, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-002438-E el día 13 de febrero de 2016, mediante el cual la operadora del SMA CONECEL S.A., da contestación al citado Acto de Apertura.

ANÁLISIS.-

La operadora del SMA CONECEL S.A., con trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016 - 002438 E el día 13 de febrero de 2016, referente al ámbito técnico, manifiesta entre otros aspectos lo siguiente:

“...

3.2.2 Verificación que la operadora CONECEL S.A. cumpla con los valores objetivos para cada uno de los nuevos índices de calidad para el SMA.

A través del Informe Técnico No. IT-DST-C-2015-0115 realizado por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, se constató que CONECEL “(...) no habría alcanzado el valor objetivo señalado en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 por el lapso de dos períodos trimestrales consecutivos y II trimestre de 2015, lo cual conlleva un posible incumplimiento conforme lo establece la Cláusula 52.1 literal b) del Contrato de Concesión para la Prestación de 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 (en adelante el CONTRATO DE CONCESIÓN) suscrito entre CONECEL S.A. y la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones”.

Ahora bien, es evidente que no se alcanzó el valor objetivo, sin es [SIC] embargo como es de su conocimiento, tal incumplimiento se debe a razones totalmente ajenas a la responsabilidad de CONECEL, en tal sentido nuestra representando (SIC) en un sinnúmero de ocasiones, y por ser más precisos a través de los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, solicitamos y recomendamos a vuestra Autoridad, que analice la escala aplicada, y de ser el caso la misma sea modificada hacia la escala anterior, toda vez que se constató la existencia de problemas encontrados en los parámetros de calidad, lo que hacía que dicha obligación sea de imposible cumplimiento por nuestra parte. Ahora bien, en el escenario en el que se demuestre el incumplimiento de nuestra representada, por no cumplir con el valor objetivo del índice en cuestión, es necesario resaltar que la posible sanción correspondería a una amonestación escrita, conforme lo estipulado en la Cláusula 52.1 literal b) del Contrato de Concesión.

3.2.3 Comprobación de que los reportes de calidad del servicio estén de acuerdo a lo que exige la ARCOTEL.

Respecto al valor objetivo $GE \geq 3,5$ exigido por la ARCOTEL dentro del Parámetro de Calidad 5.1., Encuesta de percepción del usuario (Relación con el Cliente) mediante Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014, nos permitimos realizar el siguiente análisis:

El Contrato de Concesión en su Anexo 5: “Lista de Parámetros” vigente desde el 26 de agosto del 2008, estableció la medición del indicador Relación con el Cliente, con periodicidad semestral, hasta la expedición de la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, en la cual se modifica el parámetro establecido, y entra en vigencia a partir del tercer trimestre del 2014 su medición.

(...)

Afectación Cuantitativa.-

Con el objetivo de cuantificar la afectación a nivel de calificaciones obtenidas mediante la medición del parámetro de calidad para nuestra representada, se remiten algunos casos para su verificación:

(...)

Así mismo es de resaltar, que producto de la medición ejecutada en el Primer Trimestre de 2015, a través de una de las empresas encuestadoras habilitadas para realizar el estudio correspondiente, conforme lo dispuesto por la ex SENATEL a través del oficio SENATEL-DGGST-2014-0945-OF, hemos identificado, gracias a la asesoría de la empresa seleccionada Data Análisis que el cambio en la escala de medición de las preguntas, en contraste a la escala que se encontraba vigente en el año 2014, ha causado una distorsión en los resultados de la encuesta conforme lo explicamos a continuación:

La escala utilizada anteriormente tenía estas opciones de respuesta: **Muy bueno (5), bueno (4), aceptable (3), malo (2) y muy malo (1).**

La escala vigente posee las siguientes opciones de respuesta: **Excelente (5), Muy bueno (4), bueno (3), regular (2) y malo (1).**

Ambas escalas utilizadas son diferentes, lo que provoca que los resultados de ambas evaluaciones presenten variaciones considerables, ya que si analizamos la escala utilizada anteriormente, la misma cumple lo que caracteriza a una escala de medición según el método Likert ya que permite descubrir distintos niveles de opinión, lo que resulta particularmente útil para el objetivo de la encuesta, además que permite identificar fácilmente Las áreas de mejora para las empresas del SMA; particular que no se refleja con la escala actual, ya que la misma es difusa y causa confusión a los abonados/usuarios, ya que por ejemplo la opción Regular, tiene varias connotaciones o interpretaciones dependiendo de la provincia en donde se ejecute la encuesta, en este sentido esta interpretación causa un sesgo en los resultados, por lo que, nos permitimos adjuntar su definición según Guillermo Cabanellas;

REGULAR. "Vocablo Polifacético. Ni bueno ni malo en calidad o Proceder"

Como se puede apreciar la escala actual, tiene problemas de conceptualización en la graduación, lo que causa que el abonado/clientes sea inducido a errores en su respuesta, además que no existe un equilibrio natural entre las opciones positivas o conocidas como TOP BOX y las respuestas negativas o BOTTOM BOX, por lo que consideramos que existe Inconvenientes metodológicos y recomendamos que la escala aplicada debe ser modificada hacia la escala anterior por todos los criterios antes vertidos, finalmente nos permitimos presentar una comparación más ilustrativa que demuestra nuestro análisis:

(...)

Afectación Cualitativa y Metodológica.-

La escala de tipo Likert es una escala psicométrica comúnmente utilizada en cuestionarios, o encuestas de investigación, cuando respondemos a un elemento de un cuestionario elaborado con la técnica de Likert lo hacemos especificando el nivel de acuerdo o desacuerdo con una declaración (elemento, ítem, o reactivo).

Una escala es una serie de ítems o frases que han sido cuidadosamente seleccionados, de forma que constituyan un criterio válido, fiable y preciso para medir de alguna forma los fenómenos sociales, en este caso se intenta medir de manera fehaciente la opinión de un abonado, usuario/cliente en relación al servicio prestado por la operadora, en este sentido, la respuesta que brinda el individuo debe ser en base a una escala que se conforma en alternativas claras y que expresen aspectos, positivos, negativos y un punto neutro, este equilibrio es fundamental para medir encuestas. Cada escala que se plantee colocar como alternativa de respuesta debe declarar no sólo las dos posturas extremas, sino también graduar las intermedias. A medida que la escala gane en sensibilidad, ganará también en precisión.

Ahora bien si se analiza la nueva escala, la misma no posee un equilibrio lógico entre los parámetros TOP TWO BOX y BOTTOM TWO BOX, ya que el aspecto BUENO, está en la mitad de la escala, es decir cumple la función del aspecto NEUTRO, y la calificación REGULAR distorsiona con su posición entre los aspectos negativos.

Excelente	5
Muy Bueno	4
Bueno	3
Regular	2
Malo	1

Es de precisar que en la elaboración de la encuesta y herramienta de medición ARCOTEL cometió ciertos errores metodológicos, entre los principales son los siguientes:

1. Levantar una encuesta en base a preguntas con contenido Técnico, terminología que el abonado, usuario/cliente desconoce, por ejemplo un cliente promedio no entiende cual es la diferencia entre los siguientes términos disponibilidad, accesibilidad, integridad y retenibilidad del servicio móvil.

2. La medición cambio de ser Nacional, a Provincial, aquí la desventaja es que existe grandes probabilidades que las operadoras no logren cumplir con la muestra y el nivel de confianza, al menos para aquellas operadoras con menor posición de mercado.

3. Escalas de Medición no equilibradas, cuando el estándar señala que una escala debe ser:

(...)

4. No se realizó la validación del instrumento de medición, paso que implica cumplir con la revisión de la redacción, entendimiento y cumplimiento de los parámetros que se desean medir, para certificar que la encuesta mide lo que se desea medir; particular que debió ser revisado por los profesionales del campo.

5. No se ejecutó un Pre-Test, con una muestra de clientes, abonados/usuarios, con la finalidad de garantizar la confiabilidad de la medición, y la consistencia de las afirmaciones y escala de medición, frente a la interpretación de los encuestados.

Como consecuencia de los errores metodológicos descritos se creó un sesgo y margen de error entre las encuestas, y esto puede ser comparado porque CONECEL fue la única empresa que acató la disposición de ARCOTEL de medir el parámetro de calidad mediante lo dispuesto en la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.

Señor Coordinador, como podrá observar, nuestras precisiones señaladas supra, fueron debidamente puestas en su consideración por medio de los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, sin embargo hasta el momento no hemos recibido respuesta ni mucho menos pronunciamiento alguno, como recordará el artículo 25, numeral 3 de la LOT, menciona que es un derecho de los prestadores deservicios de las telecomunicaciones:

"(..) Recibir de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, atención oportuna y motivada de sus peticiones".

Queda claro pues, que jamás recibimos respuesta por parte de la ARCOTEL, pese a que están obligados a realizarlas, en tal sentido intentamos demostrar que nuestra pretensión no fue el dejar de remitir reportes, sino el que se acoja nuestras inquietudes para que se modifique y analicen los parámetros como tantas veces ya se ha mencionado, ya que sonde imposible cumplimiento...."

En relación a los párrafos anteriormente citados, en resumen la operadora del SMA CONECEL S.A. manifiesta que si bien es cierto es evidente que no se alcanzó el valor objetivo del indicador 5.1 para las 24 provincias del Ecuador, esto se debe a razones ajenas a la responsabilidad de CONECEL, puesto que según señalan la nueva escala aplicada, según Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 tiene problemas de conceptualización en la graduación, lo que causa que el abonado/cliente sea inducido a errores en su respuesta, además que no existe un equilibrio natural entre las opciones positivas o conocidas como TOP BOX y las respuestas negativas o BOTTOMBOX.

Adicionalmente, manifiestan que en la elaboración de la encuesta y herramienta de medición ARCOTEL cometió ciertos errores metodológicos, entre los principales, el levantar una encuesta en base a preguntas con contenido técnico, terminología que el abonado, usuario/cliente desconoce, desventajas en relación a que la medición cambió de ser nacional a provincial, causando altas probabilidades de que las operadoras no logren cumplir con la muestra y el nivel de confianza, escalas de medición no equilibradas, no realización de la validación del instrumento de medición y falta de ejecución de un "Pre-Test" con una muestra de clientes,

abonados/usuarios, con la finalidad de garantizar la confiabilidad de la medición, y la consistencia de las afirmaciones y escala de medición, frente a la interpretación de los encuestados, razones por las cuales señalan que se creó un sesgo y margen de error entre las encuestas, aspectos que fueron puestos a consideración de la ARCOTEL mediante los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, acerca de los cuales según señalan hasta el momento no han tenido respuesta.

Sin embargo, cabe señalar que mediante Oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF de 4 de enero de 2016, la ARCOTEL da respuesta a los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, señalando textualmente lo siguiente:

“ ...

Mediante oficios GR-999-2015 de 01 de junio de 2015, GR-1539-2015 de 26 de agosto de 2015 y GR-2100-2015 de 16 de noviembre de 2015, la prestadora del servicio móvil avanzado CONECEL S.A. solicitó se realice la revisión y modificación del índice de calidad codificado como SMA-C-QoS-5.1 (1.1) denominado ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO (RELACIÓN CON EL CLIENTE). Al respecto y luego de realizado el análisis pertinente, me permito manifestar lo siguiente:

(...)

En relación a la solicitud de revisión de la escala vigente de medición del indicador en cuestión, cabe señalar, que comparándola con la escala utilizada anteriormente a pesar de ser tablas con diferentes graduaciones, mantienen una metodología común de medición (escala de 1 a 5) y un objetivo similar de conocer desde la perspectiva del usuario su grado de satisfacción con el servicio, el trato que se le dio durante sus consultas, reclamos u otros y la percepción en general sobre la facturación. A continuación se realizará un breve análisis de la tabla de graduación actual:

GRADO CALIFICACION

<i>Excelente</i>	<i>5</i>
<i>Muy Bueno</i>	<i>4</i>
<i>Bueno</i>	<i>3</i>
<i>Regular</i>	<i>2</i>
<i>Malo</i>	<i>1</i>

Donde se puede observar que los niveles para alcanzar el valor objetivo señalado, son “Bueno” con calificación de 3, “Muy Bueno” con calificación de 4 y “Excelente” con calificación de 5; obtener estos valores de calificación en los distintos ítems de los que consta la encuesta de percepción del usuario del servicio, significa que, el abonado/cliente o usuario tiene una percepción positiva del servicio, del trato que se le dio durante la tramitación de sus consultas, reclamos u otros y la percepción en general sobre la facturación, sucediendo lo contrario cuando el usuario percibe como “Regular” con calificación de 2 y “Malo” con calificación de 1, que puede significar que el usuario está disconforme con la forma como se le presta el servicio, de cómo se resolvieron sus dudas o reclamos y si su facturación está conforme a lo acordado entre las partes. Si bien, pueden existir casos en los que las personas tengan diferencias en la percepción de los temas evaluados, por ello se concedió

un error máximo de 5%. En general la percepción del abonado, cliente o usuario se basa en el servicio que reciben y cómo lo reciben en los diferentes aspectos vinculados con dicha prestación, lo cual depende netamente de la prestadora. De lo expuesto se desprende que, luego de analizadas las observaciones realizadas por la empresa CONECEL S.A. del parámetro de calidad del servicio móvil avanzado de codificación SMA-C-QoS-5.1 (1.1) de denominación ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO (RELACIÓN CON EL CIENTE), se ha demostrado que la tabla de graduación del parámetro de calidad está de acuerdo al objetivo por el cual se actualizó este parámetro en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 y su modificación la Resolución TEL-458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014; adicionalmente cabe recalcar que, la fórmula para obtener el valor objetivo del parámetro contiene todos los cálculos necesarios para la consecución del valor objetivo.

...”

Sobre la base de lo señalado en la respuesta dada por la ARCOTEL a los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, mediante Oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF de 4 de enero de 2016, se determina que la nueva escala aplicada, según Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 para la medición del indicador 5.1 ha sido ratificada para su aplicación por este Organismo de Regulación y Control.

CONCLUSIÓN

Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., no ha desvirtuado técnicamente el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-0011, puesto que la ARCOTEL, mediante Oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF de 4 de enero de 2016 determina que la nueva escala aplicada, según Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 para la medición del indicador 5.1 ha sido ratificada para su aplicación.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO EN RELACIÓN A TODAS LAS DILIGENCIAS ACTUADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO.

Como consecuencia de la contestación dada por la Operadora de SMA CONECEL S.A., la alegación verbal presentada, el informe jurídico, el informe técnico intermedio, a más de los documentos existentes y que fueron fundamento del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, es necesario considerar lo siguiente:

a.- La comparecencia al procedimiento por parte de la Operadora de SMA CONECEL S.A., se encuentra debidamente legitimada por escrito presentado con número GR-124-2016, de 15 de febrero del 2016.

b.- En cuanto a las nulidades procesales alegadas, la misma ha recibido respuesta en el numeral 2.2, bajo el título de PROCEDIMIENTO de la presente Resolución, por lo que no procede insistir sobre el tema y pasar al análisis de otros argumentos

de la contestación, así como del segundo escrito presentado; los mismos que fueron alegados de forma verbal en la audiencia solicitada.

c.- Para proceder a la argumentación jurídica y análisis de la contestación dada por la empresa CONECEL S.A., se considera necesario tratar algunos asuntos para compararlos con las alegaciones que se han realizado y determinar la verdad material, o dicho en otras palabras, analizar los hechos y pruebas que estén en poder de la administración y verificarlos.

En la verdad material, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos fácticos que motivan sus decisiones, para lo cual adoptará todas las medidas probatorias necesarias.

En este sentido es necesario considerar los siguientes asuntos:

- La prueba pericial solicitada
- Falta de atención a los requerimientos o inquietudes de CONECEL S.A. respecto de los errores metodológicos de las encuestas y que fueron requeridos mediante algunos oficios.

Sobre la prueba pericial solicitada; si la Operadora, deseaba revertir el hecho rueba imputado, tenía, que actuar la prueba pericial, conforme lo determina el artículo 76, número 7, letra h) de la Constitución de la República, para que esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, respetando el principio de presunción de inocencia, pueda calificar la validez de dicha pericia.

Este tema guarda estrecha relación con la supuesta falta de atención a los requerimientos realizados por la empresa operadora, respecto de las encuestas que determinan LA PERCEPCIÓN DEL USUARIO; de lo cual es necesario puntualizar:

- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones mediante Oficio ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF, de 4 de enero del 2016, dio respuesta a los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, enviados por la operadora y por los cuales solicitó se realice la revisión y modificación del índice de calidad codificado como SMA-C-QoS-5.1 denominado ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO.

En este oficio luego de realizar un análisis por parte de la Dirección de Regulación de Servicios de las Telecomunicaciones de la ARCOTEL, se determina que la tabla de graduación del parámetro de calidad está de acuerdo al objetivo por el cual se actualizó el parámetro en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014 y su modificación que corresponde a la Resolución TEL-458-16-CONATEL-2014, de 27 de junio del 2014.

Esta situación nos lleva a las siguientes conclusiones:

- Existía ya un pronunciamiento por parte de ARCOTEL sobre el valor y la metodología para medir los parámetros de calidad en relación a la encuesta PERCEPCIÓN DEL USUARIO que correspondía al parámetro RELACIÓN CON

EL CLIENTE, por lo tanto no se podía dar paso a un estudio pericial solicitado si la empresa conocía ya el pronunciamiento de este organismo.

- La empresa operadora CONECEL, ocultó información que tenía en su poder referente al pronunciamiento de la ARCOTEL sobre la graduación del parámetro de calidad RELACIÓN CON EL CLIENTE, ya que conocía perfectamente el oficio ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF, de 4 de enero del 2016, que es incluso de fecha anterior a la emisión del Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de enero del 2016.

Se pretendió inducir a la Coordinación Zonal a nombrar un perito que podía en algún momento hasta contradecir el pronunciamiento institucional, solicitando pericias y manifestando que no existía pronunciamiento de la administración sobre el tema.

d.- Otro aspecto que se debe considerar previamente para emitir una resolución es el hecho de que este tipo de contratos de concesión para la prestación de servicios no son bilaterales, como en un principio podría aparecer; pues, hay tratadistas y doctrina que manifiestan que estos contratos son trilaterales, pues existe un tercer sujeto que es el directamente afectado con el servicio y para el presente caso es el abonado, cliente o usuario del servicio y su protección es el deber más alto del Estado, tal como lo dispone el Artículo 11, numeral 9 de la Constitución de la República que manifiesta:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

e.- En lo que tiene que ver con las otras alegaciones presentadas por la empresa CONECEL S.A. a la Coordinación Zonal 2, se las ha resumido de la siguiente manera:

- Determinación de la infracción acusada.
- El contrato administrativo como fuente de derecho.
- La aplicación del principio de favor o favorabilidad.
- El ejercicio de la potestad sancionadora.

Estos aspectos tienen mucha conexión unos con otros por lo tanto en su análisis se procurará enfocarlos de manera global y no por separado, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Sobre el argumento esgrimido por la empresa CONECEL, en referencia a disposiciones del contrato de concesión; el Procedimiento Administrativo Sancionador, se inició mediante Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-011, en donde se consideró como presunta infracción la determinada en el artículo 118, letra b) numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta:

11. El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Existiendo estricta concordancia entre la presunta conducta infractora, y la tipificación legal establecida, no cabe la aplicación contractual pretendida; ya que así lo determina expresamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su Disposición Transitoria 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.**

A fin de abundar en el procedimiento utilizado en la tramitación de esta causa, nos referiremos a la siguiente normatividad:

LOT, Art. 125.- Potestad sancionadora.-

“...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.”

Por otro lado el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva manifiesta:

Art. 199.- Garantía de Procedimiento:

- 1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá de procedimiento legal establecido.**
- 2. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.**

En base a las disposiciones invocadas, la potestad sancionadora ha sido aplicada de conformidad con las normas del procedimiento determinadas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por mandato legal de tipo orgánico, es decir la mayor prelación entre leyes.

Por otra parte, la empresa pidió que aplicando el principio de favorabilidad, se considere al contrato como fuente de derecho y se considere la sanción aplicarse.

En relación a la argumentación del **CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE DERECHO**, se considera:

Sobre este asunto hay mucha divergencia, tanto en la doctrina como en los tratadistas de derecho administrativo; esto es, algunos consideran que el contrato administrativo es fuente de derechos y obligaciones, pero no es fuente creadora de derecho administrativo, mientras que otros tratadistas, como los mencionados por la empresa CONECEL S.A., en su escrito de respuesta al Acto de Apertura, consideran que el contrato administrativo, separándolo del contrato civil, es una fuente del derecho administrativo.

Dentro de este procedimiento administrativo, no se considera necesario entrar a elucubrar sobre si el contrato administrativo es o no fuente de derecho administrativo; asunto muy delicado y que merecería un estudio profundo no necesario este momento; pero, se expresa dentro de esta resolución el pensar de la esta administración al respecto.

Sin embargo de lo anterior, todos los tratadistas que estudian el asunto, manifiestan que en todo análisis que se haga sobre las fuentes del derecho administrativo, como el caso que nos ocupa, no se debe dejar de lado ni perder de vista la jerarquía de las normas, por lo tanto, es preciso que se considere:

Constitución de la República

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Esta norma contiene un orden jerárquico de aplicación de las normas y el principio de competencia.

Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Art. 64.- CATEGORIAS.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado

cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.

Nuestra legislación aplicable al caso, establece que los contratos administrativos son una manifestación de voluntad de la administración, que se exterioriza como una forma de cumplir con los fines de la administración.

Se debe dejar claro que, en cuanto al contrato de concesión sobre los servicios de telecomunicaciones, son las empresas concesionarias las que pagan al Estado por los derechos y registro de los servicios concesionados en el título habilitante, lo que hace de estos contratos especialísimos, además se debe considerar como manifiesta la doctrina, que hay algunos tipos de contratos administrativos que son trilaterales; es decir, tienen la participación de tres sujetos por la intervención del Estado, la empresa concesionaria y el usuario, cliente u abonado, quien si bien es cierto no participa en la elaboración de los contratos, es el directamente afectado y a quien se le debe proteger en sus derechos y dotarle de un servicio de acuerdo a los principios determinados en la Constitución de la República.

El ERJAFE manifiesta:

DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.

Antes de considerar el análisis de la normativa transcrita a la que se le agregará otras disposiciones legales, es necesario anotar que nuestra legislación considera al contrato administrativo solo como productora de efectos jurídicos y no como fuente del derecho administrativo.

Por otro lado, la empresa CONECEL S.A. reiterativamente hace referencia al artículo 76 de la Constitución de la República y fundamentalmente resalta lo siguiente:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

Dentro del presente procedimiento y considerando el análisis anterior sobre los contratos de concesión, que son una manifestación de la voluntad de la administración para exteriorizarse, que generan efectos jurídicos, que no son bilaterales sino trilaterales como los considera una parte de la doctrina, que no generan erogaciones para el estado sino ingresos, se debe tener mucho cuidado en creer que son fuente del derecho cuando hay de por medio una parte involucrada que son los usuarios, abonados o clientes.

Con estos argumentos, se espera dejar aclarada la alegación en cuanto al contrato como fuente del derecho.

La contradicción o controversia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones con los títulos habilitantes le da prevalencia a las disposiciones legales, por consiguiente esta autoridad, así lo consideró al emitir el Acto de Apertura.

Por las consideraciones expuestas anteriormente, para el presente caso no se puede aplicar las normas del contrato de concesión.

f.- El principal fundamento de aplicación del derecho en este procedimiento tiene que ver con el principio de legalidad que en el artículo 76 de la Constitución de la República manifiesta:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

En el caso que nos ocupa, la infracción acusada está determinada taxativamente como infracción en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el artículo 118, letra b, numeral 11 y la sanción prevista también está determinada en la misma ley, artículo 121 numeral 2, por lo que no cabe aplicar una cláusula contractual, referida a un contrato de concesión, en contra de una Ley Orgánica.

Esperamos dejar claro este asunto que tiene que ver con la infracción y a la sanción que se aplicaría en caso de declararse la responsabilidad de la empresa concesionaria.

En todo caso esta Coordinación Zonal ha considerado que se ha dado el procedimiento determinado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y siguiendo con lo establecido en la Constitución de la República y en aplicación del principio de legalidad que no es otra cosa que, no puede haber delito ni pena sin una ley que lo declare, es que se ha considerado que la infracción es la determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme consta del Acto de Apertura; por consiguiente la sanción también debe ser la determinada en la Ley si se llega a establecer la responsabilidad de la empresa concesionaria.

g.- Una vez motivada adecuadamente la actuación de esta Coordinación Zonal desde el punto de vista de las diversas leyes que rigen el funcionamiento, así como el hecho de la protección del servicio y del usuario en la provisión de servicios de telecomunicaciones y que son un deber primordial del Estado, es necesario que se considere lo siguiente:

- Antecedentes del hecho.- Los antecedentes del hecho que originaron el presente procedimiento administrativo están dados en primer lugar, en las actividades de control que realiza la ARCOTEL, en uso de sus competencias y atribuciones determinadas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo tanto se origina en el Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-0115, de 30 de septiembre del 2015, el mismo que señala que la empresa operadora CONECEL S.A., no habría alcanzado el valor objetivo durante dos periodos consecutivos de los establecidos en la Resolución TEL-042-CONETEL-2014, en lo que tiene que ver con el índice de calidad "Relación con el Cliente".

Posteriormente se emite un informe jurídico, lo que lleva a la emisión del Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de enero del 2016, el mismo se ha notificado a la empresa operadora, conforme Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0083-M, de 25 de enero del 2016.

- Relación con el derecho.- Esta conducta de la empresa CONECEL S.A. está considerada como contraria a la legislación vigente, así como las disposiciones y pronunciamientos dados por la ARCOTEL y se ha fundamentado en lo siguiente.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA:

El numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, 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;

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tipifica como infracción en su Art. 118 letra b) como de Segunda Clase, numeral 11 que manifiesta:

11: "El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."

En el caso de que luego del procedimiento administrativo, se declare la responsabilidad de la infracción imputada; la sanción que se impondría se encuentra determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que prescribe:

Art. 121.- clases.

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:

2.- Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0.03% al 0.07% del monto de referencia,

Art. 122.- Monto de referencia.

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

Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

b) Para las sanciones de segunda clase, desde ciento uno hasta trescientos Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.

Esta infracción y sanción se daría en cumplimiento de la normativa anterior si no existe prueba que desvirtúe los argumentos de hecho y derecho.

- Consecuencias jurídicas.- De igual manera que la conducta o los antecedentes fácticos tienen su relación con el derecho, su observancia o no, tiene sus consecuencias jurídicas, las mismas que deben ser vistas desde dos puntos de vista:
 - La existencia material de la infracción.
 - La responsabilidad del acusado.

En cuanto al primer punto, se debe considerar los siguientes aspectos:

a) Esta plenamente establecido que CONECEL S.A. subió la información como era su obligación y acató la disposición de ARCOTEL de medir el parámetro de calidad mediante lo dispuesto en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.

b) Por otra parte, queda plenamente demostrado que la empresa CONECEL S.A. conocía el pronunciamiento de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, realizado mediante Oficio ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF, de 4 de enero del 2016, con el que se dio respuesta a los oficios N° GR-

0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, enviados por la operadora, en los cuales solicitó se realice la revisión y modificación del índice de calidad codificado como SMA-C-QoS-5.1 denominado ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO; todo esto antes de la emisión del presente procedimiento administrativo sancionador.

c) El Informe Técnico Intermedio enviado mediante Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0482-M, concluye:

Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., no ha desvirtuado técnicamente el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-0011, puesto que la ARCOTEL, mediante Oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2016 -0001-OF de 4 de enero de 2016 determina que la nueva escala aplicada, según Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 para la medición del indicador 5.1 ha sido ratificada para su aplicación.

Sobre la base de lo anotado; se determina, la plena existencia de la infracción imputada, ya que se incumplió con una disposición clara y previa, emanada por la autoridad competente, conforme lo prevé claramente la Constitución de la República en su artículo 82, por lo que corresponde analizar la subsunción de la siguiente manera:

- El mismo Informe Técnico Intermedio enviado mediante Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0482-M, de 21 de abril de 2016, manifiesta que no se ha desvirtuado la infracción acusada.
- La Aceptación de CONECEL S.A., sobre la certeza de la información correspondiente al parámetro de calidad, publicado en el SAAD, relacionado al segundo trimestre y primer semestre del año 2015, de conformidad con los formatos establecidos, (cuyos resultados, demuestran que no alcanza el valor objetivo del ÍNDICE DE CALIDAD denominado ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO), demuestra la existencia de responsabilidad de la empresa, ya que sobre este reporte se hacen los análisis e informes técnicos que originaron el Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-011
- La resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014, está plenamente en vigencia, aunque la empresa operadora CONECEL S.A. no esté de acuerdo con la misma en cuanto a la medición del ÍNDICE DE CALIDAD denominado ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO.
- El desacuerdo con los métodos e indicadores de la encuesta, no desvanece lo establecido en el Informe Técnico No. IT-DCS-C-2016-0115, de 30 de septiembre del 2016.

Por estas consideraciones y fundamentalmente por cuanto no se ha desvirtuado la infracción acusada en el Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de

enero del 2016, es el argumento fundamental para determinar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de la empresa CONECEL S.A.

3.4. ATENUANTES Y AGRAVANTES

En aplicación de las garantías del debido proceso y del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se aplica la primera atenuante por cuanto la empresa CONECEL S.A. no ha sido sancionado con anterioridad por idéntica causa en los nueve meses anteriores.

No es posible la aplicación de otras atenuantes; ya que.

Para el caso del numeral 2 del artículo 130 que hace referencia al hecho de haber admitido la infracción, la empresa CONECEL S.A. objetivamente no ha admitido la infracción y menos aún ha presentado un plan de subsanación, para que sea autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, por lo que no cabe la aplicación de esta atenuante

En relación al numeral 3, no se ha subsanado la infracción por cuanto la empresa CONECEL S.A. no está de acuerdo con la metodología aplicada en la medición del parámetro de calidad RELACIÓN CON EL CLIENTE.

Esta situación además afecta lo relacionado al numeral 4 del artículo 130 por cuanto este parámetro tiene relación directa con el cliente o servicio al cliente. Abonado o usuario, por lo que tampoco cumple con los requerimientos para establecer estas atenuantes.

En cuanto a las gravantes establecidas en el artículo 131, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de lo actuado en el procedimiento administrativo sancionador, no se ha establecido conducta alguna que permita considera agravantes.

Para establecer la multa económica a imponer, se debe tomar en cuenta el contenido del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0055-M, de 08 de marzo de 2016, en el que se informa a la Coordinación Zonal 2 que la declaración del impuesto a la renta de la empresa CONECEL S.A. correspondiente al ejercicio económico 2014 para el Servicio Móvil Avanzado (SMA), asciende a la cantidad de USD. 1'436.966.724,32 (MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES, NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL, SETECIENTOS VEINTE Y CUATRO DOLARES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS), adicionalmente en el presente caso, existe una circunstancia atenuante 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 segunda clase y se descuenta el 25% por la atenuante mencionada, con lo que se obtiene que el valor de la multa alcanza la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS DIECISEIS DOLARES CON SIETE CENTAVOS (\$ 655.616,07),.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe enviado mediante Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0482-M, de 21 de abril del 2016, por la Unidad Técnica y el Informe Jurídico ARCOTEL-JCZ2-2016-R-0055, del 28 de abril del 2016, suscrito por los profesionales técnicos y jurídico respectivos.

Artículo 2.- DETERMINAR que la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, al no haber desvirtuado lo determinado en el acto de Apertura al Procedimiento ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de enero del 2016, es responsable de la infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que tipifica en su Art. 118 letra b) como de Segunda Clase, numeral 11 que manifiesta: "11: El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."

Artículo 3.- IMPONER a la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, de conformidad con el artículo 121 número 2 de la LOT, la sanción económica prevista como de segunda clase, aplicando el monto de referencia tomado del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0055-M, de 08 de marzo de 2016, en el que se informa a la Coordinación Zonal 2 la declaración del impuesto a la renta de la empresa CONECEL S.A. correspondiente al ejercicio económico 2014 para el Servicio Móvil Avanzado (SMA); lo cual da una suma de, SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS DIECISEIS DOLARES CON SIETE CENTAVOS (\$ 655.616,07), que corresponde al 0.045625 % del monto de referencia, con una atenuante, 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 que la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio de Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, observe las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a que se encuentra obligado.

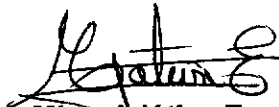
Artículo 5.- INFORMAR al administrado que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones interponer el Recurso de Apelación de la presente Resolución, ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de 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 CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, en el domicilio señalado en la Avenida Amazonas 6017 y Río Coca – Edificio ETECO, Piso 3 del Distrito Metropolitano de Quito, así como a la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones y a las Unidades: técnica, jurídica y financiera de la Coordinación Zonal 2; y a la Secretaria General de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL).

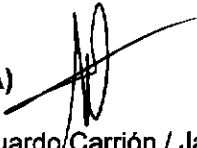
Notifíquese y Cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 29 de abril de 2016


Ing. Miguel Játiva Espinosa
COORDINADOR ZONAL 2
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)



(COPIA)


JRN Eduardo Carrión / Jaime Ordóñez
28 de abril- 2016.
c.c.: JRN, A.