

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZ2-2016-006**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**

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 OTECEL S.A., el 20 noviembre del 2008.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2015-0142-M de 13 de agosto 2015, el Director Jurídico de Control de Telecomunicaciones, da conocer a la Zona 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el Informe Técnico No. ICT-DCS-C-2015-042, de 25 de junio del 2015, con el que se ha puesto en consideración de la Unidad Jurídica a fin de que se proceda al análisis y procedimiento.

Por el Informe Técnico No. ICT-DCS-C-2015-042, se tiene conocimiento que la empresa Operadora OTECEL S.A., fue requerida a que presente los oficios con los cuales notificó los servicios que se encuentran publicados en la página electrónica de la operadora el día 05 de mayo del 2015, y mediante oficio No. VPR-9484-2015, de 11 de junio del 2015, ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con hoja de trámite 5484 de 11 de junio del 2015, se da respuesta al oficio de ARCOTEL-DCS-2015-0038-OF, de 11 de mayo del 2015, en el que se manifiesta:

"Al respecto, le informo que estos productos constituyen soluciones integrales ofertadas al segmento corporativo orientadas al desarrollo y producción de las empresas, las cuales están sujetas a cambios y condiciones de acuerdo a requerimientos y necesidades específicas de cada cliente. Estas soluciones comprenden desarrollos a nivel de aplicaciones de software y conectividad, así como algún componente vinculado a la prestación de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos, etc.) En este sentido, no se ajustan a los Formatos establecidos para la notificación de planes (RT-PLT01) y promociones (RT-PR-01) utilizados para el segmento masivo o individual. (el subrayado me pertenece)

Es importante señalar que ARCOTEL se encuentra definiendo los Formatos de notificación y publicación de planes ofertados al segmento corporativo, en base a las propuestas realizadas por las Operadoras Móviles.”

Del análisis que hace la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, sobre la información constante en la página Web de OTECEL S.A. en la parte de EMREPSAS-SOLUCIONES INTEGRALES, se manifiesta:

“Por lo tanto, estas soluciones integrales son ofertadas a sus clientes que utilizan el servicio móvil avanzado, (que es un servicio de telecomunicaciones); y, para acceder a estos deben pagar una tarifa o precio por su utilización. Estos servicios o soluciones integrales debieron tener una fecha de entrada en vigencia; así como su acceso y utilización deben estar condicionados para los clientes del segmento de Empresas.

Es decir que, estas soluciones son parte del servicio de telecomunicaciones que comercializa la operadora; y que, para acceder a los mismos. Los clientes deben pagar tarifas o precios, los cuales conforme establece el primer párrafo del Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, deben ser notificados a ARCOTEL.”

En el Informe Técnico No. ICT-DCS-C-2015-042, de 25 de junio del 2015, enviado por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otros aspectos se concluye y recomienda lo siguiente:

“4 Conclusiones

En base a lo expuesto, se concluye lo siguiente:

- *La operadora OTECEL S.A. hasta la presente fecha no ha notificado a la ARCOTEL, las Soluciones integrales que se encuentran publicadas en la página electrónica de la operadora, dentro del segmento EMPRESAS.
<https://www2.movistar.com.ec/site/empresas/movil-empresas/crecimiento/comercial.html>*

“ 5 Recomendaciones

Se recomienda remitir el presente informe al Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL con la finalidad de que se analice jurídicamente, las observaciones realizadas en el presente informe.”

Por lo que se presume que el concesionario ha incumplido con las obligaciones determinadas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

1.3 ACTO DE APERTURA

En fecha 22 de octubre del 2015, se emitió el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0030, Acto con que se le notificó a la empresa concesionaria, el 23 de octubre del 2015, de conformidad con el Memorando ARCOTEL-CZ2-2015-0775-M, de 28 de octubre del 2015.

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."

Resoluciones de ARCOTEL

Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015

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, Técnica y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda (...)

El numeral 8 de las **"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 Ididen señalada:

"La estructura temporal permitirá a la institución"

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

Resolución 002-01-ARCOTEL-2015

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 pertinente."

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 la Acto de Apertura ARCOTEL-2015-CZ2-0030, se ha procedido a notificar a la Empresa Concesionaria, la misma que ha comparecido y dado contestación estableciendo las pruebas de descargo de las que se cree asistida; se han respetados los términos determinados en la ley y se ha observado las garantías de debido proceso determinadas en la Constitución de la República fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa, se ha respetado el procedimiento determinado en la Ley Orgánica de telecomunicaciones, así como también se han observado las formalidades y solemnidades determinadas en el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

Por lo expuesto en el presente tramite no existe nulidad que declarar en cuanto a la competencia alegada y se considera válido todo lo actuado.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 65 manifiesta:

Art. 65.- Notificación y vigencia.

Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La notificación oportuna de las tarifas no implica aceptación o aprobación de las mismas, y quedan a salvo las acciones de supervisión y control que correspondan."

Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

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

25. Las demás obligaciones establecidas en la Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

En el título XIII sobre el Régimen sancionatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establecen diferentes sanciones en cuanto a su gravedad y en el caso presente se considera como presuntamente vulnerada la siguiente disposición:

Art. 117.- Infracciones de Primera Clase.-

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

16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones.

Posibles sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción.

Art. 121.- Clases.- *Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:*

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

Art. 122.- Monto de referencia.

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

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:

a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.

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

La empresa OTECEL S.A. ha dado contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador mediante escrito ingresado en fecha 17 de noviembre del 2015 con número de trámite ARCOTEL-2015-014448, el mismo que en su parte fundamental manifiesta:

1. ANTECEDENTES

El día 23 de octubre de 2015 se me notificó con la Boleta Única No. ARCOTEL-2015-CZ2-0030, emitida el 22 de octubre de 2015 por el Intendente Regional Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en la cual se imputa a OTECEL S.A. el supuesto incumplimiento del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2. CONTESTACIÓN

En uso del derecho que me concede la Ley de Telecomunicaciones y la cláusula CINCUENTA y SIETE, acápite CINCUENTA y SIETE PUNTO UNO (57.1) del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado, de 20 de noviembre de 2008, y dentro del término contractual y legal, doy contestación a la Boleta en mención, en los siguientes términos:

La Boleta Única No. ARCOTEL-2015-CZ2-0030 señala lo siguiente: *"En el análisis que hace la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, sobre la información constante en el página Web de OTECEL S.A. en la parte EMPRESAS-SOLUCIONES INTEGRALES manifiesta: "Por lo tanto, estas soluciones integrales son ofertadas a los clientes que utilizan el servicio móvil avanzado, (que es servicio de telecomunicaciones); y, para acceder a estos debe pagar una tarifa o precio por su utilización. Estos servicios o soluciones integrales debieron tener una fecha de entrada en vigencia; así como su acceso y utilización deber ser condicionados para los clientes del segmento de Empresas.*

Es decir que, estas soluciones son parte del servicio de telecomunicaciones que comercializa la operadora; y que, para acceder a los mismos. Los (sic) clientes deben pagar tarifas o precios, los cuales conforme establece el primer párrafo del Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, deber ser notificadas a ARCOTEL "".

Al respecto sostengo lo siguiente:

2.1.- INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO.-

En la Boleta Única No. ARCOTEL-2015-CZ2-0030 se alega que "[L]a operadora OTECEL S.A. hasta la presente fecha no ha notificado a la ARCOTEL, las Soluciones integrales que se encuentran publicadas en la página electrónica de la operadora, dentro del segmento EMPRESAS.

•<https://www2.movistar.com.ec/site/empresas/movil-empresas/crecimiento-comercial.html>"

Sobre este particular se informa que OTECEL S.A. mediante oficio VPR-9484-2015 recibido en ARCOTEL el 11 de junio de 2015 con Hoja de Trámite No. 005484, respecto de las Soluciones Integrales: *"Aplicación Fuerza de Ventas, Smart USSD, Interactive Message, Smart SMS, Smart Screen"* aclaró que estos productos constituyen soluciones integrales ofertadas al segmento corporativo orientadas al desarrollo y producción de las empresas, las cuales están sujetas a cambios y condiciones de acuerdo a requerimientos y necesidades específicas de cada cliente. Estas soluciones comprenden desarrollos a nivel de aplicaciones de software y conectividad, así como algún componente vinculado a la prestación de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos, etc.), el Servicio Móvil Avanzado es una pequeña parte de la solución. En este sentido, no se ajustan a los Formatos establecidos para la notificación de planes móviles (FORMATO RT-PLT- 01) y promociones móviles (FORMATO RT-PR-O1I) utilizados para el segmento masivo o individual del SMA.

Es importante señalar que el Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que *"Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones..."* Sin embargo, para el Segmento Corporativo no se han definido aún los formatos ni el mecanismo.

Cabe recalcar que actualmente ARCOTEL se encuentra definiendo los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo, en base a las propuestas realizadas por las Operadoras Móviles. Al respecto, OTECEL S.A. ha enviado su propuesta a la ARCOTEL (ex SUPERTEL) mediante oficios: VPR-7276-2014 ingresado el 25 de septiembre de 2014 con HT-8918, y VPR-10117-2015 ingresado el 18 de agosto de 2015 en ARCOTEL con HT-009488. Una vez que se cuente con los formatos, OTECEL S.A. procederá con la respectiva notificación.

Vale recordar que el artículo 96 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) - Actos Propios- establece que "Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado"

Por lo tanto, si la ARCOTEL todavía no ha definido los formatos mediante los cuales se pide la información que ahora se alega no presentada (por la falta de esos mismos formatos), la autoridad competente no puede declarar el incumplimiento a razón del artículo 96 del ERJAFE antes citado. Más aún, debe subsanar su propia falla definiendo los formatos tal como lo manda el artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por lo expuesto, se solicita el archivo del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-20 15-CZ2-0030, en virtud de que hasta la presente fecha ARCOTEL no ha definido los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo, conforme lo establecido en el propio artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

3.- IMPUGNACIÓN.-

Con tales antecedentes, y en uso del derecho que me conceden el Art. 173 de la Constitución, la Ley de Telecomunicaciones y el Contrato de Concesión, contesto e impugno el contenido de la Boleta Única de Juzgamiento No. ARCOTEL-2015-CZ2-0030, emitida por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones el 22 de octubre de 2015, impugno todos los fundamentos de hecho y de derecho.

Se servirá dar a esta impugnación el trámite previsto en la Ley y en el Contrato de Concesión.

4.- PETICION DE AUDIENCIA

Pido a usted se sirva señalar día y hora para ser recibidos en audiencia en su despacho con la finalidad de ejercer mejor nuestros argumentos y nuestro derecho a la defensa.

Hasta aquí lo fundamental de la contestación y manifiesta que no se puede sancionar a OTECEL por haber cumplido con la ley.

3.2. INFORME TÉCNICO A LA CONTESTACIÓN DADA POR OTECEL S.A.

Con la contestación dada por la operadora OTECEL S.A., se ha corrido traslado a la Unidad Técnica de la Zona 2 de ARCOTEL, la misma que por intermedio del técnico Ing. Christian Criollo, mediante Memorando No. ARCOTEL-CZ2-2015-0980-M de 22 de diciembre de 2015, ha determinado fundamentalmente lo siguiente:

ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-2015-CZ2-00030 de 22 de octubre de 2015, en el cual se hace relación a la conclusión del informe técnico ICT-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015, de la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, que señala:

- La operadora OTECEL S.A. hasta la presente fecha no ha notificado a la ARCOTEL, las Soluciones Integrales que se encuentran publicadas en la página electrónica de la operadora, dentro del segmento EMPRESAS.

Documento sin número y sin fecha, ingresado con trámite No. ARCOTEL-2015-014448 el 17 de noviembre de 2015, mediante el cual el abogado Fabián Esteban Corral, ofreciendo poder o ratificación de la Compañía OTECEL S.A. da contestación al citado Acto.

ANÁLISIS

OTECCEL S.A., a través de su abogado el señor Fabián Esteban Corral, con trámite No. ARCOTEL-2015-014448, manifiesta entre otros aspectos, en la parte pertinente al ámbito técnico, lo siguiente:

En la página 2, párrafos 2, 3 y 4 señala:

"Sobre este particular se informa que OTECEL S.A. mediante oficio VPR-9484-2015 recibido en ARCOTEL el 11 de junio de 2015 con Hoja de Trámite No. 005484, respecto de las Soluciones Integrales: "Aplicación Fuerza de Ventas, Smart USSD, Interactive Message, Smart SMS, Smart Screen" aclaró que estos productos constituyen soluciones integrales ofertadas al segmento corporativo orientadas al desarrollo y producción de las empresas, las cuales están sujetas a cambios y condiciones de acuerdo a requerimientos y necesidades específicas de cada cliente. Estas soluciones comprenden desarrollos a nivel de aplicaciones de software y conectividad, así como algún componente vinculado a la prestación de servicios de

telecomunicaciones (voz, SMS, datos etc.), el Servicio Móvil Avanzado es una pequeña parte de la solución. En este sentido, no se ajustan a los Formatos establecidos para la notificación de planes móviles (FORMATO RT-PLT-01) y promociones móviles (FORMATO RT-PR-01) utilizados para el segmento masivo o individual del SMA.

Es importante señalar que el Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que "Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y **bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de la Telecomunicaciones...**"(el subrayado me pertenece). Sin embargo, para el Segmento Corporativo no se han definido aún los formatos ni el mecanismo.

Cabe recalcar que actualmente ARCOTEL se encuentra definiendo los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo, en base a las propuestas realizadas por las Operadoras Móviles. Al respecto, OTECEL S.A. ha enviado su propuesta a la ARCOTEL (ex SUPERTEL) mediante oficios: VPR-7276-2014 ingresado el 25 de septiembre de 2014 con HT-08918, y VPR-10117-2015 ingresado el 18 de agosto de 2015 en ARCOTEL con HT-009488. Una vez que se cuente con los formatos, OTECEL S.A. procederá con la respectiva notificación"

En resumen,

- La operadora OTECEL S.A. señala que lo ofertado en sus Soluciones Integrales denominada "Aplicación Fuerza de Ventas, Smart USSD, Interactive Message, Smart SMS, Smart Screen" no se ajustan a los formatos establecidos para la notificación de planes móviles (FORMATO RT-PLT-01) y promociones móviles (FORMATO RT-PR-01) utilizados para el segmento masivo o individual del SMA, adicionalmente que para el Segmento Corporativo no se han definido aún los formatos ni el mecanismo de notificación.
- La operadora OTECEL S.A. indica que estos productos constituyen soluciones integrales ofertadas al segmento corporativo orientadas al desarrollo y producción de las empresas, las cuales están sujetas a cambios y condiciones de acuerdo a requerimientos y necesidades específicas de cada cliente, y que las mismas comprenden desarrollos a nivel de aplicaciones de software y conectividad, así como algún componente vinculado a la prestación de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos etc.)
- OTECEL S.A. en su página web (<https://www2.movistar.com.ec/site/empresas/movil-empresas/crecimiento-omercial.html>), donde por citar un caso, consta el producto denominado "Smart SMS", el cual señala:

“Comuníquese de manera frecuente, eficiente, automática y masiva con sus clientes, proveedores y colaboradores a través de una solución web de envío de mensajes de texto. Disminuya los costos de Call Center en aproximadamente un 10%. Descuentos de mensajes por volumen, Mensajes configurables, Administración de bases de datos y Reportes en línea”;

Por lo tanto, es criterio de esta Unidad, que para acceder a los productos de soluciones integrales ofertados por OTECEL S.A., los clientes requieren hacer uso de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos etc.) por los cuales deben pagar tarifas o precios, mismas que deben ser notificadas en base a lo señalado por el Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: *“Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones”;* sin embargo, al no encontrarse establecidos dichos formatos y mecanismos OTECEL S.A. no ha realizado la notificación pertinente.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base al análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2, concluye que la operadora OTECEL S.A. no ha desvirtuado técnicamente el cometimiento del hecho señalado en el presente procedimiento, debido a que, para acceder a los productos de soluciones integrales ofertados por OTECEL S.A., los clientes requieren hacer uso de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos etc.) por los cuales deben pagar tarifas o precios, mismas que deben ser notificadas en base a lo señalado por el Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sin embargo, considerando que al momento no se encuentran establecidos los formatos y mecanismos de notificación de este tipo de productos, corresponde al área jurídica establecer la aplicabilidad del citado Artículo para el presente caso.

3.3. 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 ITC-DCS-C-2015-042 de 25 de junio del 2015
- b.- Contestación dada al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, misma que consta en escrito ingresado el 17 de noviembre del 2015, que ha sido transcrito casi en su integridad para el análisis y argumentación.
- c.- Se ha practicado la prueba solicitada en acto de 18 de noviembre del 2015, fundamentalmente se ha señalado fecha para ser oídos de manera verbal lo que ocurrió el 26 de noviembre del 2015 a las 16h00.
- d.- Informe Técnico dando contestación a la respuesta del Acto de Apertura por parte de OTECEL S.A., enviado mediante Memorando ARCOTEL-CZ2-2015-0980-M.

e.- Informe Jurídico ARCOTEL-2016-JCZ2-R-006, en que se hace un análisis de todas las constancias procesales el mismo que será considerado dentro de la Motivación a la presente Resolución.

3.4. MOTIVACIÓN

Como consecuencia de la contestación dada por el Dr. Fabián Esteban Corral, quien ha ofrecido poder de ratificación, además del Informe Técnico y el informe jurídico, de los documentos existentes y que fueron fundamentos del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, es necesario considerar lo siguiente:

a.- La comparecencia al procedimiento por parte del Dr. Fabián Esteban Corral en representación o en calidad de abogado de la Operadora de SMA OTECEL S.A., ha sido aprobada y ratificada por el señor José Manuel Casas en fecha 08 de enero del 2015, a pesar de que en providencia de 18 de noviembre del 2015, legalmente notificada en su numeral 5 se le concede el término de tres días para que legitime su intervención.

Sin embargo de que se ha aprobado y ratificado la comparecencia al procedimiento fuera del término concedido, se deja claro que la comparecencia del Abogado Corral se lo ha realizado sin que tenga ninguna responsabilidad dentro del presente procedimiento.

En aplicación del derecho a la defensa determinado en la Constitución de la República y fundamentalmente el artículo 76, se procederá a considerar los argumentos de su contestación y la prueba aportada.

El abogado Fabián Esteban Corral, compareció al procedimiento, expuso y solicitó:

- Presentó como fundamento principal la inexistencia del cumplimiento.
- Impugna el Contenido de la Boleta Única y de la misma manera impugna todos los fundamentos de hecho y derecho.
- Solicitó que se fije día y hora para ser recibidos en audiencia con la finalidad de argumentar y ejercer el derecho a la defensa.

El 18 de noviembre del 2015, por parte de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se despacho el escrito de comparecencia del Dr. Fabián Esteban Corral, mediante Acto de Apertura de Prueba en el que se considera las alegaciones presentadas y se fija la diligencia de audiencia solicitada para el día miércoles 26 de noviembre del 2015 a las 16H00, la que se desarrolló de manera normal.

b.- Se cree necesario para el análisis posterior que se consideren las siguientes disposiciones normativas:

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;

Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

“Art. 65.- Notificación y vigencia.

Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La notificación oportuna de las tarifas no implica aceptación o aprobación de las mismas, y quedan a salvo las acciones de supervisión y control que correspondan.”

Estas dos disposiciones determinan obligaciones y responsabilidades de todas las personas y desde luego se incluye a los extranjeros residentes en nuestro país.

c.- El desarrollo del presente procedimiento administrativo se resume en lo siguiente:

- Antecedentes del hecho.- Son los que están dados por el Informe Técnico No. ICT-DCS-C-2015-042, de 25 de junio del 2015 y el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo ARCOTEL-2015-CZ2-0030, de 22 de octubre del 2015, en donde se establece que la operadora no notificó a la ARCOTEL las soluciones integrales que se encuentran publicas en la página electrónica de la empresa operadora, dentro del segmento empresas.

Por estas consideraciones se dictó el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionar con el que se le notificó a la empresa operadora OTECEL S.A.

- Relación con el derecho.- La conducta de la empresa OTECEL S.A., se relaciona con obligaciones y responsabilidades determinadas en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en especial lo relacionado con el Régimen tarifario y la notificación que se debe realizar a la ARCOTEL, artículo 65, fundamentalmente en lo siguiente:

Art. 65.- Notificación y vigencia.

Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La notificación oportuna de las tarifas no implica aceptación o aprobación de las mismas, y quedan a salvo las acciones de supervisión y control que correspondan.

Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

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

25. Las demás obligaciones establecidas en la Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

- Consecuencias jurídicas.- Para determinar la responsabilidad administrativa de una persona natural o jurídica prestadora de servicios de telecomunicaciones es necesario que se determine dos aspectos:
 - a) La existencia material de la infracción
 - b) La responsabilidad de la persona natural o jurídica en el cometimiento de la misma

El primer aspecto, esto es la existencia material de la infracción esta determinado por lo que manifiestan el Informe Técnico No. ICT-DCS-C-2015-042, de 25 de junio del 2015 y el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo ARCOTEL-2015-CZ2-0030, de 22 de octubre del 2015, en donde se establece que la operadora no notificó a la ARCOTEL las soluciones integrales que se encuentran publicas en la página electrónica de la empresa operadora, dentro del segmento empresas.

En cuanto a la responsabilidad de la empresa Operadora se deben considerar los siguientes indicios:

- a) En la página de OTECEL S.A. existe una parte denominada EMPRESAS-SOLUCIONES INTEGRALES, con servicios, tarifas e información para conocimiento de los usuarios.
- b) Los servicios descritos anteriormente son ofertados a sus clientes que utilizan el servicio móvil avanzado y se debe pagar una tarifa.
- c) La empresa no ha notificado a la ARCOTEL, las soluciones integrales que se encuentran publicadas en la página electrónica de la operadora, dentro del segmento de empresas.

La empresa manifiesta que hay inexistencia del incumplimiento por cuanto manifiesta que los productos ofertados constituyen soluciones integrales al segmento corporativo orientadas al desarrollo y producción de las empresas, sujetas a cambio de acuerdo a las necesidades del cliente y que no se ajustan a los formatos establecidos para la notificación de planes móviles, promociones móviles para el segmento masivo o individual de SMA.

Además manifiesta la operadora que ARCOTEL se encuentra definiendo los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo.

La Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, *“concluye que la operadora OTECEL S.A. no ha desvirtuado técnicamente el cometimiento del hecho señalado en el presente procedimiento, debido a que, para acceder a los productos de soluciones integrales ofertados por OTECEL S.A., los clientes requieren hacer uso de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos*

etc.) por los cuales deben pagar tarifas o precios, mismas que deben ser notificadas en base a lo señalado por el Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sin embargo, considerando que al momento no se encuentran establecidos los formatos y mecanismos de notificación de este tipo de productos, corresponde al área jurídica establecer la aplicabilidad del citado Artículo para el presente caso.”

Para aclarar esta situación es necesario que se analice el artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta:

Art. 65.- Notificación y vigencia.

Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La notificación oportuna de las tarifas no implica aceptación o aprobación de las mismas, y quedan a salvo las acciones de supervisión y control que correspondan.

En su primera parte dispone: **Las tarifas deberán ser notificadas a ARCOTEL, con 48 de anticipación a su entrada en vigencia.**

Hasta aquí se establece una obligación y como tal su cumplimiento debe ser acatado por parte de la empresa operadora, lo cual no puede quedar a la discrecionalidad de obediencia o no.

Ahora para aclarar mas el asunto veamos la segunda parte en la que aparentemente existen confusiones y hace relación a que la obligación de notificar podrá hacerse a través de medios electrónicos o bajo formatos o mecanismos previamente establecidos por ARCOTEL.

La obligación de notificar es de la empresa operadora y esta la puede hacer:

- Por medios electrónicos.
- Bajo formatos y mecanismos establecidos por ARCOTEL.

Pero la obligación de notificar se la debe cumplir por cualquier forma, ya que la notificación consiste en poner en conocimiento de otra parte, comunicar por cualquier medio alguna disposición, resolución o situación de manera oficial.

Como se hace conocer una cosa de manera oficial, por medios electrónicos u otros mecanismos que se implemente, se debe cumplir, mucho más cuando se establece un plazo.

Por todas las consideraciones expuestas, se manifiesta que no se la logrado desvirtuar el contenido del Informe Técnico ICT-DCS-2015-042, de 25 de junio del 2015, el mismo que por su carácter técnico especializado es el argumento

fundamental para determinar la responsabilidad de la empresa operadora OTECEL S.A., en la infracción acusada en la Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2015-CZ2-0030, de 22 de octubre del 2015 y que fue legalmente notificado el 23 de octubre el 2015.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER los Informes Técnico y Jurídico constantes en los Memorandos Nos. ARCOTEL-CZ2-2015-0980-M, del 22 de diciembre del 2015 y ARCOTEL-2015-JCZ2-R-006, 08 de enero del 2016, suscritos por los profesionales técnico y jurídico respectivos.

Artículo 2.- DETERMINAR que la empresa Operadora OTECEL S.A., cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791256115001, con domicilio en la Avenida República E7-16 y La Pradera del Distrito Metropolitano de Quito, al no haber desvirtuado lo determinado en el Informe Técnico ICT-DCS-C-2015-042, de 25 de junio del 2015 y el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0030, de 22 de octubre del 2015, es responsable de la infracción determinada en el artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: "*Art. 117.- Infracciones de Primera Clase.- b. Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones.*"; esto, por no haber cumplido con la obligación determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que al respecto manifiesta: "**Art. 65.- Notificación y vigencia.** *Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones... La notificación oportuna de las tarifas no implica aceptación o aprobación de las mismas, y quedan a salvo las acciones de supervisión y control que correspondan.*"; además, en la sustanciación del procedimiento administrativo no se aceptó a trámite las excepciones planteadas por la empresa Operadora OTECEL S.A. y que presento el abogado Fabián Corral.

Artículo 3.- IMPONER empresa Operadora OTECEL S.A., cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791256115001, con domicilio en la Avenida República E7-16 y La Pradera del Distrito Metropolitano de Quito, de conformidad con el artículo 117 de la LOT, la sanción económica prevista en el artículo 121 como de

primera clase de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, equivalente al 0,01187 % del monto de referencia tomado del Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de servicio de Telecomunicaciones, esto es, SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHO DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (USD \$ 69.908,44), 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 calle 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.

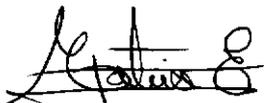
Artículo 4.- DISPONER que la empresa Operadora OTECEL S.A., cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791256115001, con domicilio en la Avenida República E7-16 y La Pradera del Distrito Metropolitano de Quito, observe las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a que se encuentra obligado por Ley.

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

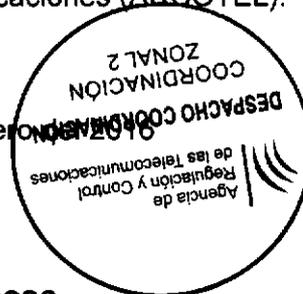
Artículo 6.- NOTIFICAR a la empresa Operadora OTECEL S.A., cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791256115001, con domicilio en la Avenida República E7-16 y La Pradera del Distrito Metropolitano de Quito; 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 08 de enero de 2016.



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



Copia
Dr. Jaime Ordoñez
08/01/2016