

**RESOLUCION No. ARCOTEL-2016-CZ2-010****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 FUNDAMENTO DE HECHO**

Con oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2015-1345-OF de 10 de noviembre de 2015 ingresado en las oficinas de OTECEL S.A. el mismo día mes y año, la Dirección de Regulación de Servicios de Telecomunicaciones en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 el 18 de febrero de 2015 y del Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia expedido mediante la Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015 notificó a la prestadora OTECEL S.A. sobre la concentración de mercado alcanzada en el tercer trimestre del 2015 y el porcentaje de sus ingresos totales a pagar al Estado en aplicación del mencionado artículo de la LOT. Adicionalmente, se indica que se concedió a OTECEL S.A., el plazo de 10 días para realizar el pago, contados a partir de la notificación del referido oficio,

La siguiente tabla es parte del mencionado oficio remitido a OTECEL S.A.

<b>TRIMESTRE</b>	<b>PERÍODO</b>	<b>PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE MERCADO</b>	<b>PAGORESPECTO A LOS INGRESOS TOTALES POR SERVICIO</b>
III Trimestre 2015	01-julio-2015 a 30-sep-2015	30.3%	0.5 %

A su vez, con oficio No. VPR-10766-2015 del 13 de noviembre del 2015 ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con hoja de trámite No. ARCOTEL-2015-014243 de misma fecha, la compañía OTECEL S.A. a través del Vicepresidente Regulatorio Hernán Ordoñez, haciendo referencia al oficio Nro. VPR-10683-2015 de fecha 30 de octubre de 2015, ingresado en

ARCOTEL con hoja de trámite ARCOTEL-2015-013809 de 05 de noviembre de 2015, comunicó: "en contestación al oficio No. ARCOTEL-DRS-2015-1292-OF comunicó un cambio en la información de Líneas Activas Prepago correspondientes al mes de septiembre de 2015, esto **debido a un error involuntario en el procesamiento de la información para la generación del reporte**; y se cargó en el SAAD el FORMATO SMA-R-22A-001.1 corregido... En función de los datos de Líneas Activas correspondientes al III Trimestre 2015 detallados en la Tabla No. 2 y comunicados mediante oficio VPR-10683-2015, la participación de OTECEL S.A. en el mercado del Servicio Móvil Avanzado (SMA) es la siguiente:

TRIMESTRE	PERIODO	PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE MERCADO	PAGORESPECTO A LOS INGRESOS TOTALES POR SERVICIO
III Trimestre 2015	01/07/2015 - 30/09/2015	29.7%	No aplica

Al respecto, con memorando Nro. ARCOTEL-DRS-2015-1122-M de 23 de noviembre de 2015, la Dirección de Regulación de Servicios de Telecomunicaciones, solicitó a la Dirección Jurídica de Regulación emitir un criterio jurídico respecto de lo manifestado por la prestadora en el oficio del 13 de noviembre. En contestación al memorando referido, la Dirección Jurídica de Regulación mediante memorando Nro. ARCOTEL-DJR-2015-1829-M de 23 de noviembre de 2015 concluye:

*"En orden a los antecedentes y principios jurídicos expuestos, es criterio de esta Dirección que la compañía OTECEL S.A. debería proceder a cancelar los valores económicos que fueron determinados por las unidades técnicas de ARCOTEL, toda vez que los pedidos de rectificación de la concesionaria fueron ingresados de manera posterior a la determinación de los valores respectivos.*

*Sin perjuicio de lo mencionado, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones considerando lo manifestado por OTECEL S.A. respecto al cometimiento de un error involuntario en la remisión de información, debería proceder a realizar la verificación de dicha afirmación y de ser procedente realizar la reliquidación que correspondería."*

Por lo que, en atención al criterio jurídico formulado, la Dirección de Regulación de Servicios mediante oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2015-1387-OF de 23 de noviembre de 2015 ingresado en las oficinas de la prestadora OTECEL S.A. la misma fecha, ratificó la notificación de pago por concentración de mercado en el tercer trimestre del 2015, de acuerdo a lo que estipula el Artículo 34 de la LOT.

La Dirección Financiera mediante memorando Nro. ARCOTEL-DFN-2015-1028-M de 25 de noviembre de 2015 informó que la prestadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A. no ha realizado el pago dispuesto por concepto de Concentración de Mercado para promover la competencia, correspondiente al tercer trimestre del 2015 en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Sobre la base de lo manifestado, y tomando en consideración el **Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia** expedido mediante **Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015** en el cual se menciona entre otros aspectos lo siguiente:

*“De la Mora en el Pago Artículo 11.- Para el cálculo de los intereses por mora, se aplicará la tasa señalada para todas las obligaciones en mora a favor de las Instituciones del Estado, la misma que será aplicada de acuerdo al Código Tributario en vigencia a la fecha que debió realizarse el pago trimestral, en caso de que el pago no se realice o se realice con posterioridad a la fecha máxima de pago; sin perjuicio del pago, compensación u otras obligaciones que puedan generarse con posterioridad en relación con la reliquidación que se realice por parte de la ARCOTEL. Artículo 12.- La mora se extinguirá con el pago de la obligación del trimestre correspondiente en caso de que dicho pago no se haya realizado o se realice con posterioridad a la fecha máxima de pago, incluyendo el pago de los intereses correspondientes; sin perjuicio del pago, compensación u otras obligaciones que puedan generarse con posterioridad en relación con la reliquidación que se realice por parte de la ARCOTEL.*

*El pago tardío y/o de intereses, no libera al prestador, de las sanciones a que hubiere lugar, por las infracciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”*

De igual forma, en el “Capítulo III” “ESTABLECIMIENTO DE PRESTADORES PRIVADOS QUE CONCENTRAN MERCADO Y PAGO POR CONCENTRACIÓN” en su “Artículo 9.- Notificación de pago” se detalla lo siguiente:

*“Con base en los mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción determinados por la ARCOTEL, y la información respecto del periodo en el cual se calcula el porcentaje de participación de mercado correspondiente, la ARCOTEL notificará al prestador o prestadores privados que igualen o superen la participación del 30% en el mercado en consideración, con sujeción a la tabla establecida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el porcentaje de pago por concentración de mercado que se debe aplicar respecto de sus ingresos totales, para el periodo analizado. Las fechas máximas de notificación y de pago, serán las siguientes:*

TRIMESTRE	PERÍODO	FECHA MÁXIMA DE NOTIFICACIÓN POR PARTE DE ARCOTEL	FECHA MÁXIMA DE PAGO
I	Enero 01-marzo 31	30 de abril	10 de mayo
II	Abril 01-junio 30	31 de julio	10 de agosto
III	Julio 01-septiembre 30	31 de octubre	10 de noviembre
IV	Octubre 01-diciembre 31	31 de enero del siguiente año	10 de febrero siguiente año

Por lo que, con estos antecedentes, y tomando como referencia la Normativa Vigente, se presume que la empresa OTECEL S.A., concesionaria para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, se encontraría incumpliendo lo prescrito en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Tercer

Suplemento del Registro Oficial No. 439 el 18 de febrero de 2015 y en el Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia expedido mediante la Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015.

### 1.3 ACTO DE APERTURA

Con fecha 27 de noviembre de 2015, se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2015-CZ2-0045, el cual fue notificado a la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A. en la misma fecha, de conformidad como lo establece el Memorando ARCOTEL-CZ2-2015-0888-M, de 30 de noviembre de 2015.

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

### 2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

#### CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

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

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

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

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

#### LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 116, incisos primero y segundo, establecen: "**Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.**- El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.- La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes."

El artículo 125, de la norma *ibídem*, señala que la potestad sancionadora le corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la cual podrá iniciar de oficio o por denuncia, y deberá "**sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley**", garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.

El artículo 142, dispone: "**Creación y naturaleza.** Créase la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes."

El artículo 144, determina: "**Competencias de la Agencia.**- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes... 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley."

#### **Disposiciones Finales de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.**

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

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

### **Disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**

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

### **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 Ibídem señalada:

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

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

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

## **REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES**

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

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

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

## **2.2 PROCEDIMIENTO**

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2015-CZ2-0045, se ha procedido a notificar a la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., la misma que no ha comparecido en el término establecido para ello; sin embargo de lo cual, su comparecencia extemporánea es tomada en cuenta, ya que adjunta pruebas de descargo de las que se cree asistido; por lo que se han respetado los términos determinados en la ley y se ha observado las garantías del debido proceso determinadas en la Constitución de la República, fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa.

### 2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

**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 se derive tal carácter, los siguientes:... 10. **Pagar en los plazos establecidos sus obligaciones económicas** tales como los valores de concesión, autorización, tarifas, tasas, contribuciones u otras que correspondan”.

**Art. 34.- “Pago por concentración de mercado para promover competencia.** A fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia, los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, **pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la siguiente tabla:**

DESDE	HASTA	PAGO
30%	34.99%	0,5%

**La recaudación de estos valores será trimestral y la realizará la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con la regulación que para el efecto emita. Esta obligación es independiente de cualquier otra obligación prevista en la presente Ley”.**

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

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

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

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

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

**Artículo 122.- "Monto de referencia.-** "Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la 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.

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL NO. 2015-CZ2-0045, se ha notificado a OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., que no ha comparecido, dentro del término de QUINCE DÍAS, previsto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que manifiesta: *"El presunto infractor podrá presentar sus alegatos y descargos y aportar y solicitar las pruebas que considere necesarias para su defensa, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del acto de apertura del procedimiento. Vencido este lapso, se abrirá un período de quince días hábiles para la evacuación de las pruebas solicitadas. En caso de necesidad comprobada para la evacuación de pruebas por parte del presunto infractor o del Organismo Desconcentrado de la ARCOTEL, se podrá prorrogar el lapso de evacuación de pruebas mediante acto debidamente motivado"*.

Sobre la base de lo anotado, con fecha 21 de diciembre de 2015, esta Coordinación Zonal 2, emite la Providencia de Notificación de No Apertura de Prueba, señalando: *"Una vez que con fecha 27 de noviembre de 2015, la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., fue debidamente notificada con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2015-CZ2-0045; y, habiendo transcurrido el término de (15) QUINCE DÍAS HÁBILES, previsto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para que el presunto infractor, presente sus alegatos y descargos y solicite la evacuación de pruebas que considere necesarias en su defensa; lo cual según la revisión de los sistemas de ingresos documentales, no ha ocurrido; se dispone a la Unidad Jurídica Regional, que no se cuente el término de prueba; y, se proceda conforme el artículo 129 de la norma Legal referida"*.

Sin embargo de lo anotado; mediante documento No. ARCOTEL-2015-016503, de 29 de diciembre de 2015, el doctor Lonny Espinoza Simancas, ingresa una comunicación, a la que adjunta copias del Formulario de Recaudación Trimestral del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia y comprobante de depósito del Banco del Pacífico, de 4 de diciembre de 2015; manifestando en su intervención: *"Al respecto debo señalar señor Intendente, que conforme consta de la documentación adjunta, con fecha 4 de diciembre de 2015, mediante oficio No. VPR-10925-2015, ingresado el mismo día en la Agencia de*

*Regulación y Control de las Telecomunicaciones, OTECEL S.A. justificó dicho pago, por la suma total de USD. 581.321,20, rubro que se desglosa de la siguiente manera: a) USD. 569.833,36, en concepto del 0.50% establecido por el Art. 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, b) USD. 11.487,84, por concepto de intereses.*

*Note usted señor Intendente, que de alguna manera el incumplimiento por parte de OTECEL S.A. en el pago dentro de las fechas establecidas por la Ley, por este concepto, ya fue sancionado con el pago de los intereses correspondientes, es decir, OTECEL S.A. ya pagó una penalidad por dicho retraso, motivo por el cual, no es constitucionalmente legal, que se pueda pretender imponer una nueva sanción, a título de incumplimiento de primera clase... solicito señor Intendente se considere lo manifestado en el presente escrito, en forma previa a emitir la resolución correspondiente, considerando para el efecto lo previsto en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es decir; que no hemos sido sancionados por la misma infracción con anterioridad; reconocemos el incumplimiento; y que además se ha procedido a efectuar el pago correspondiente".*

Dicha intervención extemporánea, ha sido legitimada, por el Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., mediante escrito ingresado con el número ARCOTEL-DGDA-2016-000438-E, de 12 de enero de 2016.

### **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 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en su segundo inciso prescribe: "*Se admitirán las pruebas permitidas por el ordenamiento jurídico vigente, con excepción de la confesión judicial...*". 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 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. La Dirección Financiera mediante memorando Nro. ARCOTEL-DFN-2015-1028-M de 25 de noviembre de 2015 informó que la prestadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A. no ha realizado el pago dispuesto por concepto de Concentración de Mercado para promover la competencia, correspondiente

al tercer trimestre del 2015 en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; Mediante oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2015-1345-OF de 10 de noviembre de 2015 ingresado en las oficinas de OTECEL S.A. el mismo día mes y año, la Dirección de Regulación de Servicios de Telecomunicaciones en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 el 18 de febrero de 2015 y del Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia expedido mediante la Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015 notificó a la prestadora OTECEL S.A. sobre la concentración de mercado alcanzada en el tercer trimestre del 2015 y el porcentaje de sus ingresos totales a pagar al Estado en aplicación del mencionado artículo de la LOT. Adicionalmente, **se indica que se concedió a la prestadora el plazo de 10 días para realizar el pago, contados a partir de la notificación del referido oficio;**

2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-2015-CZ2-0045 de 27 de noviembre de 2015; y,
3. La razón de Notificación.

#### PRUEBAS DE DESCARGO

1. Comunicación ingresada con No. ARCOTEL-2015-016503, de 29 de diciembre de 2015, en la cual el Doctor Lonny Espinoza Simancas, argumenta los posibles descargos, ofreciendo poder o ratificación.
2. Copia del Formulario de Recaudación Trimestral del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia; y,
3. Comprobante de depósito del Banco del Pacífico, de 4 de diciembre de 2015, por el valor de USD 581.321,20, por concepto de RECAUDACIÓN CON INFORMACIÓN.

#### 3.3 MOTIVACIÓN

##### **PRIMERO.- ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR**

En relación a la contestación de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A. mediante documento No. ARCOTEL-2015-016503, de 29 de diciembre de 2015, 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, contractuales inherentes.
- c. La motivación, conforme lo consagra la Constitución de la República, en su artículo 76, cuyo número 7 letra l) dice: *“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”;* por lo que se 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 los documentos obrados como pruebas de descargo, se establece que la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A., con fecha 4 de diciembre de 2015, ha cumplido con lo que establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en sus artículos: **“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 se derive tal carácter, los siguientes:... 10. Pagar en los plazos establecidos sus obligaciones económicas tales como los valores***

de concesión, autorización, tarifas, tasas, contribuciones u otras que correspondan"; y, **Art. 34.- "Pago por concentración de mercado para promover competencia.** A fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia, los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, **pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la siguiente tabla: 30% 34.99% 0,5%. La recaudación de estos valores será trimestral y la realizará la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con la regulación que para el efecto emita. Esta obligación es independiente de cualquier otra obligación prevista en la presente Ley".**

- e. La Constitución de la República, ordena que en materia administrativa, se debe aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia, lo cual es recogido por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la misma que 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. 2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. 3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción. 4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción. En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase."**
- f. Al respecto, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 83 número 2, desarrolla los atenuantes de la siguiente manera: **"La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en el Ley. En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del número cuatro del artículo 130 de la LOT, para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto";** Al respecto la Operadora del Servicio Móvil Avanzado, no ha sido sancionada en los nueve meses anteriores por la misma identidad de causa y efecto; y con el pago de la obligación realizada con fecha 4 de diciembre de 2015, que incluye los intereses correspondientes, además del reconocimiento de su conducta infractora, configura las circunstancias atenuantes necesarias para que el Organismo Desconcentrado Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se abstenga de imponer la sanción pecuniaria que correspondería, por el hecho imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL NO. 2015-CZ2-0045, emitido el 27 de noviembre de 2015.

En ejercicio de las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias.

**RESUELVE:**

**Artículo 1.- ACOGER** el Informe Jurídico ARCOTEL-2016-JCZ2-R-010, de 21 de enero de 2016, emitido por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2.

**Artículo 2.- CONSIDERAR** que la **OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A.**, con RUC No. 1791256115001; al haber cumplido el día 4 de diciembre de 2015 con la obligación económica establecida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: ***"Pago por concentración de mercado para promover competencia. A fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia, los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la siguiente tabla: 30% 34.99% 0,5%. La recaudación de estos valores será trimestral y la realizará la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con la regulación que para el efecto emita"***, ha cumplido con las condiciones atenuantes necesarias para que esta Coordinación Zonal 2, se abstenga de imponerle la sanción económica que corresponde al hecho infractor determinado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL NO. 2015-CZ2-0045.

**Artículo 3.- DISPONER** que el procedimiento iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL NO. 2015-CZ2-0045 en contra de la **OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A.**, con RUC No. 1791256115001, sea archivado.

**Artículo 4.- NOTIFICAR** con el Acto Administrativo, contenido en la presente Resolución a la **OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO OTECEL S.A.**, con RUC No. 1791256115001; en su domicilio, ubicado en la Av. República y La Pradera, del Distrito Metropolitano de Quito.

Cúmplase

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

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

  
Agencia de  
Regulación y Control  
de las Telecomunicaciones  
**DESPACHO COORDINACIÓN**  
**COORDINACIÓN**  
**ZONAL 2**

**COPIA**

Eduardo Carrión-  
c.c. archivo  
22 /01/ 2016.