

RESOLUCION No. ARCOTEL- CZ2-2016-0062
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

Con fecha 20 de noviembre de 2008, el Estado Ecuatoriano suscribió el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de uso público y Concesión de las bandas de frecuencias esenciales celebrado entre: la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A.

1.2. ANTECEDENTES

La Defensoría del Pueblo, mediante providencia No. 002-DPE-DPS-2015-000638-EVS, de 13 de enero de 2016, pone en conocimiento de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones (ARCOTEL), el expediente Defensorial; DPE-2101-210101-207-2015-000638, relacionado con una supuesta vulneración al derecho a acceder a bienes y servicios privados de calidad.

1.3. FUNDAMENTO DE HECHO

Del expediente Defensorial No. DPE-2101-210101-207-2015-000638, se puede resumir y concluir:

La señorita Fátima del Quinche Triviño Mesías, con CC 1309192811, con fecha 1 de octubre de 2015, presenta una petición en oficina de Lago Agrio de la Defensoría del Pueblo, señalando: "... realicé la cancelación de los valores correspondientes, al mes de julio y sucede que a los pocos días me volvieron a descontar el valor cancelado más el mes de agosto, pero hasta la fecha no me han activado el servicio por lo que he pagado por un servicio que no se me está otorgando...".

El día 29 de septiembre de 2015, según lo afirmado por la Defensoría del Pueblo, delegación de Lago Agrio, se celebró una audiencia, a la que se presentó la Compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., a través del abogado Over Jaramillo, intervención que fue ratificada por el doctor Andrés Donoso Echanique, Procurador Judicial de OTECEL S.A.

En la mencionada audiencia, la Compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., se habría comprometido a devolver los valores económicos, incorrectamente cobrados a la usuaria Fátima del Quinche Triviño Mesías.

Con fecha 11 de enero de 2016, la señorita Fátima del Quinche Triviño Mesías usuaria del servicio móvil avanzado, que presta la Compañía OTECEL S.A., comparece nuevamente ante la Defensoría del Pueblo, informando: "... representantes de MOVISTAR, se comprometieron a realizar la devolución de los valores económicos que se habían cobrado innecesariamente y también los valores por el tiempo que la línea estuvo suspendida, sin embargo hasta la presente fecha MOVISTAR no ha cumplido con el compromiso asumido..."

1.4. ACTO DE APERTURA

Con fecha 17 de marzo de 2016, se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-028, acto con el que se le notificó a la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., el 17 de marzo de 2016, de conformidad como lo establece el Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0389-M, de 4 de abril de 2016, suscrito por el Ingeniero Gonzalo Patricio Granda Sotomayor.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

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

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

"Art. 261.- *El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: ... 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones...*".

"Art. 313.- *El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la*

refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”.

“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 Secretaria 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 Secretaria 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 sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda.

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

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

interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios”.

Resoluciones de ARCOTEL

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

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

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

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

“La estructura temporal de la ARCOTEL permitirá a la institución”

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

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *“Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.”*

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

“ARTÍCULO 5. DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

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

5.1 COORDINACIÓN ZONAL

El Coordinador Zonal, tendrá las siguientes atribuciones:

5.1.6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES.

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

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

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

2.2. PROCEDIMIENTO

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-028, se ha procedido a notificar a la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., quien ha comparecido para presentar sus alegatos y descargos; conforme al artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las cauciones básicas y reglas del debido proceso, en el ámbito administrativo, conforme lo prescriben las letras a), b) y h), número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo determinado en el citado artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Art. 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios... 11. A obtener de su prestador la compensación por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos o el reintegro de valores indebidamente cobrados...17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes, contra los incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable”.

Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones... 18. Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de

telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas”.

Art. 118.- *Infracciones de segunda clase, son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: b)... 5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.*

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

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

“Infracciones de segunda clase.- *La multa será de entre el 0,031% 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”.*

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA.

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-028, se ha notificado a la compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., que ha comparecido mediante comunicación ingresada a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, de fecha 7 de abril de 2016; expresando en lo principal lo siguiente:

“...Al respecto sostengo lo siguiente:

2.1.- Reclamo Solucionado en el Canal De Atención al Usuario de ARCOTEL

• La Defensoría del Pueblo, mediante providencia No. 002-DPE-DPS-2015-000638-EVS, de 13 de enero de 2016, pone en conocimiento de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones - ARCOTEL, el expediente Defensorial; DPE-2101-210101-207-2015-000638, relacionado con una supuesta vulneración al derecho a acceder a bienes y servicios privados de calidad. Del cual se puede resumir y concluir:

- 1. la señorita Fátima del Quinche Triviño Mesías, con CC 1309192811, con fecha 1 de octubre de 2015, presenta una petición en oficina de Lago Agrio de la Defensoría del Pueblo, señalando: “... realicé la cancelación de 105 valores correspondientes, al mes de Julio y sucede que a los pocos días me volvieron a descontar el valor cancelado más el mes de agosto, pero hasta la fecha no me han activado el servicio por lo que he pagado por un servicio que no se me está otorgando...”.*

2. El día 29 de septiembre de 2015, según lo afirmado por la Defensoría del Pueblo, delegación de Lago Agrio, se celebró una audiencia, a la que se presentó la Compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., a través del abogado Over Jaramillo, intervención que fue ratificada por el doctor Andrés Donoso Echanlque, Procurador Judicial de OTECEL S.A.
3. En la mencionada audiencia, la Compañía OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., se habría comprometido a devolver los valores económicos, incorrectamente cobrados a la usuaria Fátima del Quinche Triviño Mesías.
4. Con fecha 11 de enero de 2016, la señorita Fátima del Quinche Triviño Mesías usuaria del servicio móvil avanzado, que presta la Compañía OTECEL S.A., comparece nuevamente ante la Defensoría del Pueblo, informando: "... representantes de MOVISTAR, se comprometieron a realizar la devolución de los valores económicos que se habían cobrado innecesariamente y también los valores por el tiempo que la línea estuvo suspendida, sin embargo hasta la presente fecha MOVISTAR no ha cumplido con el compromiso asumido ...".

La Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, mantenía contratado un Plan Smart Redes Sociales, en la línea 0992618434, cuya tarifa básica mensual era de \$15,00 + IVA (Total \$16,80). (...)

El pago de la **primera factura** No. 001-327-016961522 por un total de \$16,80, correspondiente al periodo del 22-Jun-2015 al 21-Jul-2015, tenía que ser realizado hasta el 8 de agosto de 2015, sin embargo, únicamente se registra un pago por \$2,90 el 6 de agosto de 2015, mediante débito bancario, esto debido a que el cliente no contaba con fondos suficientes en su cuenta, por lo que se genera un valor pendiente de pago de \$13,90.

De acuerdo a la política de pagos si el cliente no cancela su factura en 7 días después de la fecha máxima de pago, se le suspende el servicio, sobre este particular tuvo conocimiento el cliente y adicionalmente previo a la suspensión se envió un mensaje de texto de recordatorio al cliente, en ese sentido, se le notificó sobre este particular: (...)

Por falta de pago se le suspendió el servicio al cliente el 17 de agosto de 2015. Cabe señalar que el cliente contó con el servicio 26 días adicionales sin que haya realizado el pago (desde el 22 de Julio hasta el 16 de agosto de 2015).

El 22 de agosto de 2015, la cliente realiza el pago adeudado por \$13,90 correspondiente a la primera factura No. 001-327-016961522 a través de un medio electrónico bancario distinto a su forma de pago registrada.

La Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, tenía registrado 2 códigos de cliente en nuestro sistema comercial, esto debido a que el 22 de enero de 2015 realizó un proceso de cambio de plan con reordenamiento.

Código de Cliente	Estado
19801564	Inactivo
27553702	Activo

El pago realizado el 22 de agosto de 2015 se registra en el código de cliente No. 19801564 (inactivo), y no en el código de cliente No. 27553702 (activo). El 27 de agosto de 2015 se habilita el servicio en forma manual, sin embargo, debido a que el sistema no detecta el pago realizado el 22 de agosto de 2015, porque fue aplicado en otro código del cliente, **se genera una suspensión el 31 de agosto de 2015.**

Se genera la segunda factura No. 001-327-017693769 por un total de \$16,80, correspondiente al periodo del 22-Jul-2015 al 21-Ago-2015, en este caso se registra en el sistema un valor por pagar de \$30,70, en el que se incluye los \$13,90 pendientes (1ra Factura) más \$16,80 de la facturación (2da Facturación) con corte de agosto, por esta razón se realiza un débito de la cuenta de la cliente por un total de \$30,70; valor que es registrado en el sistema el 1 de septiembre de 2015, de acuerdo a la forma de pago establecida por el cliente. (...)

Una vez regularizado el pago en el sistema, se levanta la suspensión el 1 de septiembre de 2015. (...).

Es importante mencionar que debido al inconveniente presentado en relación a la actualización del pago del cliente, se realizó la respectiva nota de crédito respecto a los días que estuvo suspendido el servicio por falta de pago: (...)

Sobre la tercera factura No. 001-327-018408900 por \$ 8,17, correspondiente al periodo del 22-Ago-2015 al 21-Sep-2015, se aplica la nota de crédito No. 048-333-000560702 por el mismo valor, por lo que no se genera un cobro para la cliente. Esta factura corresponde a un valor proporcional, debido a que se registra la baja por portabilidad el 3 de septiembre de 2015.

En ese sentido, se realizó la devolución de los valores cobrados a la cliente desde el 22 de agosto hasta el 2 de septiembre de 2015, es decir, por la totalidad del periodo, no únicamente por los días en los cuáles tuvo el servicio suspendido.

Para actualizar el pago realizado por la cliente el 22 de agosto del 2015, el 2 de septiembre de 2015 se realiza un ajuste interno en el sistema comercial en el que se traslada el pago por \$13,90 (1ra Factura) del código de cliente No. 19801564 (inactivo), al código de cliente No. 27553702 (activo), quedando un saldo a favor para el cliente de \$13,90. En ese sentido nuestra Área de Atención al Cliente se comunicó el 4 de septiembre de 2015, con la Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, y le informó que este saldo lo puede retirar en los centros de atención de Movistar. (...)

Es decir para 2 de septiembre de 2015, el caso de la Sra. Fátima del Quinche Triviño, estuvo solucionado respecto del saldo a favor de los \$13,90 conforme se puede evidenciar en la Gráfica No. 1, respecto de los días que el cliente no tuvo servicio debido al inconveniente en el registro del pago, el 7 de octubre se realizó la respectiva nota de crédito de \$8,17 (Nota de crédito que se aplicó a pesar que

en 6 días tuvo servicio) conforme se puede verificar en la Gráfica No. 1, cabe señalar que este valor \$8,17 nunca se debió de la cuenta del cliente.

Es importante manifestar, que este caso fue ingresado a la Dirección de Atención al Usuario de ARCOTEL, registrado con trámite No. 690088, en el cual se establece como solución la devolución del saldo a favor del cliente, señalando que puede retirar este valor en los centros de atención al cliente de Movistar. Se adjunta en el Anexo 3 el correo de análisis y respuesta enviado el 4 de septiembre de 2015 hacia ARCOTEL.

Posteriormente, con fecha 21 de enero de 2016, se responde el número de caso 721068 de la Dirección de Atención al Usuario de ARCOTEL, mediante el cual por pedido de la Sra. Triviño se procede con la devolución de los valores pendientes a la cuenta de la cliente, mediante transferencia bancaria, la misma que fue realizada el 4 de febrero de 2016, por un total de \$16.61 (Este valor incluye los \$13,90 correspondientes al pago realizado por la cliente el 22 de agosto de 2015, más \$2,71 de lo Nota de Crédito No. 048-333-000632934, realizada por un valor proporcional desde el 17 al 21 de agosto de 2015, o pesar de que durante este período la suspensión fue por falta de pago). Se adjunta en el Anexo 4 el correo con el cual se informó al ARCOTEL, y el respaldo de la transferencia ejecutada.

En conclusión se puede evidenciar que OTECEL S.A. cobro por un servicio contratado por el cliente, el problema se originó por la falta de pago del cliente, por lo cual se suspendió el servicio, y posteriormente cuando el cliente cancela el valor adeudado, el pago no se ve reflejado en el sistema comercial debido a que el cliente tenía 2 códigos registrados. Sin embargo, la devolución del saldo a favor de \$13,90 **se acordó con la Sra. Fátima del Quinche Triviño gestionarlo en los centros de atención de Movistar**, en ese sentido lo afirmado por ARCOTEL en el Numeral 1 de este documento es incorrecto.

Respecto de lo señalado por ARCOTEL en los Números 2, 3 y 4 de este documento, es importante aclarar que la Sra. Fátima del Quinche Triviño debía acercarse a un centro de atención del usuario de Movistar a retirar el saldo a favor conforme lo acordado. Empero, recién el 21 de enero de 2016 la cliente solicita que se le realice una transferencia bancaria, con lo cual el 4 de febrero de 2016, OTECEL S.A. gestionó este particular, cabe señalar que esto fue puesto en conocimiento en su momento a la Dirección de Atención al Usuario del Ente de Regulación y Control, a pesar de esto ARCOTEL no considera, ni analiza estos antecedentes en el ACTO DE APERTURA NO. ARCOTEL-CZ2-2016-028 notificado el 17 de marzo del 2016, inclusive este caso estuvo solucionado antes del inicio del ACTO DE APERTURA.

El Anexo 5 del Contrato de Concesión suscrito entre OTECEL S.A. y el ESTADO en el indicador de calidad "PORCENTAJE DE RECLAMOS DE FACTURACIÓN Y DÉBITO" (Resolución TEL-042-001-CONATEL-2014) establece un margen de tolerancia, cuyo valor objetivo mensual es $\leq 0,5\%$ del total de reclamos de facturación del SMA en pospago y débito en prepago sobre el número de líneas activas del Servicio Móvil Avanzado. Es decir el caso de la Sra. Fátima del Quinche Triviño, fue un reclamo el cual fue analizado y solucionado conforme lo establecido en la Normativa Vigente.

En virtud de lo expuesto se solicita el archivo del ACTO DE APERTURA NO. ARCOTEI-CZ2- 2016-028.

2.2.- Atenuantes

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos anteriores, respecto de la inexistencia de la infracción imputada; y por haberse configurado a favor de la Operadora las atenuantes previstas en el Art. 130 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones esto es: "1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con Identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador", "3. Haber subsanado integra/mente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción", y "4. Haber reparado Integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción."; solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el mismo Art. 130 que señala: "En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3, y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase ...".

2.3.- Non bis in Idem

Alego en mi favor el principio constitucional de que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, conforme lo dispone el Art. 76, N° 7, literal i) de la Constitución.

En efecto, por iniciativa de la usuaria, la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de las competencias que le confiere la ley, intervino en este mismo caso, tramitó y examinó la queja presentada por la señorita Fátima del Quinche Triviño Mesías, según consta del expediente Defensorial N° DPE-2101-210101-2017-000638, que se cita en el Acto de Apertura.

...
El asunto fue conocido, tramitado y resuelto ante la Defensoría del Pueblo, y el tema se superó por acuerdo de las partes y de ese modo se extinguió la presunta infracción que se imputa. En efecto, en lo sustancial la Imputación que se formula en contra de OTECEL es la prevista en el artículo 118, literal b) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es, "cobrar por servicios contratados no prestados".

Posteriormente, con fecha 19 de abril de 2016, a las 16H00, se ventiló la Audiencia de Alegatos, con la comparecencia por parte de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., del abogado Robinson Folleco y el Ing. Fernando Palacios, quienes en su intervención: argumentaron entre otros aspectos:

- "... Se puede evidenciar que OTECEL S.A. cobro por un servicio contratado por el cliente el problema se originó por la falta de pago del cliente, por lo cual se suspendió el servicio, y posteriormente cuando el cliente cancela el valor adeudado, el pago no se ve reflejado en el sistema comercial debido a que el cliente tenía 2 códigos registrados.

Sin embargo, la devolución del saldo a favor de \$ 13.90 se acordó con la Sra. Fátima del Quinche Triviño gestionarlo en los centros de Atención de Movistar;

- *Es importante aclarar que la Sra. Fátima del Quinche Triviño **debía acercarse a un centro de atención del usuario de Movistar a retirar el saldo a favor conforme lo acordado. Empero, recién el 21 de enero de 2016 la clienta solicita que se le realice una transferencia bancaria**, con lo cual el 4 de febrero de 2016, OTECEL S.A. gestionó este particular.*
- *Cabe señalar que esto fue puesto en conocimiento en su momento a la Dirección de Atención al Usuario del Ente de Regulación y Control, a pesar de esto **ARCOTEL no considera ni analiza estos antecedentes en el ACTO DE APERTURA NO. ARCOTEL-CZ2-2016-028...***

3.2. PRUEBAS

La Constitución de la República, ordena en su artículo 76 número 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: "h) *Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; **presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra***", lo cual es recogido en el artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial. Estas normas que son observadas en el procedimiento administrativo sancionador Por tanto, constituyen medios de prueba los instrumentos públicos, instrumentos privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Los Informes Técnicos son instrumentos públicos conforme lo previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil.

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

PRUEBAS DE CARGO

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

1. Expediente Defensorial; DPE-2101-210101-207-2015-000638, relacionado con una supuesta vulneración al derecho a acceder a bienes y servicios privados de calidad.
2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-2016-CZ2-028 de 17 de marzo de 2016; y,
3. La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

1. Comunicación ingresada con No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, de 7 de abril de 2016, suscrita por los abogados Fabián Corral Burbano de Lara y Lonny Espinoza Simancas, quienes a nombre de OTECEL S.A. argumentan sus descargos; y,
2. Audiencia de Alegatos, llevada a cabo el día 19 de abril de 2016, en las instalaciones de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en la que por parte de OTECEL S.A. comparecen, el Ingeniero Fernando Palacios y el Abg. Robinson Folleco.

3.3. MOTIVACIÓN

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

Con memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0555-M, de 10 de mayo de 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, presenta su informe analizando técnicamente la respuesta, que al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-028, ha presentado OTECEL S.A.; en lo principal dicho análisis manifiesta:

“ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-2016-CZ2-028 de 17 de marzo de 2016, el cual se fundamenta en el expediente Defensorial DPE-2101-210101-207-2015-000638 en donde se resume y concluye lo siguiente:

- *La señora Fátima del Quinche Triviño Mesías, con CC 1309192811, con fecha de 01 de septiembre de 2015, presenta una petición en oficina de Lago Agrio de la Defensoría del Pueblo, señalando: “...realicé la cancelación de los valores correspondientes, al mes de julio y sucede que a los pocos días me volvieron a descontar el valor cancelado más el mes de agosto, pero hasta la fecha no me han activado el servicio por lo que he pagado por un servicio que no se me está otorgando..”.*
- *El día 29 de septiembre de 2015, según lo afirmado por la Defensoría del Pueblo, delegación de Lago Agrio, se celebró una audiencia, a la que se presentó la Compañía operadora del servicio móvil avanzado OTECEL S.A., a través del abogado Over Jaramillo, intervención que fue ratificada por el doctor Andrés Donoso Echanique, Procurador Judicial de OTECEL S.A..*
- *En la mencionada audiencia, la Compañía OTECEL S.A., se habría comprometido a devolver los valores económicos, incorrectamente cobrados a la usuaria Fátima del Quinche Triviño Mesías.*
- *Con fecha 11 de enero de 2016, la señora Fátima del Quinche Triviño Mesías usuaria del servicio móvil avanzado, que presta la*

Compañía OTECEL S.A., comparece nuevamente ante la Defensoría del Pueblo, informado: "... representantes de MOVISTAR, se comprometieron a realizar la devolución de los valores económicos que se habían cobrado innecesariamente y también los valores por el tiempo que la línea estuvo suspendida, sin embargo hasta la presente fecha MOVISTAR no ha cumplido con el compromiso asumido..."

Documento sin número y sin fecha, ingresado con trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E el 07 de abril de 2016, mediante el cual Lonny Espinoza Simancas, procurador Judicial de OTECEL S.A., da contestación al citado Acto.

ANÁLISIS

OTECEL S.A., a través de su procurador Judicial la señora Lonny Espinoza Simancas, con trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, manifiesta entre otros aspectos, en la parte pertinente al ámbito técnico, lo siguiente:

(...) Por falta de pago se le suspendió el servicio al cliente el 17 de agosto de 2015. Cabe señalar que el cliente contó con el servicio 26 días adicionales sin que haya realizado el pago (desde el 22 de julio hasta el 16 de agosto de 2015).

*El 22 de agosto de 2015, la cliente realiza el pago adeudado por \$13,90 correspondiente a la **primera factura** No. 001-327-016961522 a través de un medio electrónico bancario distinto a su forma de pago registrada.*

La Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, tenía registrado 2 códigos de cliente en nuestro sistema comercial, esto debido a que el 22 de enero de 2015 realizó un proceso de cambio de plan con reordenamiento.

El pago realizado el 22 de agosto de 2015 se registra en el código de cliente No. 19801564 (inactivo), y no en el código de cliente No. 27553702 (activo). El 27 de agosto de 2015 se habilita el servicio en forma manual, sin embargo, debido a que el sistema no detecta el pago realizado el 22 de agosto de 2015, porque fue aplicado en otro código del cliente, se genera una suspensión el 31 de agosto de 2015."

Sobre esta primera parte, en resumen la señora Fátima del Quinche Triviño Mesías al no contar con los fondos suficientes en su cuenta bancaria para que la operadora OTECEL S.A. pueda efectuar el débito de \$16,80 por el plan contratado por dicha señora, situación que le llevó a tener una deuda de \$13,90 y la consecuente suspensión del servicio a partir del día 17 de agosto de 2015, no obstante, el 22 de agosto de 2015 la señorita Fátima del Quinche Triviño Mesías realiza el pago adeudado de \$13,90 a través de un pago distinto al registrado (el registrado era débito bancario), pago al cual personal de OTECEL S.A. en su sistema comercial lo registra erróneamente en un código de cliente inactivo, motivo por el que, una vez habilitado manualmente el servicio el 27 de agosto de 2015

se genera una nueva suspensión por falta de pago el 31 de agosto de 2015.

En la página 5 del trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, señala:

"Se genera la **segunda factura** No. 001-327-017693769 por un total de \$16,80, correspondiente al periodo del 22-Jul-2015 al 21-Ago-2015, en este caso se registra en el sistema un valor por pagar de \$30,70, en el que se incluye los \$13,90 pendientes (1ra Factura) más \$16,80 de la facturación (2da Facturación) con corte de agosto, por esta razón se realiza un débito de la cuenta de la cliente por un total de \$30,70; valor que es registrado en el sistema el 1 de septiembre de 2015, de acuerdo a la forma de pago establecida por el cliente.

Una vez regularizado el pago en el sistema, se levanta la suspensión el 1 de septiembre de 2015.

Es importante mencionar que debido al inconveniente presentado en relación a la actualización del pago del cliente, se realizó la respectiva nota de crédito respecto a los días que estuvo suspendido el servicio por falta de pago...

En el Anexo 2, se adjunta la nota de crédito aplicada.

Sobre la tercera factura No. 001-327-018408900 por \$8,17, correspondiente al periodo del 22-Ago-2015 al 21-Sep-2015, se aplica la nota de crédito No. 048-333-000560702 por el mismo valor, por lo que no se genera un cobro para la cliente. Esta factura corresponde a un valor proporcional, debido a que se registra la baja por portabilidad el 3 de septiembre de 2015."

Por este motivo, la señora Fátima del Quinche Triviño Mesías el 01 de septiembre de 2015, procede a ingresar un reclamo en la Defensoría del Pueblo de Lago Agrio, informando que efectuó la cancelación de los valores adeudados a OTECEL S.A., pero a pesar de eso sufrió una nueva suspensión del servicio y un cobro adicional de valores que ya habían sido cancelados, **por lo que ha pagado por un servicio que no se la ha otorgado**, fruto de lo cual, en la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos, el 29 de septiembre de 2015 se celebró una audiencia a la que en representación de la compañía OTECEL S.A. se presentó el abogado Over Jaramillo, tal como consta en el ACTA DE COMPARECENCIA A AUDIENCIA PÚBLICA, Trámite Defensorial No. DPE-2101-210101-207-2015-000638.

En la página 6 del trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, indica:

"En ese sentido, se realizó la devolución de los valores cobrados a la cliente desde el 22 de agosto hasta el 2 de septiembre de 2015, es decir, por la totalidad del periodo, no únicamente por los días en los cuales tuvo el servicio suspendido.

Para actualizar el pago realizado por la cliente el 22 de agosto de 2015, el 2 de septiembre de 2015 se realiza un ajuste interno en el sistema comercial en el que se traslada el pago por \$13,90 (1ra Factura) del código de cliente No. 19801564 (inactivo), al código de cliente No. 27553702 (activo), quedando un saldo a favor para el cliente de \$13,90. En ese sentido nuestra Área de Atención al Cliente se comunicó el 4 de septiembre de 2015, con la Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, y le informó que este saldo lo puede retirar en los centros de atención de Movistar."

En la página 7, párrafos 1 y 2 del trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, OTECEL S.A. indica:

"Es decir para 2 de septiembre de 2015, el caso de la Sra. Fátima del Quinche Triviño, estuvo solucionado respecto del saldo a favor de los \$13,90 conforme se puede evidenciar en la Gráfica No. 1, respecto de los días que el cliente no tuvo servicio debido al inconveniente en el registro del pago, el 7 de octubre se realizó la respectiva nota de crédito de \$8,17 (Nota de crédito que se aplicó a pesar que en 6 días tuvo servicio) conforme se puede verificar en la Gráfica No. 1, cabe señalar que este valor \$8,17 nunca se débito de la cuenta del cliente.

Es importante manifestar, que este caso fue ingresado a la Dirección de Atención al Usuario de ARCOTEL, registrado con trámite No. 690088, en el cual se establece como solución la devolución del saldo a favor del cliente, señalando que puede retirar este valor en los centros de atención al cliente de Movistar. Se adjunta en el Anexo 3 el correo de análisis y respuesta enviado el 4 de septiembre de 2015 hacia ARCOTEL.

En base a estos párrafos, y al archivo de audio de la Audiencia Pública efectuada el 29 de septiembre de 2015, la señora Triviño efectivamente indica que luego de haber presentado el reclamo en OTECEL S.A. y de la solución recibida, se acercó a la agencia de Movistar de la ciudad de Lago Agrio para realizar el cobro de los \$13.90 cobrados en exceso, pero ahí le habrían informado que esa agencia no efectúa ese tipo de transacciones, ofreciéndole la opción de transferencia bancaria, por lo que la señora Triviño manifiesta haber facilitado los datos de su cuenta para finiquitar el tema, sin tener éxito en este proceso.

Se debe recalcar que, el acuerdo llegado en la Audiencia Pública de 29 de septiembre de 2015, entre la señora Triviño y los representantes de la operadora OTECEL S.A. (abogada Cristina Sempértegui y abogado Over Jaramillo) fue de efectuar la reposición de los valores a través de transferencia bancaria, basados en que es complicado para la señora Triviño trasladarse a alguna de las Agencias de Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato o Manta para con la cédula efectuar el retiro personalmente, por lo que durante la citada Audiencia la señora Triviño facilitó el número de la cuenta de ahorros del Banco del Pichincha a la cual se debía realizar la transferencia (cuenta No. 4233000700).

En este punto, se debe mencionar la petición ingresada por la señora Triviño en la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos, el día 11 de enero de 2016, donde señala que el compromiso asumido por OTECEL S.A. en la Audiencia Pública de 29 de septiembre de 2015 no ha sido cumplido, por lo que solicita se realicen los trámites pertinentes para el cumplimiento del mismo.

Así también, en la página 7, párrafo 3 del trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, OTECEL S.A. indica:

*“Posteriormente, con fecha 21 de enero de 2016, se responde el número de caso 721068 de la Dirección de atención al Usuario de ARCOTEL, mediante el cual por pedido de la Sra. Triviño se procede con la devolución de los valores pendientes a la cuenta de la cliente, mediante transferencia bancaria, la misma que fue realizada el 4 de febrero de 2016, por un total de \$16,61 (Este valor incluye los \$13,90 correspondientes al pago realizado por al cliente el 22 de agosto de 2015, más \$2,71 de la Nota de Crédito No. 048-333-000632934, realizada por un valor proporcional desde el 17 al 21 de agosto de 2015, a pesar de que durante este periodo la suspensión fue por falta de pago). Se adjunta en el **Anexo 4** el correo con el cual se informó al ARCOTEL, y el respaldo de la transferencia ejecutada.”*

Al respecto, OTECEL S.A. en base a la insistencia de enero de 2016 efectuada por la señora Triviño en la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Nueva Loja, y número de caso 721068 de la ARCOTEL comunica que el 4 de febrero de 2016 finalmente procedió con la devolución de los valores mediante transferencia bancaria (respaldo remitido por OTECEL S.A. en formato Excel de la transferencia de \$16.61).

CONCLUSIONES

Con base al análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2, concluye que OTECEL S.A. no ha desvirtuado técnicamente el hecho señalado, ya que no dio cumplimiento oportuno al acuerdo llegado en Audiencia Pública llevada a cabo en la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos el 29 de septiembre de 2015, esto es, realizar la devolución de los valores acordados vía transferencia a la cuenta de banco, que la usuaria indica en la audiencia; acuerdo que habría sido cumplido finalmente el 4 de febrero de 2016.”

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

En relación a la contestación de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A. ingresada mediante documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-005738-E, de 7 de abril de 2016; lo manifestado en la audiencia de alegatos y de las demás constancias procedimentales, se realiza el siguiente análisis:

El presente procedimiento administrativo sancionador, observa estrictamente las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo

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

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

Constitución de la República.

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

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

- d) Según la argumentación obrada en calidad de descargo, por parte de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., se indica: “... **Por falta de pago se le suspendió el servicio al cliente el 17 de agosto de 2015.** Cabe señalar que el cliente contó con el servicio 26 días adicionales sin que haya realizado el pago (desde el 22 de Julio hasta el 16 de agosto de 2015). **El 22 de agosto de 2015,**

la cliente realiza el pago adeudado por \$13,90 correspondiente a la primera factura No. 001-327-016961522 a través de un medio electrónico bancario distinto a su forma de pago registrada. La Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, tenía registrado 2 códigos de cliente en nuestro sistema comercial, esto debido a que el 22 de enero de 2015 realizó un proceso de cambio de plan con reordenamiento.

Código de Cliente	Estado
19801564	Inactivo
27553702	Activo

El pago realizado el 22 de agosto de 2015 se registra en el código de cliente No, 19801564 (inactivo), y no en el código de cliente No. 27553702 (activo). El 27 de agosto de 2015 se habilita el servicio en forma manual, sin embargo, debido a que el sistema no detecta el pago realizado el 22 de agosto de 2015, porque fue aplicado en otro código del cliente, se genera una suspensión el 31 de agosto de 2015. Se genera la segunda factura No. 001-327-017693769 por un total de \$16,80, correspondiente al periodo del 22-Jul-2015 al 21-Ago-2015, en este caso se registra en el sistema un valor por pagar de \$30,70, en el que se incluye los \$13,90 pendientes (1ra Factura) más \$16,80 de la facturación (2da Facturación) con corte de agosto, por esta razón se realiza un débito de la cuenta de la cliente por un total de \$30,70; valor que es registrado en el sistema el 1 de septiembre de 2015, de acuerdo a la forma de pago establecida por el cliente (...) Una vez regularizado el pago en el sistema, se levanta la suspensión el 1 de septiembre de 2015...”; al respecto, La Operadora del Servicio Móvil Avanzado, OTECEL S.A., acepta que el pago de la Cliente Fátima del Quinche Triviño Mesías, sobre el consumo telefónico correspondiente al número 0992618434, se realizó el día 22 de agosto de 2015; sin embargo de lo cual, continúa la suspensión del servicio hasta el día 27 de agosto de 2015; es decir, que a pesar de que la cliente realizó el pago correspondiente, el servicio no fue prestado conforme lo ordena el artículo 314 de la Constitución de la República, es decir: “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”; por otra parte, se manifiesta en la comparecencia que la cliente tenía 2 códigos, lo cual habría producido, que el pago realizado, no pueda reflejarse; sobre este hecho, la responsabilidad es de la Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., ya que el usuario no tenía otro número telefónico, ni conocía que el sistema operativo de la Operadora, manejaba más de un código a su nombre;**

- e) El tema se agrava, con la generación de una nueva factura, por USD 30.70, sin considerar que la cliente había cancelado personalmente el supuesto valor atrasado, valor que es debitado de la cuenta bancaria de la cliente, lo cual es reseñado por la Operadora, de la siguiente manera:

"Se genera la segunda factura No. 001-327-017693769 por un total de \$16,80, correspondiente al periodo del 22-Jul-2015 al 21-Ago-2015, en este caso se registra en el sistema un valor por pagar de \$30,70, en el que se incluye los \$13,90 pendientes (1ra Factura) más \$16,80 de la facturación (2da Facturación) con corte de agosto, por esta razón se realiza un débito de la cuenta de la cliente por un total de \$30,70; valor que es registrado en el sistema el 1 de septiembre de 2015, de acuerdo a la forma de pago establecida por el cliente. Una vez regularizado el pago en el sistema, se levanta la suspensión el 1 de septiembre de 2015. (...). Es importante mencionar que debido al inconveniente presentado en relación a la actualización del pago del cliente, se realizó la respectiva nota de crédito respecto a los días que estuvo suspendido el servicio por falta de pago: (...) Sobre la tercera factura No. 001-327-018408900 por \$ 8,17, correspondiente al periodo del 22-Ago-2015 al 21-Sep-2015, se aplica la nota de crédito No. 048-333-000560702 por el mismo valor, por lo que no se genera un cobro para la cliente. Esta factura corresponde a un valor proporcional, debido a que se registra la baja por portabilidad el 3 de septiembre de 2015."; Una vez más, el reclamo de la cliente tampoco es atendido, por lo que a pesar de haber permanecido con el Servicio Móvil que presta OTECEL, por más de cinco años, solicita la baja por portabilidad, a fin de evitar, que la Operadora, por su error operativo, le siga perjudicando; lo cual reafirma la subsunción del hecho infractor, el cobro mediante débito bancario, de servicios no prestados.

- f) Por otra parte, la Operadora del Servicio Móvil Avanzado, OTECEL S.A.; sostiene: "...se realizó la devolución de los valores cobrados a la cliente desde el 22 de agosto hasta el 2 de septiembre de 2015, es decir, por la totalidad del periodo, no únicamente por los días en los cuáles tuvo el servicio suspendido. Para actualizar el pago realizado por la cliente el 22 de agosto del 2015, el 2 de septiembre de 2015 se realiza un ajuste interno en el sistema comercial en el que se traslada el pago por \$13,90 (1ra Factura) del código de cliente No. 19801564 (inactivo), al código de cliente No. 27553702 (activo), quedando un saldo a favor para el cliente de \$13,90. En ese sentido nuestra Área de Atención al Cliente se comunicó el 4 de septiembre de 2015, con la Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, y le informó que este saldo lo puede retirar en los centros de atención de Movistar. (...) Es decir para 2 de septiembre de 2015, el caso de la Sra. Fátima del Quinche Triviño, estuvo solucionado respecto del saldo a favor de los \$13,90 conforme se puede evidenciar en la Gráfica No. 1, respecto de los días que el cliente no tuvo servicio debido al inconveniente en el registro del pago, el 7 de octubre se realizó la respectiva nota de crédito de \$8,17 (Nota de crédito que se aplicó a pesar que en 6 días tuvo servicio) conforme se puede verificar en la Gráfica No. 1, cabe señalar que este valor \$8,17 nunca se debitó de la cuenta del cliente. Es importante manifestar, que este caso fue ingresado a la Dirección de Atención al Usuario de ARCOTEL, registrado con trámite No. 690088, en el cual se establece como solución la devolución del saldo a favor del cliente, señalando que puede retirar este valor en los centros de atención al cliente de Movistar. Se adjunta en el Anexo 3 el correo de análisis y respuesta enviado el 4 de septiembre de

2015 hacia ARCOTEL"; al respecto, sobre el concepto de **SOLUCIÓN**, existe abundante doctrina y jurisprudencia, como la que consta en el expediente 244, publicado en el Registro Oficial 82, de 11 de mayo de 2007, que dice: "El Art. 1583 ex 1610 del Código Civil que trata de la extinción de las obligaciones dice: "Las obligaciones se extinguen en todo o en parte:... 2. **Por la solución o pago efectivo". Pago efectivo, es la prestación de lo que se debe Art. 1584 ex 1611 del Código Civil... El Art. 1592, ex 1619 del Código Civil prescribe: "Para que el pago sea válido, debe hacerse, o al acreedor mismo..., o a la persona que la ley o el Juez autoriza a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro"; lo cual evidentemente en el presente caso, no ocurrió el 4 de septiembre de 2015;**

- g) Por otra parte, respecto del principio "**Non bis in Idem**", es decir, la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, evitando la imposición de duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que una Norma suprema u orgánica, así lo determine, poniendo como ejemplo el doble juzgamiento por los mismo hechos en la jurisdicción administrativa y la penal; esgrimido por la Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., al señalar que: "*la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de las competencias que le confiere la ley, intervino en este mismo caso, tramitó y examinó la queja presentada por la señorita Fátima del Quinche Triviño Mesías, según consta del expediente Defensorial N° DPE-2101-210101-2017-000638, que se cita en el Acto de Apertura. El asunto fue conocido, tramitado y resuelto ante la Defensoría del Pueblo, y el tema se superó por acuerdo de las partes y de ese modo se extinguió la presunta infracción que se imputa. En efecto, en lo sustancial la Imputación que se formula en contra de OTECEL es la prevista en el artículo 118, literal b) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es, "cobrar por servicios contratados no prestados"; la Constitución de la República en su artículo 226, señala expresamente que "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley"; el presente procedimiento administrativo sancionador, se inició por cuanto la presunta conducta infractora detectada es el **COBRO DE SERVICIOS NO PRESTADOS**; del análisis del expediente Defensorial N° DPE-2101-210101-2017-000638, aportado por la Defensoría del Pueblo, se determina que el mismo, lejos de constituirse en un procedimiento administrativo sancionador, busca mediar, el legítimo y Constitucional Derecho, de la Sra. Fátima del Quinche Triviño Mesías, a que se le restituya un valor indebidamente afectado; en tanto que el presente procedimiento que guarda la condición fumus bonis iuris, de carácter administrativo sancionador, busca establecer la verdad material de la presunta conducta infractora, es decir el cobro de servicios no prestados.*
- h) Respecto de la solución, que no forma parte fundamental del presente procedimiento; ni siquiera, la misma fue dada de manera que satisfaga a la usuaria Fátima del Quinche Triviño Mesías, ya que según obra del

Expediente Defensorial N° DPE-2101-210101-2017-000638, aportado por la Defensoría del Pueblo, en la Audiencia Pública de 29 de septiembre de 2015, entre la señora Triviño y los procuradores legales de la operadora OTECEL S.A. (abogada Cristina Sempértegui y abogado Over Jaramillo), se acordó REPONER los valores a través de transferencia bancaria, basados en que es complicado para la señora Triviño trasladarse a alguna de las Agencias de Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato o Manta, donde según la Operadora, le podían restituir los valores indebidamente afectados; razón por la cual durante la citada Audiencia la señora Triviño **facilitó el número de la cuenta de ahorros del Banco del Pichincha a la cual se debía realizar la transferencia (cuenta No. 4233000700)**; lo cual y como obra del presente procedimiento, recién se produjo el 4 de febrero de 2016.

- i) Respecto de las tres atenuantes invocadas por la representación legal de la persona jurídica expedientada, Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro del procedimiento administrativo sancionador, considera en su artículo 130: *"Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes: 1. **No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador...** 3. **Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.** 4. **Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.** En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase."*
- j) Con relación a la circunstancia **atenuante No 1**, de la revisión de las bases de datos y sistemas de ARCOTEL, se desprende que la Operadora de Servicio Móvil Avanzado OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., no ha sido sancionada por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador; con relación a la **atenuante No. 3**, es decir, **haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción**, esta atenuante se encuentra desarrollada en el artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que expresa: "Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de las acciones, la **compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o el reintegro de valores indebidamente cobrados...**"; (lo resaltado me pertenece); no se demuestra en forma alguna que la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL

S.A., voluntariamente haya subsanado el hecho infractor; es más, en el caso de la restitución de los valores indebidamente afectados, ha sido la Usuaria, quien denunció el incumplimiento, a lo acordado en la Defensoría del Pueblo de Lago Agrio; por lo que la atenuante tercera no puede ni debe ser aceptada como tal, en relación a la **atenuante No. 4**, la jurisprudencia, respecto a la reparación integral de los daños, como es el caso de la resolución de la Corte Constitucional No. 71, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 485 de 22 de abril de 2015, en la que dice: "... de acuerdo al artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, hay varias formas de hacerla; en este sentido, expresa: **"Cuando se habla de una reparación integral debe tenerse en cuenta que esta no se limita únicamente a una indemnización económica para las víctimas..."** la reparación económica, es un tipo de medida de reparación integral que se refiere a una compensación a favor del sujeto afectado por los detrimentos y perjuicios, ocasionados como consecuencia de la vulneración de sus derechos constitucionales..."; al respecto, no obra del expediente, muestra alguna de que la Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., haya procedido con la reparación integral de los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, tal cual lo establece el tercer inciso innumerado en el artículo 82, del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con la ejecución de los mecanismos y acciones necesarias de manera voluntaria por parte del prestador del servicio y que debieron ser demostradas, a través de cualquier medio, ya sea físico o digital; lo cual evidentemente en el presente caso no ha ocurrido; es más, la condición infractora obligó a la usuaria afectada, Fátima del Quinche Triviño Mesías, perjudicada por la génesis del hecho infractor, a migrar su servicio móvil, avanzado que lo tenía con la Operadora OTECEL S.A, desde el mes de enero de 2012; consecuentemente, en este Procedimiento Administrativo Sancionador, esta atenuante tampoco se aplica; por lo que de lo obrado se establece expresamente **UNA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE** a favor de OTECEL S.A.

Concluyendo; de lo actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador, se establece la verdad material del hecho infractor imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2016-CZ2-028; que en estricta observancia y apego a derecho, no ha sido justificado ni desvirtuado; por lo que, al haber inobservado con la Obligación constante en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su número 18. **Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas**"; incurriendo en la infracción establecida en el **Art. 118.- Infracciones de segunda clase, son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: b)... 5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.**

3.4. ATENUANTES Y AGRAVANTES

De lo motivado, se desprende UNA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE; la no reincidencia de procedimientos administrativos sancionadores con identidad de

causa y efecto; en tanto que como circunstancias agravantes no existe ninguna, con la que se deba regular la sanción correspondiente.

Para establecer la multa económica a imponer, se debe tomar en cuenta el contenido del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0057-M, de 10 de marzo de 2016, en el que se informa que la declaración del impuesto a la renta de la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., correspondiente al ejercicio económico 2014, asciende a la cantidad de USD 631.048.966,34 (SEICIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON 34/100), adicionalmente en el presente caso, existen 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 287.916,09 USD (DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DIECISEIS DÓLARES CON NUEVE CENTAVOS).

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico constante en el Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0555 de 10 de mayo de 2016, e Informe Jurídico ARCOTEL-JCZ2-R--2016-062, de 26 de mayo de 2016, emitidos por las Unidades Técnica y Jurídica de la Coordinación Zonal 2.

Artículo 2.- DECLARAR que la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, al no haber desvirtuado el cometimiento del hecho infractor señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL N° 2016-CZ2-028 (cobro de valores económicos por servicios no prestados), incumpliendo lo que determina el número 18 del artículo 64 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; ha incurrido, en la infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 118, letra b), numeral 5. que expresa: *"Infracciones de segunda clase, son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: b)... 5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados."*

Artículo 3.- IMPONER a la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, la multa de 287.916,09 USD (DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DIECISEIS DÓLARES CON NUEVE CENTAVOS), que corresponde al 0,045625% del monto de referencia, 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 Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el plazo de 30 días calendario, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

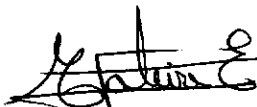
Artículo 4.- DISPONER a la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, que cumpla con la normativa constitucional, legal y reglamentaria, a la que se encuentra obligado de acuerdo a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto estas obligaciones no admiten salvedad alguna.

Artículo 5.- INFORMAR a la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con RUC No. 1791256115001, que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones interponer el Recurso de Apelación de la presente Resolución, ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso de Apelación, no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley citada.

Artículo 6.- NOTIFICAR con la presente Resolución a la empresa OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., Av. De la República E7-16 y la Pradera, del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha.

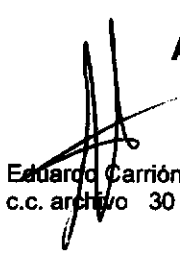
Cúmplase.-

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 30 días del mes de mayo de 2016.



Ing. Miguel Jativa Espinosa
COORDINADOR ZONAL 2

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)



Eduardo Carrión
c.c. archivo 30 /05/ 2016.

