



RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2018-050

ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA AGENCIA DE
REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES -ARCOTEL-

Ing. José Francisco Freire Cuesta
COORDINADOR ZONAL 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 ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir del 30 de noviembre de 2008.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO:

Mediante Memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018, emitido por la Coordinación Técnica de Control, la Dirección Técnica de la Coordinación Zonal 2 conoce el Informe de Control Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, elaborado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones relacionado con la verificación del cumplimiento de la operadora OTECEL S.A. del parámetro "**CALIDAD DE CONVERSACIÓN-MOS**" (CÓDIGO 5.10) para el año 2016, observando los lineamientos establecidos en los memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M de 1 y 5 de febrero de 2018, respectivamente.

En el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, se determinó lo siguiente:

"(...)

2. OBJETIVOS

- Consolidar los informes de mediciones del parámetro Calidad de Conversación (MOS), elaborados por las Coordinaciones Zonales, de conformidad con los "Lineamientos para la Evaluación y Procesamiento de Información sobre el ejercicio de control de los Parámetros Mínimos de calidad del Servicio Móvil Avanzado (SMA)", establecidos mediante memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M de 1 de febrero de 2018 y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M de 5 de febrero de 2018.
- Verificar el cumplimiento de los valores objetivos del parámetro Calidad de Conversación (MOS), definidos en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio del 2014.

3. ALCANCE:

Todos los informes de mediciones del parámetro Calidad de Conversación (MOS), realizados durante el año 2016 por las coordinaciones zonales de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, observando el cronograma de mediciones establecido en el oficio ARCOTEL-DE-2015-0708-OF de 30 de septiembre de 2015 y memorando ARCOTEL-DCS-2016-0167-M de 11 de abril de 2016.

Coordinación Zonal 2:

(...)

6. CONCLUSIONES

(...)

- Durante el año 2016, OTECEL S.A. registra un Índice de Incumplimiento (de conformidad con los "Lineamientos para la Evaluación y Procesamiento de Información sobre el ejercicio de control de los Parámetros Mínimos de calidad del Servicio Móvil Avanzado (SMA)", establecidos con memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M) de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS).
- No se registra información de mediciones que haya realizado OTECEL S.A., con respecto al parámetro Calidad de Conversación, para el año 2016.

7. RECOMENDACIÓN:

Remitir el presente informe a la Coordinación Técnica de Control para conocimiento de las verificaciones efectuadas y para qué; (sic) de considerarlo pertinente, se disponga el envío de este documento a la Coordinación Zonal 2 para el inicio de las acciones legales que correspondan."

2. ACTO DE APERTURA:

El 4 de julio de 2018, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054, notificado en legal y debida forma a la compañía prestadora de Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., el 5 de julio de 2018, mediante oficio Nro. ARCOTEL-CZO2-2018-0194-0F de 5 de julio de 2018, conforme se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2018-0925-M de 6 de julio de 2018.

En el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 se mencionó, entre otros aspectos, lo siguiente:

"(...)

Mediante Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-AA-2018-054 de 03 de julio de 2018, el área Jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 estableció la procedencia de iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de la compañía OTECEL S.A., para lo cual, realiza el análisis que relaciona el hecho determinado en el Informe de Control Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, con las normas jurídicas, garantías básicas del debido proceso y principios generales de derecho aplicables, conforme consta del análisis legal que transcribo:

*De acuerdo a lo establecido en los principios de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones responderá a los principios constitucionales, entre otros, el de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, **responsabilidad**, universalidad, accesibilidad, **regularidad**, continuidad y calidad.*

Conforme lo dispuesto en los artículos 125 y 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otras, la potestad de ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, catalogados constitucionalmente como públicos, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo señalado en los correspondientes títulos habilitantes; y, la de sancionar a las personas naturales y jurídicas que incurran en las infracciones señaladas en la citada Ley. De los artículos transcritos en los acápites que anteceden, se desprende que los prestadores tienen el deber de brindar el servicio público de telecomunicaciones autorizado de forma

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



regular, lo que significa que el sector de las telecomunicaciones es altamente regulado, en el que la normativa impone la obligación de ineludible cumplimiento y de observancia exacta de las reglas, porque han sido concebidas para ser respetadas y aplicadas, con el objeto de garantizar el servicio público.

En ejercicio de las referidas atribuciones legales, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones ARCOTEL, ha procedido a realizar actividades de control tendientes a verificar si la compañía OTECEL S.A., ha dado cumplimiento a las obligaciones estipuladas en su título habilitante así como a lo establecido en las normas vigentes, y en particular a la verificación del cumplimiento del parámetro "CALIDAD DE CONVERSACIÓN (MOS) CÓDIGO 5.10 definido en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio de 2014, correspondiente al año 2016, sobre lo cual la Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL, reportó que:

- "Durante el año 2016, OTECEL S.A. registra un Índice de Incumplimiento (de conformidad con los "Lineamientos para la Evaluación y Procesamiento de Información sobre el ejercicio de control de los Parámetros Mínimos de Calidad del Servicio Móvil Avanzado (SMA)", establecidos con memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M) de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS). No se registra información de mediciones que haya realizado OTECEL S.A., con respecto al parámetro Calidad de Conversación, para el año 2016".

Al respecto, el Art. 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, impone a todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones entre otras obligaciones, las de: "2. Prestar el servicio de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes. "3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes. (...) 28. Las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes. (...)" (El subrayado me pertenece); lo cual guarda conformidad con el Art. 83, número 1 de la Constitución de la República, que ordena que es deber de todos los ecuatorianos acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

Por otra parte, el contrato de concesión de OTECEL S.A. estipula, entre otros aspectos, que: "**Cláusula Treinta y tres.- Supervisión y control.- TREINTA Y TRES PUNTO UNO (33.1) La prestación de los Servicios Concesionados por parte de la Sociedad Concesionaria está sujeta al control y supervisión por parte de la SUPTEL, de conformidad con la Legislación Aplicable, (...).** **TREINTA Y TRES PUNTO DOS (33.2) Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de control y supervisión que la Legislación Aplicable asignan a la SUPTEL, este organismo de control verificará el cumplimiento de los Parámetros Mínimos de Calidad previstos en este Contrato. Para tal fin, podrá inspeccionar las instalaciones, los equipos y aparatos de la Sociedad Concesionaria en el momento que estime conveniente. La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo Cinco y las resoluciones que en lo posterior, sobre parámetros de calidad de servicio, dicte el CONATEL. Las mediciones realizadas por la Sociedad Concesionaria serán puestas, a disposición de la SUPTEL para su monitoreo y mediante un sistema automatizado a través de la Internet con clave de acceso que identifique a quienes accedan**". (El resaltado y subrayado me pertenece)

De acuerdo con el hecho determinado en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, la compañía OTECEL S.A., durante el año 2016, registra un Índice de Incumplimiento de **13,58%** para el parámetro Calidad de Conversación (MOS)

En caso de confirmarse el hecho detectado, lesionaría el nivel de calidad propio de los servicios de telecomunicaciones; por lo que, si se comprueba la existencia de este fundamento de hecho reportado en el memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018, al que se encuentra adjunto el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, así como la responsabilidad de la compañía OTECEL S.A., en el incumplimiento de obligaciones que se encuentra expresamente establecidas en el artículo 24, números 2, 3 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como de las obligaciones relativas al cumplimiento de los índices de calidad en la prestación del servicio estipuladas en su contrato de concesión. Con dicha conducta, habría incurrido en la **infracción de Segunda Clase** tipificada en el Art. 118, letra b), número 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que consiste en: **"11. El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones"**; y, cuya sanción se encuentra prescrita en el artículo 121 y la obtención del monto de referencia para la aplicación de la multa en el artículo 122 de la ley *ibidem*. (...)."

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCENTRALIZADO:

3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

"Artículo 83.- 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.** (...)" (El resaltado en negrilla me pertenece)

"Artículo 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."

"Artículo 261.- El Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones (...)"

"Artículo 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." (El resaltado en negrilla me pertenece)

"Artículo 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." (El resaltado en negrilla me pertenece)



3.2. AUTORIDAD Y COMPETENCIA:

3.2.1. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"Artículo 116.- 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. (...)".

"Artículo 132.- Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas.- Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados. El infractor deberá cumplirlos de forma inmediata o en el tiempo establecido en dichos actos. En caso de que el infractor no cumpla voluntariamente con el pago de la multa impuesta, la multa se recaudará mediante el procedimiento de ejecución coactiva, sin perjuicio de la procedencia de nuevas sanciones, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.- La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución. (...)".

"Artículo 142.- 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."

"Artículo 144.- 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". (El resaltado en negrilla me pertenece)

3.2.2 REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"Artículo 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."

"Artículo 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. (...)".

"Artículo 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.”.

3.2.3 RESOLUCIONES ARCOTEL:

Resolución No. 04-03-ARCOTEL-2017, publicada en la edición especial del Registro Oficial N° 13 de miércoles 14 de junio de 2017

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales y legales resuelve expedir el ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL, en el que entre otros aspectos se establece:

“Artículo 2. Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Para cumplir con la regulación, el control y la gestión del espectro radioeléctrico y de los servicios de telecomunicaciones para que éstos sean brindados con calidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y diversidad; garantizando el cumplimiento de los derechos y deberes de prestadores de servicios y usuarios, se han definido dentro de la estructura orgánica de la ARCOTEL a procesos Gobernantes, Sustantivos, Habilitantes de Asesoría y de Apoyo, y Desconcentrados: (...)

Desconcentrados.- *Permiten gestionar los productos y servicios de la Institución a nivel zonal, participan en el diseño de políticas, metodologías y herramientas; en el área de su jurisdicción en los procesos de información, planificación, inversión pública, reforma del Estado e innovación de la gestión pública, participación ciudadana, y seguimiento y evaluación”. (El subrayado me pertenece)*

“CAPÍTULO III DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA

Artículo 10. Estructura Descriptiva

(...) 2. NIVEL DESCONCENTRADO

2.1. PROCESO GOBERNANTE

(...) I. Misión:

Coordinar y controlar la gestión institucional a nivel desconcentrado dentro del ámbito de su jurisdicción, a los procesos de gestión de títulos habilitantes, control y atención a los consumidores de servicios de telecomunicaciones; mediante, la aplicación de políticas y procesos emitidos para el cumplimiento de sus competencias y el ordenamiento jurídico vigente.

II. Responsable: *Coordinador/a Zonal.*

III. Atribuciones y responsabilidades:

(...) J. Monitorear el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control. (...)

2.2. PROCESO SUSTANTIVO

2.2.1. Nivel Operativo

2.2.1.1. Gestión Técnica Zonal.- (...)

II. Responsable: *Director/a Técnico/a Zonal.*

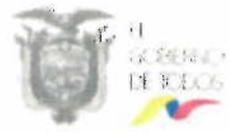
Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



III. Atribuciones y Responsabilidades: (...)

7. Ejecutar el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control. (...)”.

Adicionalmente, a través de la **CIRCULAR Nro. ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C** (10 de agosto de 2016), se establece, entre otros aspectos, lo siguiente:

“(...) Disposiciones específicas:

A la Coordinación Técnica de Control, Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

1.- Para fines relacionados con el ámbito de control, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercer la Potestad Sancionadora, únicamente a través del Organismo Desconcentrado y, con la finalidad de hacer que se cumplan a cabalidad con las actividades en materia de control, todos los informes sobre dicha materia, generados por las Direcciones de la matriz desde el 18 de febrero de 2015, relativos a presuntos incumplimientos, cuyo contenido abarque la Cobertura correspondiente a más de una Coordinación Zonal u Oficina Técnica, según la distribución territorial establecida en el análisis de presencia institucional en territorio de la ARCOTEL y su respectiva aprobación mediante oficio No. SENPLADES-SGTEPBV-2015-0102-OF de 27 de agosto de 2015, mismo del cual se hace referencia en el Estatuto de esta Agencia, serán enviados a la Coordinación Zonal 2 para conocimiento, sustanciación y resolución de los procedimientos administrativos o contractuales sancionadores a los que hubiere lugar. Igual trámite se darán a aquellos informes de control elaborados por las Direcciones de la matriz, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.” (El resaltado en negrita me pertenece)

Resolución No. 06-06-ARCOTEL-2018 de 30 de agosto de 2018.- El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, presidido por el ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, en su sexta sesión designó al **Ing. Edwin Hernán Almeida Rodríguez** como DIRECTOR EJECUTIVO de la ARCOTEL.

Acción de Personal No. 062 de 27 de marzo de 2018.- Por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148, numeral 9 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en concordancia con lo establecido en los artículos 17 literal c) y 85 de la LOSEP, se nombra al **Ing. José Francisco Freire Cuesta**, como COORDINADOR ZONAL 2, a partir del 01 de abril de 2018.

Acción de Personal No. 493 de 14 de septiembre de 2018.- Por la cual, se nombra al **Ing. Luis Geovanni Estévez Orquera**, como DIRECTOR TÉCNICO ZONAL 2, a partir del 14 de septiembre de 2018.

Consecuentemente, este Organismo Desconcentrado de la ARCOTEL y esta autoridad, tienen competencia para iniciar, sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre este tipo de procedimientos administrativos sancionadores, derivados del control a las operadoras del Servicio Móvil Avanzado.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Con la finalidad de determinar la presunta infracción y sanción, se han considerado los siguientes fundamentos jurídicos:

4.1. TÍTULO HABILITANTE.-

El Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado celebrado el 20 de noviembre de 2008, entre: la ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A. estipula lo siguiente:

“CAPITULO IV: OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.- Cláusula Doce.- Obligaciones generales.- Son obligaciones de la Sociedad Concesionaria, además de las que se deriven del texto del presente Contrato y las establecidas en la Legislación Aplicable, las siguientes: (...) **DOCE PUNTO TRES (12.3)** Prestar los servicios concesionados de conformidad con los términos de este contrato, la Legislación Aplicable, los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5, y las excepciones de los numerales Treinta y cuatro punto cinco y Treinta y cuatro punto siete (34.5 y 34.7); (...) **DOCE PUNTO SEIS (12.6)** Establecer y mantener un Sistema de Medición y Control de la Calidad del Servicio, cuyos registros de mediciones deberán ser confiables y de, fácil verificación. A estos sistemas y registros tendrá acceso la SUPTEL, cuando ésta lo requiera, en ejercicio de su actividad de control; **DOCE PUNTO SIETE (12.7)** La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo Cinco (5) y sus modificaciones, de conformidad con la Legislación Aplicable, serán puestos a disposición de la SUPTEL para su monitoreo y revisión mediante un sistema automatizado de acceso a través de la Internet, con la respectiva clave de acceso que identifique a quienes accedan; **DOCE PUNTO OCHO (12.8)** Prestar todas las facilidades a la SUPTEL para que inspeccione y realice las pruebas necesarias para evaluar la calidad del servicio; **DOCE PUNTO TREINTA Y CINCO (12.35)** Publicar en su página electrónica los diferentes Planes Tarifarios así como los índices de calidad previstos en el Anexo Cinco; (...)”.

Cláusula Treinta y tres.- Supervisión y control.- TREINTA Y TRES PUNTO UNO (33.1) La prestación de los Servicios Concesionados por parte de la Sociedad Concesionaria está sujeta al control y supervisión por parte de la SUPTEL, de conformidad con la Legislación Aplicable, (...).- **TREINTA Y TRES PUNTO DOS (33.2)** Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de control y supervisión que la Legislación Aplicable asignan a la SUPTEL, este organismo de control verificará el cumplimiento de los Parámetros Mínimos de Calidad previstos en este Contrato. Para tal fin, podrá inspeccionar las instalaciones, los equipos y aparatos de la Sociedad Concesionaria en el momento que estime conveniente. La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo Cinco y las resoluciones que en lo posterior, sobre parámetros de calidad de servicio, dicte el CONATEL. Las mediciones realizadas por la Sociedad Concesionaria serán puestas, a disposición de la SUPTEL para su monitoreo y mediante un sistema automatizado a través de la Internet con clave de acceso que identifique a quienes accedan”.

4.2. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.-

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: (...)

2. Prestar el servicio de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, **cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes.**

3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, **normas técnicas** y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes.

(...)



28. Las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes. (...)”.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones otorgados antes de la expedición de la presente Ley se mantendrán vigentes hasta el vencimiento del plazo de su duración sin necesidad de la obtención de un nuevo título. No obstante, las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán cumplir con todas las obligaciones y disposiciones contenidas en esta Ley, su Reglamento General, los planes, normas, actos y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. En caso de contradicción o divergencia entre lo estipulado en los títulos habilitantes y las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento General, incluyendo los actos derivados de su aplicación, prevalecerán estas disposiciones. (El resaltado y subrayado me pertenece)

DISPOSICIONES FINALES

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”.

4.3. NORMAS RELACIONADAS.-

RESOLUCIONES TEL-042-01-CONATEL-2014 DEL 10 DE ENERO DE 2014 Y TEL-458-16-CONATEL-2014 DEL 27 DE JUNIO DEL 2014

A través de estas Resoluciones, el Ex CONATEL resolvió actualizar los índices de calidad para las operadoras del SMA, estableciéndose que los parámetros de calidad se aplicarán a partir del tercer trimestre del año 2014 (segundo semestre del 2014) conforme se detalla a continuación:

ITEM	PARAMETRO DE CALIDAD	CODIGO	
1.	Encuesta de percepción del usuario (relación con el cliente)	5.1 (1.1)	GE>=3,5
2.	Porcentaje de reclamos generales.	5.2 (1.2)	Rg<=1%
3.	Tiempo promedio de resolución de reclamos.	5.3 (1.3)	tr<=120 horas
4.	Tiempo promedio de espera por respuesta de operador humano.	5.4 (1.4)	Ta <=20 segundos %C>=85%
5.	Porcentaje de reclamos de facturación y débito.	5.5 (1.5)	Rf<=0,5%
6.	Porcentaje de llamadas establecidas.	5.6 (1.6)	%llcom>=96%
7.	Tiempo de establecimiento de llamada.	5.7 (1.7)	tall<12 segundos para el 96% llamadas
8.	Porcentaje de llamadas caídas.	5.8 (1.8)	%c<=2% (2G) %C<=2% (3G)
9.	Nivel mínimo de señal en cobertura (zona de cobertura)	5.9 (1.9)	%C>=95%
10.	Calidad de conversación.	5.10 (1.10)	MOS>=3.3 2G MOS>=3.3 3G
11.	Porcentaje de mensajes cortos con éxito.	5.11 (1.11)	%Mr>=98%
12.	Tiempo promedio de entrega de mensajes cortos.	5.12 (1.12)	tm<=20 segundos

Tabla No. 1: Parámetros de Calidad.

4.4. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN:

En el Título XIII sobre el Régimen Sancionatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establecen diferentes infracciones y sanciones en cuanto a su gravedad y en el caso presente se considera, que el hecho imputado se asimilaría al siguiente articulado:

a) *Infracción:*

"Art. 118.- Infracciones de Segunda Clase.

(...)

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

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

b) Sanción:

"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 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. (...)

5. PROCEDIMIENTO:

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"Artículo 125.- Potestad sancionadora.

Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, 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. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.- El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor".

"Artículo 126.- Apertura.

Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, el Organismo Desconcentrado de la ARCOTEL emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador. Dicho acto deberá indicar (i) los hechos que presuntamente constituyen la infracción, (ii) la tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas, (iii) las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia, así como (iv) el plazo para formular los descargos.- En este acto de apertura, se deberá adjuntar el informe técnico-jurídico que sustente el mismo".

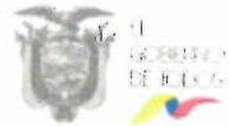
"Artículo 127.- Pruebas.

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

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



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.- Se admitirán las pruebas permitidas por el ordenamiento jurídico vigente con excepción de la confesión judicial. Podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que no sean pertinentes por su falta de relación con los hechos o que no puedan alterar la resolución final a favor del presunto infractor”.

“Artículo 128.- Potestades de investigación.

El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones tendrá potestades de investigación durante el procedimiento sancionador y podrá solicitar toda clase de información, inclusive aquella sometida a sigilo bancario, o requerir la colaboración de entes u órganos públicos o privados para la determinación de los hechos o de la existencia de la infracción”.

“Artículo 129.- Resolución.

El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas.- El plazo para resolver podrá ser prorrogado motivadamente por una vez por un período igual al señalado en el párrafo anterior.”

El presente procedimiento se fundamenta además en lo establecido en la Constitución de la República, artículo 76 relativo a las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo.

Este procedimiento se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, respetando especialmente el derecho a la defensa establecido en el número 7, letra a) que establece que: **“Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”**, que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

6. ANÁLISIS DE FONDO:

6.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

La compañía OTECEL S.A., por intermedio del ingeniero Hernán Ordóñez Castro en calidad de Apoderado Especial de la compañía OTECEL S.A. para asuntos regulatorios, contestó al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054, mediante escrito firmado conjuntamente con el Dr. Juan Francisco Palacios, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018; manifestando en su defensa, en lo principal, lo siguiente:

“(…)

2. Alegaciones.-

En ejercicio de mi derecho de defensa, presento las siguientes alegaciones a favor de OTECEL S.A.:

2.1. Quien debe realizar las mediciones de los parámetros de calidad es OTECEL y no le corresponde a la ARCOTEL.-

En el Contrato de Concesión o de manera simplificada como “CC”, suscrito entre el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y OTECEL, cuya fecha de entrada en vigencia es el 30 de noviembre del 2008, se establecen los mutuos derechos y obligaciones. Este Contrato, en el Anexo 5, contiene los índices de calidad iniciales y en el capítulo XII la forma de valorarlos. Dentro de estos Parámetros de calidad se encuentra el No. 5.10 referente a Calidad de Conversación.

El mismo CC establece clara y categóricamente que OTECEL S.A. tiene la obligación de medir los parámetros de calidad del Anexo 5:

"CAPÍTULO IV: OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

Cláusula 12.- Obligaciones generales

Son obligaciones de la Sociedad Concesionaria, además de las que se deriven del texto del presente Contrato y las establecidas en la Legislación Aplicable, las siguientes:

12.6 Establecer y mantener un Sistema de Medición y Control de la Calidad del Servicio, cuyos registros de mediciones deberán ser confiables y de fácil verificación. A estos sistemas y registros tendrá acceso la SUPTTEL, cuando ésta lo requiera, en ejercicio de su actividad de control: (Destacado no es parte del CC).

12.7 La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo 5 y sus modificaciones, de conformidad con la Legislación Aplicable, serán puestos a disposición de la SUPTTEL para su monitoreo y revisión mediante un sistema automatizado de acceso a través de la Internet, con la respectiva clave de acceso que identifique a quienes accedan:" (Destacado no es parte del CC).

De igual manera, la cláusula 33 del CC estipula lo siguiente:

"CAPÍTULO VII: OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL CONCEDENTE

Cláusula 33.- Supervisión y control

33.1 La prestación de los Servicios Concesionados por parte de la Sociedad Concesionaria está sujeta al control y supervisión por parte de la SUPTTEL, de conformidad con la Legislación Aplicable, para lo cual podrá realizar, a costo de la SUPTTEL, las auditorías técnicas y exámenes necesarios.

33.2 Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de control y supervisión que la Legislación Aplicable asignan a la SUPTTEL, este organismo de control verificará el cumplimiento de los Parámetros Mínimos de Calidad previstos en este Contrato. Para tal fin, podrá inspeccionar las instalaciones, los equipos y aparatos de la Sociedad Concesionaria en el momento que estime conveniente. La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo 5 y las resoluciones que, en lo posterior, sobre parámetros de calidad de servicio, dicte el CONATEL. Las mediciones realizadas por la Sociedad Concesionaria serán puestas, a disposición de la SUPTTEL para su monitoreo y revisión mediante un sistema automatizado a través de la Internet con clave de acceso que identifique a quienes accedan. (Destacado no es parte del CC)

33.4 En el término de noventa (90) días contados a partir de la Fecha de Entrada en Vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria está en la obligación de presentar toda la documentación de soporte técnico que certifique que el o los Sistemas de Medición y Control de la Calidad del Servicio implementados por la Sociedad Concesionaria permiten medir los parámetros que correspondan, señalados en el Anexo 5 de este Contrato. Tal certificación deberá ser otorgada por el proveedor de los Sistemas de Medición y Control de la Calidad del Servicio.

La SUPTTEL, tomando en consideración las observaciones de la Sociedad Concesionaria, establecerá las guías de procedimiento para la presentación de la documentación referida en el inciso anterior. Esta documentación servirá de base para realizar auditorías al Sistema de Medición y Control de la Calidad del Servicio.

Cada vez que la Sociedad Concesionaria realice un cambio en su Sistema de Medición y Control de la Calidad del Servicio, deberá informar a la SUPTTEL y actualizar la documentación del Sistema de Medición y Control de la Calidad del Servicio, dentro del Plazo de treinta (30) días, contados a partir de la implementación del cambio.

La supervisión y control de los servicios otorgados a la Sociedad Concesionaria serán llevados a cabo por la SUPTTEL, de conformidad con la Legislación Aplicable y el Anexo 5.

"Las cláusulas antes citadas derivan de la aplicación del Reglamento para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado (RPSMA) (R.O. 687 de 21 de octubre del 2002) que estuvo vigente a la fecha de celebración del CC y que por tanto se entiende incorporado al Contrato por mandato del art. 7, regla 18 del Código Civil y que no se afecta por la ordenamiento jurídico ulterior y que contiene el siguiente artículo:

"Art. 21.- Obligaciones. - Constituye obligaciones de los prestadores del SMA:

5. Establecer y mantener un sistema de medición y control de la calidad del servicio, cuyos registros de mediciones deberán ser confiables y de fácil verificación. Estos sistemas y registros estarán a Disposición de la Superintendencia de Telecomunicaciones, cuando ésta lo requiera;

6. Prestar todas las facilidades a la Superintendencia de Telecomunicaciones para que inspeccione y realice las pruebas necesarias para evaluar la calidad del servicio, la precisión y con fiabilidad del sistema";

Es importante tener presente que los contratos administrativos como el del Servicio Móvil Avanzado SMA, deben cumplir estrictamente el ordenamiento jurídico que los rigen. Sus cláusulas, dado que son contratos públicos, constituyen la aplicación del derecho y no son estipulaciones de libre negociación de las partes.

Finalmente, ya con la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento del R.O. No 439 de 18 de febrero del 2015 (LOT), el régimen y obligación de medición de parámetros de calidad no cambió. De hecho, el REGLAMENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN" (en adelante RPSTSRs), de fecha 28 de marzo del 2016, aprobado mediante RESOLUCION 05-03-ARCOTEL-2016 y publicada (sic) en el Registro Oficial No. 749 de 6 de mayo de 2016, contiene el siguiente artículo:

Artículo 23.- Los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión por suscripción establecerán y mantendrán un sistema de medición y control de la calidad del servicio, cuyos registros de mediciones deberán ser confiables y de fácil verificación. Estos sistemas y registros estarán a disposición de la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, cuando ésta lo requiera."

Que claro (sic) por tanto que las mediciones de los parámetros de calidad, entre los que consta el referente a Calidad de Conversación (5.10), deben ser realizadas por el Concesionario, en este caso OTECEL S.A. tanto antes, como después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Es importante además destacar que, el CC establece el régimen legal aplicable al Contrato, al definir lo que debe entenderse por Legislación Aplicable en el Anexo 1: Definiciones:

"Legislación Aplicable: Comprende en materia de telecomunicaciones la Ley Especial de Telecomunicaciones, su Reglamento General, reglamentos y resoluciones de carácter general que se encuentre vigentes en el Ecuador a la Fecha de Entrada en Vigencia.

Se exceptúa de lo anterior los regímenes de (i) asignación y autorización para el uso de frecuencias; (ii) de interconexión; (iii) de competencia; e (iv) infracciones y sanciones de carácter legal, regímenes que se sujetarán al Ordenamiento Jurídico Vigente en la fecha del acto, evento o asunto en cuestión, a fin de garantizar que el Servicio Concesionado, prestado bajo el control y regulación del Estado, responda a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad.

Dentro de las excepciones de la cita contractual, no consta en ninguna parte el régimen jurídico o las reglas de medición de los parámetros de calidad. De conformidad con el Artículo 226 de la Constitución, los funcionarios públicos ejercerán las competencias y facultades atribuidas en la ley. En éste caso, expresamente la facultad de medir, para verificar el cumplimiento de los índices de calidad contractuales, le corresponde al concesionario y no se menciona a la autoridad concedente, de manera que no puede actuar fuera de competencia. Las actuaciones sin competencia son nulas de pleno derecho, de conformidad con el artículo 129 del ERJAFE en concordancia con el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo.

2.2. Los nuevos índices de calidad establecidos por el Ex CONATEL.-

La base legal, por la cual el ex CONATEL modificó los índices de calidad, consta en el artículo 25 del reglamento del Servicio Móvil Avanzado (RSMA):

Art. 25 Parámetros Técnicos.- Los parámetros técnicos y metas de calidad de la prestación del servicio deberán estar relacionados al menos a:

- Calidad de servicio;
- Atención al usuario
- Emisión de facturas de cobro; y,
- Plazos máximos para reparación e interrupción del servicio.

La información de cumplimiento de estas obligaciones deberá ser entregada conforme se haya acordado en el título habilitante del SMA a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y a la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Los parámetros y metas de calidad del servicio iniciales constarán en el título habilitante y serán establecidas anualmente por el CONATEL teniendo en cuenta el punto de vista del prestador del SMA.

Todos los costos relacionados con el cumplimiento de los parámetros y metas de calidad del servicio serán asumidos exclusivamente por los prestadores del SMA". (Destacado no es parte del original).

Del RPSM se verifica que en los nuevos parámetros que se definen, el ex CONATEL no tenía la facultad para modificar la "información de cumplimiento", que permite verificar si OTECEL cumple o no, con el parámetro inicial pactado o con los parámetros que a futuro los modifiquen. Es decir, lo pactado en el CC como "información de cumplimiento", proviene de un origen reglamentario (RPSMA) y no se puede invalidar por un acto administrativo de inferior jerarquía.

Los parámetros de calidad pueden, efectivamente ser modificados por el Ex CONATEL o la ARCOTEL, sujetos a lo pactado en el CC, que en la definición del Anexo 1 consta:

"Parámetros Mínimos de Calidad: Son aquellos valores que fijan las condiciones mínimas de calidad para la prestación de los Servicios Concesionados y que constan en el Anexo 5, así como sus futuras modificaciones, de conformidad con lo estipulado en el presente Contrato". (Destacado no está en original)

Entonces, se advierte que lo previsto en el CC, como aspecto susceptible de modificación unilateral a cargo del ex CONATEL, son los valores que fijan las condiciones mínimas de calidad que constan en el Anexo 5 y ninguna otra condición es susceptible de modificación, tales como crear nuevos parámetros, la metodología o cambiar la competencia para la medición, para que pase de OTECEL a la ARCOTEL. En definitiva, el ex CONATEL o la autoridad que haga sus veces, tienen la competencia para modificar los "valores que fijan las condiciones mínimas de calidad ... y que constan en el Anexo 5" y ningún otro concepto.

En efecto, mediante Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, o simplemente como Resolución 042, notificada a OTECEL el 15 de enero del 2014, mediante Oficio Nro. 0046-S-CONATEL-2014 por el Secretario del CONATEL, se dejó sin efecto el Anexo 5 del Contrato y se lo reemplazó por dicha Resolución, sin que en la misma conste la modificación del parámetro en los términos de la definición del Anexo 1 del CC, sino en todos los conceptos. Es decir se fijó un régimen de calidad distinto, sin base legal.

Mediante Resolución No. TEL-458-16-CONATEL-2014 (simplemente como Resolución 458), notificada a OTECEL, mediante Oficio Nro. 0789-S-CONATEL-2014, de fecha 30 de junio del 2014, por el Secretario del CONATEL, se hicieron ajustes al parámetro 5.10, señalando que se añade el siguiente párrafo:

“Observaciones

La SUPERTEL podrá realizar mediaciones (sic) y los procesamientos de muestras que considere necesarios para la verificación del Parámetro, observando la metodología de medición definida en este parámetro.” (El destacado no es parte de la cita original)

Esta última incorporación establece una condición contraria al CC, puesto que, como se ha señalado, la facultad de medir le corresponde exclusivamente al concesionario, por mandato de una norma de rango superior (RPSMA) a las indicadas Resoluciones.

OTECEL S.A. no está poniendo en cuestión la facultada del Ex CONATEL de modificar los parámetros inicialmente pactados en el Anexo 5, siempre que ajusten al RPSMA y al CC, sean ejecutables, técnicamente bien definidos y se respete la información de cumplimiento en todos sus aspectos. Lo que ocurre en el presente juzgamiento administrativo, es que se pretende aplicar un nuevo régimen de calidad, que no sólo contraviene el CC, sino además el RPSMA, y la LOT y sus Reglamento General, como lo paso a explicar a continuación.

2.3. Las Resoluciones 042 y 458 contravienen el régimen del Contrato y en especial lo establecido en el RPSMA y la misma LOT.-

Se ha explicado líneas arriba que el RPSMA, artículo 25, contempla que el CONATEL o la autoridad que haga sus veces, modifique los “valores que fijan las condiciones mínimas de calidad... y que constan en el Anexo 5”, en concordancia con la definición del Anexo 1 del CC, sin que este sujeto a variación ninguna otra condición fijada en el Anexo 5.

De igual manera, se han citado las cláusulas contractuales que establecen claramente que el operador, en este caso OTECEL S.A., debe hacer las mediciones respectivas para la verificación de los parámetros de calidad.

En la práctica, con la aplicación de las reglas establecidas en las Resoluciones 042 y 458, las mediciones del parámetro 5.10, las realizó el organismo de control y no el concesionario, contraviniendo una norma jurídica de rango superior (RPSMA) y el CC pactado en legal y debida forma.

Un acto administrativo como Resoluciones 042 y 458 no pueden modificar una norma jerárquicamente superior, por expresa aplicación del principio de “restricción de contenido” establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE):

“Art. 67.- RESTRICCIÓN DE CONTENIDO.- Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquellas tengan grado igualo superior a éstas.”

Lo anterior además se encuentra respaldado por lo dispuesto en el art. 425 de la Constitución de la República que establece que [e]n caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma superior.”

La información de cumplimiento, como lo señala el Artículo 25 del RPSMA, es la que se acordó entre las Partes, para verificar el cumplimiento de las obligaciones de los parámetros de calidad, establecidos en el CC o sus ulteriores modificaciones.

A continuación, de manera resumida, se verifica lo pactado en el CC como información de cumplimiento y las reformas realizadas a ella mediante la Resolución 042 y 458, que no tienen base legal:

CC ANEXO 5	REFORMA AL CC RES. 042 Y 458
<p>Medición por ciudad:</p> <p>Mayor a 400.000 50.000 a 400.000 20.000 a 50.000</p> <p>Valor Objetivo semestral: MOS ≥ 3</p>	<p>Medición por zona:</p> <p>MOS ≥ 3.3 (2G) MOS ≥ 3.3 (3G)</p> <p>“Zona de medición: Es el área geográfica establecida por la SUPERTEL para verificar el cumplimiento de los valores objetivos establecidos en cada parámetro de calidad del SMA”.</p>
<p>“El índice MOS (mean opinión score) total para todas las ciudades será usado para la valor objetivo”.</p>	<p>“Nota: Valor objetivo semestral, por zona de medición y por tecnología”.</p>

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180
www.arcotel.gob.ec
Quito – Ecuador



<p><i>"La Sociedad Concesionaria deberá remitir a la SUPTEL la información de respaldo en archivo digital en el formato en que se hizo la evaluación (...)".</i></p>	<p><i>La SUPERTEL podrá realizar las mediciones y los procesamientos de muestras que considere necesarios para la verificación del parámetro (...)".</i></p>
--	--

Entonces se verifica, que el Ex CONATEL no cambió únicamente **"aquellos valores que fijan las condiciones mínimas de calidad para la prestación de los Servicios Concesionados"**, como expresamente señala la definición del Anexo 1 del CC. Introdujo que el parámetro 5.10 se descompone en multiplicidad de parámetros parciales, cada uno de cumplimiento obligatorio por zonas de medición, por tecnología, en vez de un parámetro único conforme con lo pactado en el CC y además que la SUPERTEL podrá realizar las mediciones.

Por tanto, no existen sustento legal alguno para sostener que el régimen de calidad del Anexo 5 cambió y menos con las Resoluciones 042 y 458. El RPSMA es jerárquicamente superior a las Resoluciones 042 y 458, en consecuencia, todo aquello que consta en el CC, respecto a la "información de cumplimiento", que sirve para verificar si OTECEL S.A. cumplió con un parámetro de calidad pactado contractualmente, se encuentra vigente e inalterable. De haber contradicción entre las Resoluciones 042,458 y lo establecido en el RPSMA y lo pactado en el CC, prevalecen los dos últimos instrumentos, por expreso mandato del art. 425 de la Constitución de la República y de la misma LOT.

Dichas Resoluciones, no constituye un plan, una norma técnica y menos aún, fue emitido por la ARCOTEL, con lo cual no se cumplen parte de los aspectos señalados en el Artículo 118 de la LOT y se comina en verificar "los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes".

2.4. La disposición transitoria primera de la LOT garantiza la vigencia del CC en todos sus términos y además no es aplicable al presente caso.-

La disposición transitoria primera de la LOT establece que los títulos habilitantes otorgados antes de la expedición de la LOT se "mantendrán vigentes hasta el vencimiento del plazo". En consecuencia, el CC se encuentra vigente, sin alteración alguna. Incluso el CC también tiene el concepto de estabilidad contractual establecido en la definición de "Legislación Aplicable" que consta en el Anexo 1 del CC.

De la lectura del Acto de apertura se infiere que para ARCOTEL, de conformidad con la disposición transitoria primera de la LOT, en caso de divergencia entre el CC y las Resoluciones 042 y 458 prevalecen estas últimas. Aunque no explica su pertinencia, cita la primera disposición transitoria de la LOT. Al respecto se deben tener presente las siguientes consideraciones:

1) La disposición transitoria primera de la LOT señala que los operadores de telecomunicaciones deberán cumplir con todas las obligaciones y disposiciones contenidas en esta Ley, su Reglamento General, los planes, normas actos y regulaciones que emita la ARCOTEL. Nótese que se utiliza el verbo en tiempo futuro, "que emita", a partir de la entrada en vigencia de la LOT, lo que guarda concordancia con el Art. 7 del Código Civil que garantiza la irretroactividad de las normas. Las Resoluciones 042 y 458 fueron emitidas antes de la LOT y por supuesto, no por ARCOTEL, por lo tanto, no les aplica la última parte de la mencionada disposición transitoria.

2) La aplicación de la jerarquía normativa establecida en la Constitución de la República, impone que en caso de discrepancia entre el RPSMA y las Resoluciones 042 y 458, prime la norma jerárquicamente superior. Esta regla no sufrió modificación alguna con la entrada en vigencia de la LOT. El RPSMA no fue derogado por la entrada en vigencia de la LOT y continuó aplicándose.

3) El artículo 118 de la LOT se refiere a que OTECEL debe cumplir con los valores objetivos de los parámetros de calidad que constan en los títulos habilitantes o los que emita ARCOTEL. No hace mención a que la LOT modifique el CC en lo relacionado a la información de cumplimiento, que sirve para verificar precisamente el cumplimiento del valor objetivo. Es necesario considerar que las Resoluciones 042 y 458, no son ni un plan, ni una norma técnica y tampoco fueron emitidas por la ARCOTEL, por lo que en el presente juzgamiento no se cumplen con los supuestos señalados en el Artículo 118, letra b) numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT). Es decir, dicha infracción sólo se verificaría si ARCOTEL demostrase que OTECEL S.A. incumplió "los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes". Más adelante explicaré que OTECEL S.A. no ha incumplido con los valores objetivos y que tal supuesto incumplimiento, sólo obedece a que ARCOTEL aplica un régimen ilegal de calidad que va más allá de lo que (sic) previsto en el CC y en el RPSMA.

De lo señalado se concluye que ARCOTEL no puede sustentar un Acto de apertura, menos aún una sanción, aplicando las Resoluciones 042 y 458, que contravienen tanto el CC como en especial el RPSMA, la LOT y la Constitución de la República. Una decisión adoptada sobre dicha base, sería nula, de pleno derecho por mandato de lo establecido en el art. 129, numeral 2 del ERJAFE.

2.5. Algunas precisiones respecto del Acto de apertura y el presente procedimiento sancionador.-

2.5.1. Se debe aplicar la norma más favorable al imputado.-

El art. (sic) Art. 76 de la Constitución, señala una regla y principio cuando existe normas sancionadoras que contengan disposiciones contradictorias o que puedan generar dudas, al señalar: "[e]n todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

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

En el Capítulo XII del CC, que se encuentra vigente, en concordancia con el parámetro 5.10 que corresponde a la calidad de conversación se señala:

“Cláusula 52 Incumplimientos contractuales

52.1 Incumplimientos de primera clase.- Se considerarán como incumplimientos de primera clase las siguientes acciones u omisiones:

- c) Incumplimiento del parámetro de calidad, codificado como 5.10 en el Anexo 5 de este Contrato, en un desvío mayor al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, o cuando no se haya subsanado el incumplimiento del parámetro de calidad antes señalado, con un desvío menor o igual al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 53 de este Contrato”. (Destacado es nuestro)

Cláusula 53.- Subsanación

En el caso de que el parámetro de calidad codificado como 5.10 establecido en el Anexo 5 de este Contrato, sea incumplido en un desvío menor o igual al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, la SUPTEL notificará a la Sociedad Concesionaria para que subsane dicho incumplimiento. La subsanación del incumplimiento se realizará durante el siguiente periodo de medición y será verificada cuando la Sociedad Concesionaria presente el reporte correspondiente a dicho periodo, conforme lo previsto en el Anexo 5 para este parámetro. Si se verificare que no se efectuó la subsanación, la SUPTEL iniciará el procedimiento administrativo de imposición de la sanción previsto en la Cláusula 57”. (Destacado es nuestro)

De las cláusulas del CC antes citadas se advierte, que para verificar el cumplimiento del valor objetivo (información de cumplimiento), para la calidad de conversación MOS, ARCOTEL debe:

- 1) Obtener un índice único de MOS. Este índice único de MOS, conforme consta en el Anexo 5, es el resultado de: “El índice MOS (mean opinion score) total para todas las ciudades será usado para la verificación del cumplimiento del respectivo valor objetivo”. (Destacado es nuestro)
- 2) Tener presente que), OTECEL tiene el derecho de subsanar, en el siguiente periodo (semestre), si tiene un desvío de hasta el 10% del valor objetivo.
- 3) Comunicar a OTECEL, que su desvío es inferior al 10%, para que OTECEL proceda a subsanar.

ARCOTEL jamás comunicó a OTECEL S.A., para efectos de subsanación cuando el desvío es inferior al 10%. La estipulación contractual es un régimen más favorable y de aplicación obligatoria y más aún, si se considera que se refiere específicamente al indicador 5.10 de MOS. En consecuencia, este juzgamiento es abiertamente inconstitucional.

ARCOTEL, conforme se señala en el Acto de apertura, pretende que OTECEL cumpla el objetivo de MOS en cada zona de medición, apartándose de lo pactado en el CC que establece un índice único. Ante el evento no consentido que existiese un indicador de MOS por cada zona de medición (al dejarse de considerar la obligación legal de la “información de cumplimiento”) para verificar si se cumple o no, entonces, si hay zonas que obtienen un MOS con un desvío inferior al 10%, la ARCOTEL debía notificar a OTECEL S.A., terminado el primer semestre, para que se proceda a subsanar en el siguiente. Sin embargo, ARCOTEL suprimió unilateralmente este derecho contractual, sin explicación o sustento legal alguno. El Acto de apertura contraviene el debido proceso y afecta el derecho a la seguridad jurídica establecidos en los artículos 76 y 82 de la Constitución. En consecuencia, es nulo.

2.5.2. Las incoherencias técnicas del procedimiento sancionador.-

ARCOTEL, en la información que consta en el acto de apertura establece que ha realizado, mediciones -que consideramos ilegales- de MOS en 81 zonas, en 11 de las cuales OTECEL no cumple con el valor objetivo, con lo que se tendría un índice de incumplimiento de 13,58%:

Año	Tec.	MOS			Índice de incumplimiento
		No cumple	Sí cumple	Total mediciones	
2016	2G	6	5	11	13,58%
	3G	5	65	70	

El detalle de las zonas donde OTECEL S.A. no alcanzó el valor objetivo establecido en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, se detallan en el siguiente cuadro.



ZONAS DE MEDICIÓN			MEDICIONES ARCOTEL			
#	Ciudad	Zona	Informe Técnico	Fecha de medición	Tecnología	MOS
1	Latacunga	1	IT-CZ3-C-2016-0374	24/05-03/06/2016	GSM	3,01
2	Ambato	1	IT-CZ3-C-2016-0422	2-3/05/2016	GSM	2,8
3	Ambato	2	IT-CZ3-C-2016-0423	3-6/05/2016	GSM	2,95
4	Ambato	6	IT-CZ3-C-2016-0425	11-12/05/2016	GSM	2,7
5	Riobamba	3	IT-CZ3-C-2016-0722	5/10/2016	GSM	3,1
6	Latacunga	3	IT-CZ3-C-2016-0736	13/10/2016	GSM	3,2
7	Guayaquil	8	IT-CZ5-C-2016-0588	19/9/2016	WCDMA	3,17
8	Guayaquil	14	IT-CZ5-C-2016-0588	24/10/2016	WCDMA	3,2
9	Guayaquil	1	IT-CZ5-C-2016-0624	12/7/2016	WCDMA	3,17
10	Guayaquil	2	IT-CZ5-C-2016-0624	12/7/2016	WCDMA	3,09
11	Guayaquil	3	IT-CZ5-C-2016-0624	12/7/2016	WCDMA	3,14

Tabla: Resultado de las mediciones de MOS realizadas por ARCOTEL.

De la tabla, se verifica que hay dos tipos de valores de MOS alcanzados por OTECEL S.A. en las mediciones ilegales realizadas por ARCOTEL: i) aquellas que se encuentran resaltadas en la tabla y que superan el 10% del valor objetivo y ii) el resto de mediciones no resaltadas y que son inferiores al 10%.

Como ya se mencionó, se evidencia que ARCOTEL, no determina un índice único de MOS para la red, conforme con lo pactado en el CC, con el que debía proceder a verificar el cumplimiento de MOS por parte de OTECEL, conforme con el CC, sino que, considera 81 índices de MOS que debe cumplir OTECEL.

Esto no guarda conformidad con el CC, ni es coherente con lo técnico, ni proporcional, para calificar la prestación del servicio. Es decir, ARCOTEL asume el extraño concepto que, "si se falla en una zona, entonces OTECEL incumplió con la calidad pactada en el CC". ARCOTEL considera que fallar en una zona, es un reflejo de la inadecuada calidad y, se aplicaría el piso de la multa y si se falla en las 81 se aplicaría el techo de la multa. En función del número de zonas de incumplimiento del MOS considera que se aplica la proporcionalidad entre el piso y el techo. En el caso del Acto de apertura ARCOTEL pretende añadir al piso el 13.58%.

Lo incoherente en lo técnico, fácilmente se advierte con la transcripción tomada del "Informe Final Sobre Regulación de los Servicios de Telecomunicaciones Prestados Sobre Redes Móviles en América (sic) Latina y el Caribe", realizado por la consultora BLUENOTE Management Consultin para la GSMA, que señala:

"En efecto, los servicios de telecomunicaciones móviles comparten recursos, y no pueden garantizar un 100% de disponibilidad, como podría ser el caso de una red con recursos dedicados. Así (sic), los marcos regulatorios planteaban un objetivo del 99% de disponibilidad en una determinada zona geográfica, en línea también con los requisitos de eficiencia en el diseño de una red. No obstante, si el cumplimiento de este objetivo se subdivide ahora en zonas geográficas más pequeñas que la originalmente propuesta, como lo requerido por la nueva regulación, la probabilidad de incumplimiento se incrementará (aproximado por: $1-99\% \exp 10$), asumiendo una subdivisión en 10 zonas y manteniendo constante el diseño de red".

Por otro lado, en la Resolución 042, para el parámetro 5.10 se señala:

"Las zonas de medición serán establecidas por la SUPERTEL de manera anual. Para la evaluación y verificación del cumplimiento a realizarse, los prestadores serán notificados en el tercer trimestre del año n-1 por parte de la SUPERTEL de las zonas a ser evaluadas en el año n; se consideran que las zonas de medición corresponderán a un área mínima de 4 km²".

OTECEL recibió dos comunicaciones de ARCOTEL respecto a la definición de zonas, el oficio ARCOTEL-DE-2015-0708-0F de 30 septiembre del 2015 y el oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608-0F del 9 de junio del 2016. En dichas comunicaciones NO consta dentro de las zonas a medir las denominadas zonas 1, 2 y 6 de Ambato, incumpliendo con la propia Resolución 042. Precisamente en cada una de estas zonas es donde ARCOTEL determina que el MOS supera el 10%. Sin embargo, dichas zonas son medidas desconociendo la Resolución 042. De acuerdo con el artículo 96 del ERJAFE, los administrados no podrán ser perjudicados por los errores u omisiones de los órganos de la Administración pública. Además en este caso se refleja un incumplimiento de las reglas del debido proceso en la obtención de los valores lo que constituye una violación del artículo 76 de la Constitución de la República.

2.5.3. ARCOTEL incumple los arts. 195 y 256 del Código Orgánico Administrativo respecto de la prueba.-

ARCOTEL realiza las mediciones y pretende darlas como válidas, sin base legal y sin presentar prueba alguna (log files) de las 81 mediciones realizadas, contraviniendo lo dispuesto en el Art. 195 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el art. 256 Ibidem que ordena que "[e]n todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. (Destacado no es original)

Ni siquiera contiene un reporte donde se pueda verificar:

- o Las coordenadas de inicio y fin de las llamadas de prueba realizadas
- o Los resultados de las llamadas: si fueron exitosas y se cerraron correctamente
- o La cantidad de muestras de MOS obtenidas por cada llamada
- o La calificación de MOS en cada caso
- o La fórmula de cálculo del MOS
- o No se remiten los archivos de audio con los que se realizó la medición.

Estas omisiones demuestran que este procedimiento administrativo sancionador carece de pruebas válidas y por lo tanto es improcedente y debe ser archivado.

2.5.4. Existe una suspensión tácita de la obligación de medir de parte de OTECEL, hasta que ARCOTEL defina y luego se concluya la publicación de cobertura.-

En el acto de apertura se establecen dos incumplimientos con respecto a un único parámetro que es el 5.10. La una, que de acuerdo a las mediaciones (sic) hechas por ARCOTEL, OTECEL incumple los valores objetivos, siendo sus mediciones contrarias a RPSMA, al CC y al artículo 76 de la Constitución y la otra, porque OTECEL no registró mediciones.

Con respecto a la primera, de las mediciones realizadas por la ARCOTEL, ya nos referimos en extenso en los acápite anteriores y sobre su actuación sin facultad legal. Con respecto a la segunda, nos referimos en los acápite a continuación.

En el parámetro 5.10 de la Resolución 042, se menciona, que, la medición de los niveles de calidad de conversación con equipo de comprobación con colección automática de datos, será:

"Dentro de Las zonas de cobertura reportada por el prestador de servicio, la SUPERTEL establecerá las zonas sobre las cuales se realizará la medición"

El Reglamento General a la LOT (RGLOT) publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016, en su art. 59, numeral 16, dispuso que los prestadores del Servicio Móvil Avanzado deben comunicar la cobertura a sus clientes mediante mapas, que provienen de la propagación de cada radio base instalada. Es decir, los mapas corresponden al único mecanismo legal para cumplir con el artículo 24 numeral 27 de la LOT, para comunicar la cobertura a los clientes. Entonces, lo señalado en la Resolución 042 de que la medición de MOS sea "Dentro de la zona de cobertura reportada por el prestador del servicio", quedó sujeta a sea dentro de la cobertura publicada en mapas por OTECEL. La elección de las zonas de medición, por parte de la ARCOTEL, para el año 2016, que no provino de los mapas de cobertura, ya que los mismos no estaban disponibles y en consecuencia carece de validez, por ser impertinente con el art. 59, numeral 16 del RGLOT.

Ahora, dado que se impone la obligación legal de publicar las zonas de cobertura mediante mapas, le correspondió a la ARCOTEL, establecer los lineamientos para publicar dichos mapas. Mientras ello no ocurra, quedó tácitamente suspendida la publicación de cobertura de OTECEL y, mal podía aplicar ARCOTEL la Resolución 042, en zonas que no provienen de los mapas de cobertura. Su aplicación, requiere el cumplimiento previo de lo que dispuso el RGLOT. Una razón más para considerar que el presente Acto de apertura, carece de base legal.

ARCOTEL, mediante Oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0285-0F, de fecha 5 de mayo del 2016, establece los lineamientos para la publicación de mapas de cobertura señalando:

"5. Los mapas de cobertura serán generados a partir de proyecciones (simulaciones) de cobertura en cada radiobase del prestador, empleando para ello, esquemas de semaforización (mapas de calor en verde, azul y rojo) con una opacidad que permita visualizar las diferentes capas (cobertura, calles, división política, etc.).

6.- Los esquemas semaforizados para todas las tecnologías se establecen de acuerdo a la siguiente tabla:

COLOR	NIVELES DE SEÑAL (Rx) Level/RSCP/RSRP	LEYENDA EN PAGINA WEB
Verde	Cobertura con niveles ≥ -85 dBm	Nivel de Señal Alto
Azul	-95 dBm \leq Cobertura con niveles < -85 dBm	Nivel de Señal Medio
Rojo	-105 dBm \leq Cobertura con niveles < -95 dBm	Nivel de Señal Bajo"

El plazo para cumplir con la obligación legal de publicar los mapas de cobertura lo estableció ARCOTEL, mediante Oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0429-0F, del 5 de julio del 2016, que señala:

"Se otorga el plazo de 180 días calendario a partir de la presente comunicación, para que los prestadores del SMA publiquen en su página web los mapas de cobertura del servicio, con los lineamientos establecidos en el oficio ARCOTEL-DE-2016-0285-0F y en esta comunicación (...)"

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



OTECEL, cumpliendo el plazo otorgado por ARCOTEL, publica los mapas de cobertura el 6 de enero del 2017. En consecuencia, a partir de dicha fecha, recién ARCOTEL está en capacidad de señalar a OTECEL, en que zonas de cobertura, debe realizar la medición de MOS. No cabe, por lo tanto, atribuir un incumplimiento a OTECEL por falta de medición cuando, primero se debía publicar los mapas de cobertura en cumplimiento del RGLOT. En otras palabras, fue la propia ARCOTEL la que incumplió sus obligaciones por omisión, de contar primero con los mapas de cobertura, por lo que no puede perjudicar a OTECEL de conformidad con el art. 96 del ERJAFE.

2.5.5. OTECEL si realizó las mediciones, y cumple con la subsanación, de conformidad con la LOT.-

A pesar de que legal y contractualmente no procedía realizar las mediciones de MOS, hasta que existan los mapas de cobertura, OTECEL a sabiendas de la incertidumbre jurídica, a la que se ha visto avocada, con la Resolución 042 si realizó las mediciones, aunque ellas, en estricto, no provenían de la publicación de los mapas de cobertura y no cumplen con el RGLOT. El resultado de las mediciones se resume en el siguiente cuadro:

#	ZONAS DE MEDICIÓN			MEDICIONES ARCOTEL		OTECEL	
	Ciudad	Zona	Tecnología	Fecha de medición	MOS	Fecha Medicion	MOS
1	Latacunga	1	GSM	24/05 - 03/06/2016	3,01	16/9/2016	3,31
2	Riobamba	3	GSM	5/10/2016	3,1	14/10/2016	3,6
3	Latacunga	3	GSM	13/10/2016	3,2	8/12/2016	3,37
4	Guayaquil	8	WCDMA	19/9/2016	3,17	26/8/2016	3,48
5	Guayaquil	14	WCDMA	24/10/2016	3,2	2/9/2016	3,54
6	Guayaquil	1	WCDMA	12/7/2016	3,17	10/8/2016	3,49
7	Guayaquil	2	WCDMA	12/7/2016	3,09	27/9/2016	3,49
8	Guayaquil	3	WCDMA	12/7/2016	3,14	30/8/2016	3,51

En el CD adjunto se remiten los logfiles de las mediciones realizadas, así como también un informe donde se puede revisar la cantidad de llamadas realizadas y las rutas recorridas. Es decir, entregando todos los soportes técnicos para verificar los resultados. Entonces, el supuesto incumplimiento de la obligación de medir, está subsanado (en caso que ARCOTEL decida desconocer la vigencia del Artículo 59 del RGLOT). Además, en todos los casos se cumple con el parámetro de calidad MOS; aunque lo pactado en el CC es un indicador único de red y no por zona como lo hace ARCOTEL.

2.6. Conclusiones.-

2.6.1. El régimen legal aplicable al Contrato de Concesión para la prestación del SMA establece que el operador es el que debe realizar las mediciones para el cumplimiento de los parámetros y excluyendo de esta competencia a ARCOTEL. No hay sustento legal para que ARCOTEL efectúe mediciones de los índices de calidad. El RPSMA en su Artículo 21, establece como obligación del concesionario contar con los sistemas de medición y control de la calidad y prestar las facilidades para que la Ex SUPERTEL inspeccione y realice las pruebas para evaluar la calidad y confiabilidad del sistema.

2.6.2 El CC en la cláusula 33.2 señala que "La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo 5 y las resoluciones que, en lo posterior, sobre parámetros de calidad de servicio, dicte el CONATEL". Las mediciones realizadas por ARCOTEL están en contra del debido proceso conforme se señala en el Artículo 76, numeral 4, de la Constitución. ARCOTEL como órgano del derecho público, no puede atribuirse funciones que no estén atribuidas en la Constitución y la Ley.

2.6.3 Las mediciones realizadas por la ARCOTEL, incluyen zonas de medición que no constan en las comunicaciones dirigidas a OTECEL y en consecuencia incumple la Resolución 042. Adicionalmente, la definición de las zonas de medición quedó tácitamente suspendida, a partir del 25 de enero del 2016, cuando entró en vigor el RGLOT, puesto que la información de cobertura a los clientes, sólo se cumple con la publicación de los mapas de cobertura. Sólo a partir de dichos mapas que la ARCOTEL puede establecer las zonas de medición. Mal podía ARCOTEL definir zonas y OTECEL medir, si el plazo fijado para la publicación de los mapas se cumplió el 6 de enero del 2017. Es decir, hubo una suspensión tácita de orden legal y exógena a OTECEL.

2.6.4 La ARCOTEL, unilateralmente desconoció la subsanación contractual pactada en la cláusula 53 del CC, sin comunicar sus mediciones (en el evento que fuesen válidas) cuando el desvío de la medición es inferior al 10% del valor objetivo (valor objetivo que tampoco obedece a un MOS (único conforme con el CC). Es decir, ARCOTEL incumplió el CC y suprimió unilateralmente el derecho de la subsanación, siendo inconstitucional el Acto de apertura, por falta de aplicación de la norma más favorable. Además, la falta de cumplimiento del procedimiento, constituye un requisito de validez de los actos administrativos de conformidad con el artículo 99, numeral 4 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 129, numeral 1, literal e del ERJAFE.

2.6.5. Las Resoluciones 042 y la 458 no pueden alterar el régimen aplicable de la información de cumplimiento. En consecuencia, se debió determinar un valor único de MOS, conforme a lo pactado contractualmente, para verificar si se cumple o no con la calidad definida en el CC o sus modificaciones. En caso de contradicción, se debe aplicar la norma superior por mandato del art. 425 de la Constitución de la República.

2.6.6. La disposición transitoria primera de la LOT no ampara a la Resolución 042. Dicha disposición transitoria garantiza la vigencia del CC en todas sus partes. El RPSMA continuo (sic) en vigencia con la entrada de la LOT. Además, la Resolución 042 es una norma anterior y no emitida por ARCOTEL.

2.6.7. ARCOTEL incumplió lo dispuesto en los artículos 195 y 256 del Código Orgánico Administrativo, al no remitir los logfiles correspondientes a las 81 mediciones realizadas y, no existe constancia ni prueba alguna de sus resultados. Ninguno de los informes contiene la cantidad de llamadas realizadas o la cantidad de muestras obtenidas para determinar el cumplimiento del MOS; por lo que no es posible evaluar si la cantidad de muestras es suficiente para determinar la validez de la medición. Las rutas recorridas constan en gráficos que son de muy baja resolución, totalmente ilegibles, por lo que no sirven para revisar el detalle de las rutas recorridas; sin embargo, se puede apreciar que las rutas incluyen zonas despobladas y vías de acceso, sitios que no deben ser incluidos para realizar la medición, además de que no son compatibles con los mapas de cobertura. En cualquier caso, de existir dichas mediciones carecerían de valor probatorias por haber sido obtenidas contraviniendo las normas jurídicas y en especial el artículo 76 de la Constitución.

2.6.8 OTECEL dispone de las mediciones realizadas, en las zonas consideradas por la ARCOTEL, a pesar de que no provienen de los mapas de cobertura y por consiguiente se apartan del único mecanismo para informar los mapas de cobertura de acuerdo con el artículo 59 del RGLOT. La supuesta falta de medición está subsanada con la entrega de las mediciones, aunque OTECEL S.A. reitera que tales mediciones no guardan conformidad con lo dispuesto en el art. 59, numeral 16 del RGLOT.

3. Pruebas:

Adjunto y solicito que se tenga como prueba a favor de OTECEL S.A. la siguiente información:

- 3.1. El Contrato de Concesión celebrado entre OTECEL S.A. y el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 20 de noviembre de 2008, en lo que tiene relación a las cláusulas y anexos citados en el presente escrito y, que reposa en los archivos de la ARCOTEL.
- 3.2. El oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0285-0F, de fecha 5 de mayo del 2016, que contiene los lineamientos generales para la publicación de mapas de cobertura del SMA, y el Oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0429-0F, del 5 de julio del 2016, que establece el plazo para la publicación de los mapas de cobertura y que constan en los archivos de la ARCOTEL.
- 3.3. El oficio ARCOTEL-DE-2015-0708 de 30 de septiembre del 2015, mediante el cual se remitieron las zonas de medición, entre las no constan las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
- 3.4. Copia del correo electrónico del 13 de mayo del 2016, mediante el cual se remitieron las zonas de medición definitivas.
- 3.5. El Oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608 de 23 de junio del 2016, mediante el cual se remitieron oficialmente las zonas de medición del 2016.
- 3.6. Informe en el que constan los resultados obtenidos de las mediciones realizadas por OTECEL en las 8 zonas de medición para la CALIDAD DE CONVERSACIÓN, correspondiente al procesamiento de los 10files de medicion.
- 3.7. Se adjunta un CD que contiene:
 - a) En el Anexo 1 un archivo en formato zip, que contiene la información remitida conjuntamente con el oficio ARCOTEL-DE-2015-0708 de 30 de septiembre del 2015, en el que se detallan las zonas de medición originales para el 2016, y se verifica que, no se incluyen las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
 - b) En el Anexo 2 el archivo "Cronograma 2016 (cobertura y MOS) respuesta.xlsx" que ARCOTEL remitió adjunto al Correo electrónico del 13 de mayo del 2016, en el que se detallan las zonas de medición definitivas y se verifica que no se incluyen las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
 - c) En el Anexo 3 el archivo remitido conjuntamente con el oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608 de 23 de junio del 2016, en el que se detallan las zonas de medición definitivas, y se verifica que no se incluyen las zonas 1,2 y 6 de la ciudad de Ambato.
 - d) En el Anexo 4 los logfiles que soportan las mediciones realizadas por OTECEL S.A, cuyo Informe Técnico se remite en forma impresa.

4. Audiencia.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el art. 151 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, solicito que se convoque a una audiencia para poder presentar ante autoridad los alegatos y descargos de forma oral, una vez que hayan sido evacuadas las pruebas solicitada en el numeral anterior.

5. Petición.-

En base a los argumentos expuestos y por ser este un procedimiento que contraviene la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el Reglamento para la

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal
Telf.: (593-02) 2 272 180
www.arcotel.gob.ec
Quito – Ecuador



prestación del Servicio Móvil Avanzado y el Contrato de Concesión de OTECEL S.A., se dignará ordenar el archivo del mismo.

6. Notificaciones y autorización.-

- 6.1. Autorizo a los doctores Juan Francisco Palacios Ibarra, Dunker Morales Medina, Fabián Andrade Narváez y a los abogados Dunker Morales Vela, María José Torres y Viviana Andrade Narváez para que individual o conjuntamente y con sólo sus firmas, presenten cualquier escrito en defensa de los intereses de OTECEL S.A. en esta causa.
- 6.2. Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el domicilio de OTECEL S.A., ubicado en la ciudad de Quito, en la Av. Simón Bolívar y Vía a Nayón. Centro Corporativo EKOPARK, Torre 3 Movistar.
- 6.3. También recibiré notificaciones a los siguientes correos:
ipalaciosr@cardinalabogados.com
esteban.villalba@telefonica.com
nelson.calero@telefonica.com
herman.ordonez@telefonica.com

6.2. PRUEBAS:

La Constitución de la República ordena en su artículo 76 número 7, que 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 resaltado y subrayado me pertenece).

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

PRUEBAS DE CARGO.-

Dentro del expediente, consta como prueba de cargo aportada por la Administración, lo siguiente:

1. Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018.
2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-2018-054 de 4 de julio de 2018.
3. La razón de notificación del citado Acto de Apertura.

PRUEBAS DE DESCARGO.-

- **En el escrito presentado mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E del 26 de julio de 2018**, el Ing. Hernán Ordoñez Castro, en su calidad de apoderado especial de la compañía OTECEL S.A., dando contestación al Acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZ02-2018-054 de 4 de julio de 2018, manifiesta solicita que:

"(...) 3. **Pruebas.-**

Adjunto y solicito que se tenga como prueba a favor de OTECEL S.A. la siguiente información:

- 3.1. El Contrato de Concesión celebrado entre OTECEL S.A. y el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 20 de noviembre de 2008, en lo que tiene relación a las cláusulas y anexos citados en el presente escrito y, que reposa en los archivos de la ARCOTEL.
- 3.2. El oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0285-0F, de fecha 5 de mayo del 2016, que contiene los lineamientos generales para la publicación de mapas de cobertura del SMA, y el Oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0429-0F, del 5 de julio del 2016, que establece el plazo para la publicación de los mapas de cobertura y que constan en los archivos de la ARCOTEL.
- 3.3. El oficio ARCOTEL-DE-2015-0708 de 30 de septiembre del 2015, mediante el cual se remitieron las zonas de medición, entre las no constan las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
- 3.4. Copia del correo electrónico del 13 de mayo del 2016, mediante el cual se remitieron las zonas de medición definitivas

- 3.5 El Oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608 de 23 de junio del 2016, mediante el cual se remitieron oficialmente las zonas de medición del 2016.
- 3.6 Informe en el que constan los resultados obtenidos de las mediciones realizadas por OTECEL en las 8 zonas de medición para la CALIDAD DE CONVERSACIÓN, correspondiente al procesamiento de los logfiles de medición.
- 3.7 Se adjunta un CD que contiene:
- En el Anexo 1 un archivo en formato zip, que contiene la información remitida conjuntamente con el oficio ARCOTEL-DE-2015-0708 de 30 de septiembre del 2015, en el que se detallan las zonas de medición originales para el 2016, y se verifica que, no se incluyen las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
 - En el Anexo 2 el archivo "Cronograma 2016 (cobertura y MOS) respuesta.xlsx" que ARCOTEL remitió adjunto al Correo electrónico del 13 de mayo del 2016, en el que se detallan las zonas de medición definitivas y se verifica que no se incluyen las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
 - En el Anexo 3 el archivo remitido conjuntamente con el oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608 de 23 de junio del 2016, en el que se detallan las zonas de medición definitivas, y se verifica que no se incluyen las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
 - En el Anexo 4 los logfiles que soportan las mediciones realizadas por OTECEL S.A. cuyo Informe Técnico se remite en forma impresa.

➤ Alegación verbal realizada el miércoles 8 de agosto de 2018, a las 14H00, dentro de la Audiencia de Alegatos solicitada por la compañía OTECEL S.A., señalada dentro de la providencia de calificación y apertura del término para evacuación de pruebas dictada el 31 de julio de 2018; cuya hora fue diferida en atención a la petición del abogado de OTECEL, a través de providencia dictada el lunes 06 de agosto de 2018, a las 10h00; y, cuya presentación se entregó también en formato digital al final de la Audiencia; y,

6.3. MOTIVACIÓN:

PRIMERO: ANÁLISIS TÉCNICO DE LA CONTESTACIÓN, ALEGATOS Y PRUEBAS PRESENTADOS POR OTECEL S.A. EN RELACIÓN AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2018-054.

El área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante Informe No. IT-CZO2-AA-2018-039 de 27 de septiembre de 2018, realizó el análisis de la contestación, alegatos, descargos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A. en su respuesta al acto de apertura, así como en la audiencia solicitada; sobre lo cual, en lo principal manifiesta lo siguiente:

"ASUNTO: ANÁLISIS DE LA CONTESTACIÓN, ALEGATOS, DESCARGOS Y PRUEBAS PRESENTADAS POR LA COMPAÑÍA OTECEL S.A. AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2018-054.

1. ANTECEDENTES.-

- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 de 4 de julio de 2018, iniciado en contra de la compañía OTECEL S.A., sobre la base del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, reportado con Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018, relacionado con la verificación del cumplimiento del parámetro "CALIDAD DE CONVERSACIÓN-MOS" (CÓDIGO 5.10) para el año 2016, definidos en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio del 2014; observando los lineamientos establecidos en los memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M de 1 y 5 de febrero de 2018, respectivamente, Acto de Apertura en el que se determina que:

"(...)

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



De acuerdo con el hecho determinado en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, la compañía OTECEL S.A., durante el año 2016, registra un Índice de Incumplimiento de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS)

En caso de confirmarse el hecho detectado, lesionaría el nivel de calidad propio de los servicios de telecomunicaciones; por lo que, si se comprueba la existencia de este fundamento de hecho reportado en el memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018, al que se encuentra adjunto el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, así como la responsabilidad de la compañía OTECEL S.A., en el incumplimiento de obligaciones que se encuentra expresamente establecidas en el artículo 24, números 2, 3 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como de las obligaciones relativas al cumplimiento de los índices de calidad en la prestación del servicio estipuladas en su contrato de concesión. Con dicha conducta, habría incurrido en la **infracción de Segunda Clase** tipificada en el Art. 118, letra b), número 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que consiste en: **"11. El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones"**; y, cuya sanción se encuentra prescrita en el artículo 121 y la obtención del monto de referencia para la aplicación de la multa en el artículo 122 de la ley ibídem. (...)." [Lo resaltado y subrayado fuera del texto original]

- Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2018-0925-M de 6 de julio de 2018, mediante el cual se remite copia de la fe de recepción correspondiente a la notificación al señor José Manuel Casas Aljama, Representante Legal de OTECEL, del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 y demás anexos, el 5 de julio de 2018.
- Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, mediante el cual el señor Hernán Ordoñez Castro, en calidad de apoderado especial de la compañía OTECEL S.A., da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 de 4 de julio de 2018.
- PROVIDENCIA DE CALIFICACIÓN Y APERTURA DEL TÉRMINO PARA EVACUACIÓN DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS de 31 de julio de 2018, en el cual se indica entre otros aspectos que:
"(...)
TERCERO: (...) b) Considérese en lo que haga prueba a favor de la compañía OTECEL S.A. los alegatos, descargos y anexos que presenta dentro del escrito que se provee; c) Considérese como prueba a su favor al momento de resolver, la información que se adjunta y solicita en el ordinal 3, números 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, Y 3.7 (CD que dice contener 4 anexos) del escrito que se despacha; (...) d) Atendiendo lo solicitado en el ordinal 4 del citado escrito, se señala para el día miércoles 08 de agosto de 2018, a las 09H00, para que se realice la audiencia, a fin de que la compañía OTECEL S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, presente de forma verbal sus alegatos o los argumentos de los que se crea asistida, para lo cual dispondrá del tiempo de UNA HORA. Dicha diligencia se llevará a cabo en la sala de audiencias de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, quinto piso del edificio ubicado en la Av. Amazonas N 40-71 Y Gaspar de Villarroel de esta ciudad de Quito; (...) SÉPTIMO: (...) Notifíquese además a la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, la cual deberá pronunciarse a través de los informes técnico y jurídico respectivos, sobre los descargos, alegatos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A.
(...)"
- Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2018-1156-M de 2 de agosto de 2018, mediante el cual se remite copia de la fe de recepción correspondiente a la notificación de la Providencia dictada dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-2018-054, dirigida al Sr. Hernán Ordoñez APODERADO ESPECIAL DE LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., el 2 de agosto de 2018.

- Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-014058-E de 3 de agosto de 2018, mediante el cual, el señor Hernán Ordoñez, en atención a la Providencia de 31 de julio de 2018, en la cual se convoca a audiencia para el día miércoles 8 de agosto de 2018 a las 09H00, solicita cambiar la fecha de la audiencia indicada para el mismo día a las 14:00.

- PROVIDENCIA DE CAMBIO DE HORA PARA REALIZACIÓN DE AUDIENCIA de 6 de agosto de 2018, en el cual se indica entre otros aspectos que:

"(...)

SEGUNDO: Atendiendo lo solicitado en el mencionado escrito y por cuanto la compañía OTECEL S.A. justifica documentadamente su petición de CAMBIO DE HORA, se **señala para el día miércoles 08 de agosto de 2018, a las 14h00**, para que se realice la audiencia, a fin de que la compañía OTECEL S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, presente de forma verbal sus alegatos o los argumentos de los que se crea asistida, para lo cual dispondrá del tiempo de UNA HORA. Dicha diligencia se llevará a cabo en la sala de audiencias de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, quinto piso del edificio ubicado en la Av. Amazonas N40-71 Y Gaspar de Villarroel de esta ciudad de Quito;

"(...)"

- Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2018-1178-M de 6 de agosto de 2018, mediante el cual se remite copia de la fe de recepción correspondiente a la notificación de la Providencia dictada dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-2018-054, dirigida al Sr. Hernán Ordoñez APODERADO ESPECIAL DE LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., el 6 de agosto de 2018.
- Audiencia de Alegatos realizada el día miércoles 8 de agosto de 2018 a las 14H00, en la que los representantes de la compañía OTECEL S.A. presentaron de forma verbal sus alegatos (presentación realizada se entrega en formato digital).
- PROVIDENCIA DE PRÓRROGA DEL TÉRMINO PARA EMISIÓN DE RESOLUCIÓN de 17 de septiembre de 2018, en el cual se indica entre otros aspectos que:

"(...)

DISPONGO: PRIMERO: Con fundamento en lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 129 de la Ley Orgánica De Telecomunicaciones, PRORRÓGASE EL TÉRMINO PARA RESOLVER POR EL PERÍODO DE 20 DÍAS HÁBILES, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha máxima para resolver (21 de septiembre de 2018), según el término señalado en el ordinal OCTAVO de la providencia dictada el martes 31 de julio de 2018, a las 16h00; en razón de que la Dirección Técnica Zonal requiere más tiempo para realizar el análisis de los argumentos técnicos y jurídicos presentados por el apoderado especial de la compañía OTECEL S.A., tanto en la contestación al Acto de Apertura, como en la Audiencia de Alegatos, así como de la documentación que se adjunta; con la finalidad de que los informes que se emitan previo a resolver lo que en derecho corresponda, constituyan un sustento válido para la motivación del Acto Administrativo contenido en la Resolución que dicte esta autoridad, en observancia del debido proceso garantizado en la Constitución y la Ley.- **SEGUNDO:** Notifíquese a la compañía OTECEL S.A., así como a la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, con el contenido de la presente providencia.

"(...)"

- Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2018-1382-M de 19 de septiembre de 2018, mediante el cual se remite copia de la fe de recepción correspondiente a la notificación de la Providencia dictada dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-2018-054, dirigida al Sr. Hernán Ordoñez APODERADO ESPECIAL DE LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., el 18 de septiembre de 2018.

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



- Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-1077-M de 19 de septiembre de 2018, mediante el cual se da atención a lo solicitado mediante memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2018-1369-M de 12 de septiembre de 2018.

2. OBJETIVO.-

Realizar el análisis técnico de los alegatos, descargos y pruebas presentadas, por la compañía OTECEL S.A., en la contestación al ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2018-054.

3. EN RELACIÓN A LOS DESCARGOS TÉCNICOS.-

3.1. CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2018-054, MEDIANTE DOCUMENTO NO. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E DE 26 DE JULIO DE 2018.-

La compañía OTECEL S.A., representada por HERNÁN ORDÓÑEZ CASTRO, en calidad de apoderado especial, da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 de 4 de julio de 2018, mediante Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, en la cual se ha verificado que **no presenta argumentos técnicos relacionados con el hecho** determinado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054:

"(...)

En ejercicio de las referidas atribuciones legales, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones ARCOTEL, ha procedido a realizar actividades de control tendientes a verificar si la compañía OTECEL S.A., ha dado cumplimiento a las obligaciones estipuladas en su título habilitante así como a lo establecido en las normas vigentes, y en particular a la verificación del cumplimiento del parámetro "CALIDAD DE CONVERSACIÓN (MOS) CÓDIGO 5.10 definido en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio de 2014, correspondiente al año 2016, sobre lo cual la Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL, reportó que:

- "Durante el año 2016, OTECEL S.A. registra un Índice de Incumplimiento (de conformidad con los "Lineamientos para la Evaluación y Procesamiento de Información sobre el ejercicio de control de los Parámetros Mínimos de calidad del Servicio Móvil Avanzado (SMA) ", establecidos con memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M) de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS). No se registra información de mediciones que haya realizado OTECEL S.A., con respecto al parámetro Calidad de Conversación, para el año 2016".

(...)

De acuerdo con el hecho determinado en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, la compañía OTECEL S.A., durante el año 2016, registra un Índice de Incumplimiento de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS).

En caso de confirmarse el hecho detectado, lesionarla el nivel de calidad propio de los servicios de telecomunicaciones; por lo que, si se comprueba la existencia de este fundamento de hecho reportado en el memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018, al que se encuentra adjunto el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, así como la responsabilidad de la compañía OTECEL S.A., en el incumplimiento de obligaciones que se encuentra expresamente establecidas en el artículo 24, números 2, 3 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como de las obligaciones relativas al cumplimiento de los

Índices de calidad en la prestación del servicio estipuladas en su contrato de concesión. Con dicha conducta, habría incurrido en la infracción de Segunda Clase tipificada en el Art. 118, letra b), número 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que consiste en: "11. El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones"; y, cuya sanción se encuentra prescrita en el artículo 121 y la obtención del monto de referencia para la aplicación de la multa en el artículo 122 de la ley ibídem. (...)."

(...)" [Lo resaltado y subrayado fuera del texto original]

Finalmente es necesario señalar que el mencionado hecho se ha determinado a partir del "LINEAMIENTO 3" de los "LINEAMIENTOS PARA LA EVALUACIÓN Y PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE CONTROL DE LOS PARÁMETROS MÍNIMOS DE CALIDAD DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA)", establecidos en los memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación, se llevará a cabo el respectivo análisis de los argumentos presentados por la compañía OTECEL S.A., en la contestación dada mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018.

3.2. ANÁLISIS DE ARGUMENTOS PRESENTADOS EN LA CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2018-054.-

3.2.1. PARTE 1

Entre las páginas 10 y 13, del documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...)

2. Alegaciones. -

(...)

2.5. Algunas precisiones respecto del Acto de apertura y el presente procedimiento sancionador. -

(...)

2.5.2. Las incoherencias técnicas del procedimiento sancionador. -

ARCOTEL, en la información que consta en el acto de apertura establece que ha realizado, mediciones -que consideramos ilegales- de MOS en 81 zonas, en 11 de las cuales OTECEL no cumple con el valor objetivo, con lo que se tendría un índice de incumplimiento de 13,58%:

Año	Tec.	MOS			Índice de incumplimiento
		No cumple	Sí cumple	Total mediciones	
2016	2G	6	5	11	13,58%
	3G	5	65	70	

El detalle de las zonas donde OTECEL S.A. no alcanzó el valor objetivo establecido en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, se detallan en el siguiente cuadro.



ZONAS DE MEDICIÓN			MEDICIONES ARCOTEL			
#	Ciudad	Zona	Informe Técnico	Fecha de medición	Tecnología	MOS
1	Latacunga	1	IT-CZ3-C-2016-0374	24/05/03/06/2016	GSM	3,01
2	Ambato	1	IT-CZ3-C-2016-0422	2-3/05/2016	GSM	2,8
3	Ambato	2	IT-CZ3-C-2016-0423	3-6/05/2016	GSM	2,95
4	Ambato	6	IT-CZ3-C-2016-0425	11-12/05/2016	GSM	2,7
5	Riobamba	3	IT-CZ3-C-2016-0722	5/10/2016	GSM	3,1
6	Latacunga	3	IT-CZ3-C-2016-0736	13/10/2016	GSM	3,2
7	Guayaquil	8	IT-CZ5-C-2016-0588	19/9/2016	WCDMA	3,17
8	Guayaquil	14	IT-CZ5-C-2016-0588	24/10/2016	WCDMA	3,2
9	Guayaquil	1	IT-CZ5-C-2016-0624	12/7/2016	WCDMA	3,17
10	Guayaquil	2	IT-CZ5-C-2016-0624	12/7/2016	WCDMA	3,09
11	Guayaquil	3	IT-CZ5-C-2016-0624	12/7/2016	WCDMA	3,14

Tabla: Resultado de las mediciones de MOS realizadas por ARCOTEL.

De la tabla, se verifica que hay dos tipos de valores de MOS alcanzados por OTECEL S.A. en las mediciones ilegales realizadas por ARCOTEL: i) aquellas que se encuentran resaltadas en la tabla y que superan el 10% del valor objetivo y ii) el resto de mediciones no resaltadas y que son inferiores al 10%.

Como ya se mencionó, se evidencia que ARCOTEL, no determina un índice único de MOS para la red, conforme con lo pactado en el CC, con el que debía proceder a verificar el cumplimiento de MOS por parte de OTECEL, conforme con el CC, sino que, considera 81 índices de MOS que debe cumplir OTECEL.

Esto no guarda conformidad con el CC, ni es coherente con lo técnico, ni proporcional, para calificar la prestación del servicio. Es decir, ARCOTEL asume el extraño concepto que, "si se falla en una zona, entonces OTECEL incumplió con la calidad pactada en el CC". ARCOTEL considera que fallar en una zona, es un reflejo de la inadecuada calidad y, se aplicaría el piso de la multa y si se falla en las 81 se aplicaría el techo de la multa. En función del número de zonas de incumplimiento del MOS considera que se aplica la proporcionalidad entre el piso y el techo. En el caso del Acto de apertura ARCOTEL pretende añadir al piso el 13.58%.

Lo incoherente en lo técnico, fácilmente se advierte con la transcripción tomada del "Informe Final Sobre Regulación de los Servicios de Telecomunicaciones Prestados Sobre Redes Móviles en América Latina y el Caribe", realizado por la consultora BLUENOTE Magement Consultin para la GSMA, que señala:

"En efecto, los servicios de telecomunicaciones móviles comparten recursos, y no pueden garantizar un 100% de disponibilidad, como podría ser el caso de una red con recursos dedicados. Así, los marcos regulatorios planteaban un objetivo del 99% de disponibilidad en una determinada zona geográfica, en línea también con los requisitos de eficiencia en el diseño de una red. No obstante, si el cumplimiento de este objetivo se subdivide ahora en zonas geográficas más pequeñas que la originalmente propuesta, como lo requerido por la nueva regulación, la probabilidad de incumplimiento se incrementará (aproximado por: 1-99% exp 10), asumiendo una subdivisión en 10 zonas y manteniendo constante el diseño de red) (...)".

ANÁLISIS:

La compañía OTECEL S.A., en su escrito de contestación, cuyos párrafos han sido transcritos anteriormente, manifiesta su inconformidad en relación con la determinación de 81 índices de MOS, en lugar de un índice único de MOS para la red, conforme con lo pactado en su respectivo Contrato de Concesión.

Al respecto es necesario señalar que en las especificaciones del valor objetivo del parámetro codificado 5.10 (1.10), denominado CALIDAD DE CONVERSACIÓN, de las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio del 2014, mediante las cuales el Ex CONATEL resolvió actualizar los índices de calidad para las operadoras del SMA, se señala textualmente lo siguiente:

"(...)

VALOR OBJETIVO

MOS \geq 3,3 (2G)

MOS \geq 3,3 (3G)

Nota: Valor objetivo semestral, por zona de medición y por tecnología.

(...)" [Lo resaltado y subrayado fuera del texto original]

Conforme se puede observar, el valor objetivo del indicador señalado debe evaluarse de manera semestral, por zona de medición y por tecnología, aspecto que permite justificar la obtención de un valor de MOS por cada una de las once (11) zonas en la cuales la ARCOTEL ejecutó mediciones en tecnología 2G y las setenta (70) zonas en la cuales la ARCOTEL ejecutó mediciones en tecnología 3G, en el año 2016, cuyos resultados se han plasmado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080.

Respecto al manifestado "Índice de Incumplimiento", es necesario señalar que el mismo se obtiene de la relación entre el número de incumplimientos detectados a nivel nacional para el parámetro "Calidad de Conversación (MOS)" en las tecnologías 2G y 3G y el número de zonas en donde se realizaron mediciones relacionadas con el mencionado parámetro, durante el año 2016; cálculo realizado en observancia de los lineamientos establecidos en los memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M de 1 y 5 de febrero de 2018, respectivamente, mismo que permitiría en caso de que corresponda ejecutar la graduación de la multa a imponerse como sanción.

3.2.2. PARTE 2

Entre las páginas 13 y 14, del documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...)

Por otro lado, en la Resolución 042, para el parámetro 5.10 se señala:

"Las zonas de medición serán establecidas por la SUPERTEL de manera anual. Para la evaluación y verificación del cumplimiento a realizarse, los prestadores serán notificados en el tercer trimestre de año n-1 por parte de la SUPERTEL de las zonas a ser evaluadas en el año n; se consideran que las zonas de medición corresponderán a un área mínima de 4 km²".

OTECEL recibió dos comunicaciones de ARCOTEL respecto a la definición de zonas, el oficio ARCOTEL-DE-2015-0708-OF de 30 septiembre del 2015 y el oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608-OF del 9 de junio del 2016. En dichas comunicaciones NO consta dentro de las zonas a medir las denominadas zonas 1, 2 y 6 de Ambato, incumpliendo con la propia Resolución 042. Precisamente en cada una de estas zonas es en donde ARCOTEL determina

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito -- Ecuador



que el MOS supera el 10%. Sin embargo, dichas zonas son medidas desconociendo la Resolución 042. De acuerdo con el artículo 96 del ERJAFE, los administrados no podrán ser perjudicados por los errores u omisiones de los órganos de la Administración pública.

Además en este caso se refleja un incumplimiento de las reglas del debido proceso en la obtención de los valores lo que constituye una violación del artículo 76 de la Constitución de la República.

(...)” [Lo resaltado y subrayado fuera del texto original]

ANÁLISIS:

La compañía OTECEL S.A., argumenta un incumplimiento de lo señalado en la parte pertinente de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, específicamente en lo relacionado con la falta de notificación de las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato, cuyas mediciones en tecnología 2G han sido ejecutadas los días 2 y 3 de mayo de 2016, 3 y 6 de mayo de 2016; y, 11 y 12 de mayo de 2016, respectivamente. Al respecto, se ha procedido con la revisión de los oficios ARCOTEL-DE-2015-0708-OF de 30 septiembre del 2015 y ARCOTEL-CTC-2016-0608-OF del 9 de junio del 2016, identificando que, en efecto, las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato no se encuentran consideradas en las notificaciones mencionadas, conforme se puede visualizar a continuación:

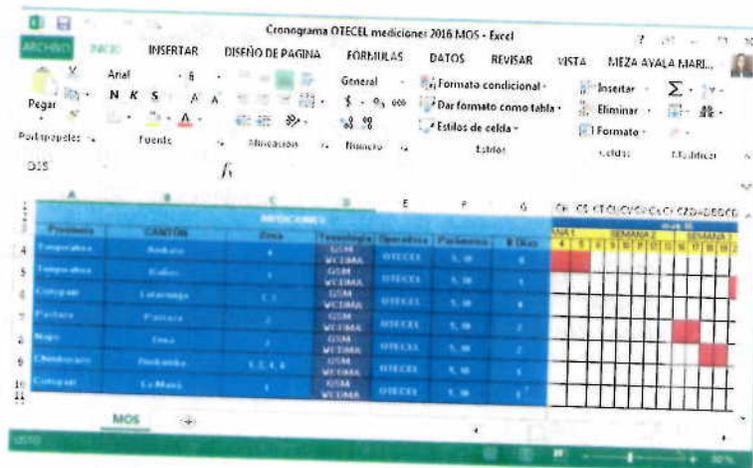


Figura 1: “Cronograma OTECEL mediciones 2016 MOS CZ3.xls” adjunto al Oficio ARCOTEL-DE-2015-0708-OF de 30 septiembre del 2015.

Ciudad	Zona
Ambato	1
Baños de Agua Santa	2
La Muela	3
Latacunga	4
Latacunga	5
Puyo	6
Riobamba	7
Riobamba	8
Riobamba	9
Riobamba	10
Tena	11
Total	11

Ciudad	Zona
Ambato	1
Baños de Agua Santa	2
Latacunga	3
Latacunga	4
Puyo	5
Tena	6
Total	6

Figura 2: "Cronograma 2016 (cobertura y MOS)_OTECEL.xls" adjunto al Oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608-OF de 9 de junio del 2016.

Considerando las evidencias manifestadas, se determina que si existió una falta de notificación de las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato, cuyas mediciones en tecnología 2G han sido ejecutadas los días 2 y 3 de mayo de 2016, 3 y 6 de mayo de 2016, respectivamente, en contraste de lo señalado en la parte pertinente de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014: : "(...) los prestadores serán notificados en el tercer trimestre del año n-1 por parte de la SUPERTEL de las zonas a ser evaluadas en el año n (...)".

3.2.3. PARTE 3

En la página 14 del documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...)

2.5.3. ARCOTEL incumple los arts. 195 y 256 del Código Orgánico Administrativo respecto de la prueba. -

ARCOTEL realiza las mediciones y pretende darlas como válidas, sin base legal y sin presentar prueba alguna (log files) de las 81 mediciones realizadas, contraviniendo lo dispuesto en el Art. 195 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el art. 256 *Ibidem* que ordena que "[e]n todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. (Destacado no es original)

Ni siquiera contiene un reporte donde se pueda verificar:

Coordinación Zonal 2:
 Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
 Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito -- Ecuador



- o Las coordenadas de inicio y fin de las llamadas de prueba realizadas*
- o Los resultados de las llamadas: si fueron exitosas y se cerraron correctamente*
- o La cantidad de muestras de MOS obtenidas por cada llamada*
- o La calificación de MOS en cada caso*
- o La fórmula de cálculo del MOS*
- o No se remiten los archivos de audio con los que se realizó la medición.*

*Estas omisiones demuestran que este procedimiento administrativo sancionador carece de pruebas válidas y por lo tanto es improcedente y debe ser archivado.
(...)”*

ANÁLISIS:

La compañía OTECEL S.A., en el inciso transcrito en párrafos anteriores, cuestiona la validez de las 81 mediciones ejecutadas, cuyos resultados se encuentran en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, debido a la falta de prueba (logfiles) y otros parámetros técnicos de sustento.

Respecto a la mencionada falta de prueba, debido a que no se han presentado los logfiles de las mediciones realizadas, se debe manifestar que los mismos corresponden a archivos que son generados por cada uno de los equipos durante la ejecución de las respectivas mediciones, en donde en base a una serie de parámetros configurados previamente, dichos archivos guardan gran cantidad de información como posición geográfica, fecha, hora, dispositivo, nivel de señal, canales de control, eventos, etc. Durante o después de cada medición, cada uno de estos archivos es subido a una base de datos centralizada, para ser procesados por las herramientas del Sistema Autónomo de Medición de Redes Móviles (SAMM) y ser puestos ordenadamente a disposición de cada una de las Coordinaciones Zonales, quienes luego de la aplicación de los filtros necesarios realizan las consultas a la base de datos y efectúan el post-procesamiento de lo específicamente requerido. Esta información luego es plasmada en el informe técnico que sirve de insumo para el informe técnico consolidado que realiza la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, sobre la base de lo cual se determina que los mismos contendrían toda la información necesaria para ejecutar cualquier validación.

Así también es pertinente indicar lo manifestado por la Coordinación Técnica de Control en su Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-1077-M de 19 de septiembre de 2018, que respecto a la entrega de logfiles a la operadora, indica:

“OTECCEL no ha presentado información que permita certificar que cuenta con equipamiento para el análisis/pos procesamiento de los logfiles de mediciones de todas las sondas de medición de la ARCOTEL; por lo que, no procede la entrega de esta información al operador, adicionalmente de que no existe obligación expresa definida en la normativa vigente, pues los logs son procesados, mismos que, arrojan un resultado que es plasmado en el informe técnico...”

Por otro lado, al respecto de la argumentada falta de sustento en relación a que no se han reportado aspectos técnicos como coordenadas de inicio y fin de las llamadas de prueba realizadas, resultados de las llamadas: si fueron exitosas y se cerraron correctamente, cantidad de muestras de MOS obtenidas por cada llamada, calificación de MOS en cada caso, fórmula de cálculo del MOS y la no entrega de los archivos de audio con los que se realizó la medición, se debe señalar que en las especificaciones del valor objetivo del parámetro codificado 5.10 (1.10), denominado CALIDAD DE CONVERSACIÓN, de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, se define un valor objetivo semestral, por zona de medición y por tecnología, así mismo, en la “METODOLOGÍA DE MEDICIÓN” – “Medición con

equipo de comprobación con colección automática de datos”, se detallan otros aspectos como la ejecución del procesamiento de las muestras obtenidas únicamente dentro de la zona de medición establecida, uso de equipamiento que permita la evaluación automática del parámetro percibido de acuerdo con la Recomendación ITU-T P.862, duración de las llamadas de prueba (al menos 60 segundos con pausas de al menos 30 segundos entre llamadas), así como las “Variables que conforman el parámetro” y “Cálculo para obtener el índice”, esto es:

“(…)

Variables que conforman el parámetro

MOS: Calidad de conversación (Mean Option Score)

Ca: Calificación del equipamiento de acuerdo con la Recomendación ITU-T P.862

n: Número total de llamadas de prueba”

Cálculo para obtener el índice

$$MOS = \frac{\sum_{i=1}^n Ca}{n}$$

“(…)”

Por lo que, con el fin de validar que los mencionados aspectos se encuentren considerados en cada uno de los informes técnicos de control efectuados por las Coordinaciones Zonales, que sirvieron como insumo para la elaboración del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 y que han presentado resultados por debajo del valor establecido para el indicador, se efectuaron las verificaciones del caso cuyos resultados se resumen a continuación:

#	Provincia	Ciudad	Zona	Tecnología	Informes Técnicos	Periodo de Medición	Ca	N	Recorrido	Tiempo de duración y pausa
1	COTOPAXI	LATACUNGA	1	2G	IT-CZ3-C-2016-0374	Si	N/D	N/D	Si	N/D
2	CHIMBORAZO	RIOBAMBA	3	2G	IT-CZ3-C-2016-0722	Si	N/D	N/D	Si	N/D
3	COTOPAXI	LATACUNGA	3	2G	IT-CZ3-C-2016-0736	Si	N/D	N/D	Si	N/D
4	TUNGURAHUA	AMBATO	1	2G	IT-CZ3-C-2016-0422	Si	N/D	N/D	Si	N/D
5	TUNGURAHUA	AMBATO	2	2G	IT-CZ3-C-2016-0423	Si	N/D	N/D	Si	N/D
6	TUNGURAHUA	AMBATO	6	2G	IT-CZ3-C-2016-0425	Si	N/D	N/D	Si	N/D
7	GUAYAS	GUAYAQUIL	1	3G	IT-CZ5-C-2016-0624	Si	N/D	N/D	N/D	N/D
8	GUAYAS	GUAYAQUIL	2	3G	IT-CZ5-C-2016-0624	Si	N/D	N/D	N/D	N/D
9	GUAYAS	GUAYAQUIL	3	3G	IT-CZ5-C-2016-0624	Si	N/D	N/D	N/D	N/D
10	GUAYAS	GUAYAQUIL	8	3G	IT-CZ5-C-2016-0588	Si	N/D	N/D	N/D	N/D
11	GUAYAS	GUAYAQUIL	14	3G	IT-CZ5-C-2016-0588	Si	N/D	N/D	N/D	N/D

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



OBSERVACIONES: N/D: Sustento No Disponible en el informe técnico.
Ca: Calificación del equipamiento de acuerdo con la Recomendación ITU-T P.862.
n: Número total de llamadas de prueba.

Conforme se puede observar en las tablas mostradas anteriormente, se determina que los informes técnicos de control efectuados por las Coordinaciones Zonales (que presentaron resultados por debajo del valor establecido para el indicador), mismos que sirvieron como insumo para la elaboración del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, **no cuentan con la información necesaria para sustentar el cálculo realizado para obtener el valor del indicador en cuestión**, conforme lo señalado en la "METODOLOGÍA DE MEDICIÓN" establecida en el parámetro codificado 5.10 (1.10), de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, en específico, debido a los siguientes aspectos:

- Ninguno de los informes hace mención ni presenta respaldo de los valores obtenidos en la calificación por llamada dada por el equipo de medición, factor "Ca".
- Ninguno de los informes presenta un respaldo de los valores del número total de llamadas de prueba, factor "n" (llamadas establecidas) que intervienen en el cálculo del índice.
- Los informes: IT-CZ3-C-2016-0374; IT-CZ3-C-2016-0722; IT-CZ3-C-2016-0736; IT-CZ3-C-2016-0422; IT-CZ3-C-2016-0423; IT-CZ3-C-2016-0425; IT-CZ5-C-2016-0624 e IT-CZ5-C-2016-0588 no mencionan los tiempos configurados para la duración y pausa entre llamadas ni adjuntan respaldo alguno al respecto.
- Los informes: IT-CZ5-C-2016-0624 e IT-CZ5-C-2016-0588 no presentan el recorrido ejecutado en las mediciones.
- Los informes: IT-CZ3-C-2016-0374; IT-CZ3-C-2016-0722; IT-CZ3-C-2016-0422; IT-CZ3-C-2016-0423; IT-CZ3-C-2016-0425; IT-CZO3-C-2017-226; IT-CZO3-C-2017-239; IT-CZO3-C-2017-0271; IT-CZO3-C-2017-0259; IT-CZO3-C-2017-0303; IT-CZO3-C-2017-0325 e IT-CZO3-C-2017-0369, presentan fechas y horas imprecisas de medición.
- Y finalmente, respecto a los informes: IT-CZ5-C-2016-0624 e IT-CZ5-C-2016-0588, la fecha de medición registrada en los mismos difiere de la registrada en el informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080.

3.2.4. **PARTE 4**

Entre las páginas 14 y 16 del documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...)

2.5.4. Existe una suspensión tácita de la obligación de medir de parte de OTECEL, hasta que ARCOTEL defina y luego se concluya la publicación de cobertura.-

En el acto de apertura se establecen dos incumplimientos con respecto a un único parámetro que es el 5.10. La una, que de acuerdo a las mediaciones hechas por ARCOTEL, OTECEL incumple los valores objetivos, siendo sus mediciones contrarias a RPSMA, al CC y al artículo 76 de la Constitución y la otra, porque OTECEL no registró mediciones.

Con respecto a la primera, de las mediciones realizadas por la ARCOTEL, ya nos referimos en extenso en los acápites anteriores y sobre su actuación sin facultad legal. Con respecto a la segunda, nos referimos en los acápites a continuación.

En el parámetro 5.10 de la Resolución 042, se menciona, que la medición de los niveles de calidad de conversación con equipo de comprobación con colección automática de datos, será:

"Dentro de Las zonas de cobertura reportada por el prestador de servicio, la SUPERTEL establecerá las zonas sobre las cuales se realizará la medición"

El Reglamento General a la LOT (RGLOT) publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016, en su art. 59, numeral 16, dispuso que los prestadores del Servicio Móvil Avanzado deben comunicar la cobertura a sus clientes mediante mapas, que provienen de la propagación de cada radio base instalada. Es decir, los mapas corresponden al único mecanismo legal para cumplir con el artículo 24 numeral 27 de la LOT, para comunicar la cobertura a los clientes. Entonces, lo señalado en la Resolución 042 de que la medición de MOS sea "Dentro de la zona de cobertura reportada por el prestador del servicio", quedó sujeta a sea (SIC) dentro de la cobertura publicada en mapas por OTECEL. La elección de las zonas de medición, por parte de la ARCOTEL, para el año 2016, que no provino de los mapas de cobertura, ya que los mismos no estaban disponibles y en consecuencia carece de validez, por ser impertinente con el art. 59, numeral 16 del RGLOT.

Ahora, dado que se impone la obligación legal de publicar las zonas de cobertura mediante mapas, le correspondía a la ARCOTEL, establecer los lineamientos para publicar dichos mapas. Mientras ello no ocurra, quedó tácitamente suspendida la publicación de cobertura de OTECEL y, mal podía aplicar ARCOTEL la Resolución 042, en zonas que no provienen de los mapas de cobertura. Su aplicación, requiere el cumplimiento previo de lo que dispuso el RGLOT. Una razón más para considerar que el presente Acto de apertura, carece de base legal.

ARCOTEL, mediante Oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0285-OF, de fecha 5 de mayo del 2016, establece los lineamientos para la publicación de mapas de cobertura señalando:

"5. Los mapas de cobertura serán generados a partir de proyecciones (simulaciones) de cobertura en cada radiobase del prestador, empleando para ello, esquemas de semaforización (mapas de calor en verde, azul y rojo) con una opacidad que permita visualizar las diferentes capas (cobertura, calles, división política, etc.).

6.- Los esquemas semaforizados para todas las tecnologías se establecen de acuerdo a la siguiente tabla:

COLOR	NIVELES DE SEÑAL (Rx) Level/RSCP/RSRP	LEYENDA EN PAGINA WEB
Verde	Cobertura con niveles ≥ -85 dBm	Nivel de Señal Alto
Azul	-95 dBm \leq Cobertura con niveles < -85 dBm	Nivel de Señal Medio
Rojo	-105 dBm \leq Cobertura con niveles < -95 dBm	Nivel de Señal Bajo"

El plazo para cumplir con la obligación legal de publicar los mapas de cobertura lo estableció ARCOTEL, mediante Oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0429-OF, del 5 de julio del 2016, que señala:

"Se otorga el plazo de 180 días calendario a partir de la presente comunicación, para que los prestadores del SMA publiquen en su página web los mapas de cobertura del servicio, con los lineamientos establecidos en el oficio ARCOTEL-DE-2016-0285-OF y en esta comunicación (...)"

OTECEL, cumpliendo el plazo otorgado por ARCOTEL, publica los mapas de cobertura el 6 de enero del 2017. En consecuencia, a partir de dicha fecha, recién ARCOTEL está en

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



capacidad de señalar a OTECEL, en que zonas de cobertura, debe realizar la medición de MOS. No cabe, por lo tanto, atribuir un incumplimiento a OTECEL por falta de medición cuando, primero se debía publicar los mapas de cobertura en cumplimiento del RGLOT. En otras palabras, fue la propia ARCOTEL la que incumplió sus obligaciones por omisión, de contar primero con los mapas de cobertura, por lo que no puede perjudicar a OTECEL de conformidad con el art. 96 del ERJAFE.
(...)”

ANÁLISIS:

Al respecto de los argumentos presentados por OTECEL S.A., el artículo 2, de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014, resuelve:

“ARTÍCULO 2.- Aprobar los parámetros 5.1 (1.1); 5.2 (1.2); 5.3 (1.3); 5.4 (1.4); 5.5 (1.5); 5.6 (1.6); 5.7 (1.7); 5.8 (1.8); 5.9 (1.9); 5.10 (1.10); 5.11 (1.11); y 5.12 (1.12) y sus especificaciones constantes en el Anexo del INFORME AMPLIATORIO RELACIONADO CON LA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PARÁMETROS DE CALIDAD DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO, enviado con oficio No. SNT-2014-0037 de 08 de enero de 2014; y disponer que los operadores del Servicio Móvil Avanzado apliquen los parámetros de calidad que se establecen por medio de la presente Resolución para dicho servicio, conforme las definiciones, valores objetivos y demás especificaciones constantes en el Anexo de la presente Resolución, y que forma parte integrante de la misma.” (El resaltado y subrayado fuera del texto original).

Por su parte, el numeral 16 del Artículo 59 del “CAPÍTULO IV DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS”, del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala:

“Art 59.- Consideraciones generales de las obligaciones de los prestadores de servicios.-
(...)”

16. “La obligación contenida en el artículo 24 número 27 de la LOT será cumplida por los prestadores de servicios de telecomunicaciones, incluidos los de radiodifusión por suscripción, respecto a las características de los servicios de telecomunicaciones, sus tarifas y promociones, ya sean contratados o que pudieran contratarse; incluyendo el caso de empaquetamiento o la prestación de servicios convergentes; y, para el caso de servicio móvil avanzado, publicando en el sitio web de los prestadores, los mapas de cobertura del servicio.” (El resaltado y subrayado fuera del texto original).

Y el referido artículo 24, numeral 27 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta:

“27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. La información también se proveerá en el idioma de relación intercultural predominante del abonado, cliente o usuario, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.” (El resaltado y subrayado fuera del texto original).

En ese sentido, es claro que la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 está orientada de manera específica al establecimiento de los parámetros de calidad del Servicio Móvil Avanzado definiendo los respectivos valores objetivos y las correspondientes metodologías de medición para su evaluación.

Mientras que, por su parte, el artículo 59 numeral 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se relaciona a la información que las operadoras del

Servicio Móvil Avanzado tienen como obligación proporcionar a sus abonados, clientes o usuarios, bajo las regulaciones que emita la ARCOTEL.

Los oficios ARCOTEL-DE-2016-0285-OF de 5 de mayo de 2016 y ARCOTEL-DE-2016-0429-OF de 5 de julio de 2016, mediante los cuales la ARCOTEL emitió los "LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE MAPAS DE COBERTURA", tal como se enuncia en sus textos, tienen su origen y fundamento en el numeral 27 del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el numeral 16 del artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; sin mencionar siquiera o relacionarse en ningún sentido con la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.

Es así que en el oficio ARCOTEL-DE-2016-0429-OF de 5 de julio de 2016, la Dirección Ejecutiva de esta Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones manifiesta que el cumplimiento de los parámetros de calidad (referentes a cobertura) es independiente a la publicación de los mapas de cobertura, al indicar que:

"(...) Adicionalmente, en función a las observaciones realizadas con respecto al cumplimiento del parámetro de calidad del SMA referente a la cobertura, se debe señalar que éste se sujetará a lo establecido en el Ordenamiento Jurídico Vigente, en función de la evaluación que se realice para tal efecto, en las zonas de medición que se notifiquen a las prestadoras del SMA en el tercer trimestre del año n-1 para su aplicación en el año n. (...)" (El resaltado y subrayado fuera del texto original).

Por tanto, lo que establece el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y las regulaciones emitidas bajo ese contexto (oficios ARCOTEL-DE-2016-0285-OF y ARCOTEL-DE-2016-0429-OF), no se contraponen con lo que determina la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.

El mismo criterio es manifestado por la Coordinación Técnica de Control, que en su memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-1077-M de 19 de septiembre de 2018, indica:

"2. CRITERIO CCON CON RESPECTO A MAPAS DE COBERTURA

Los Parámetros de Calidad del SMA establecidos mediante Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014, definen en la ficha metodológica para todos los parámetros (particularmente para MOS y COBERTURA):

- Metodología de Medición
- Tamaño de la muestra
- Área de aplicación
- Frecuencia de Medición
- Variables del parámetro

Lo anterior, corresponde a los lineamientos técnicos que requiere el operador, para conocer la metodología de medición de los Parámetros de Calidad del SMA, y que corresponden al único instrumento vigente a la fecha de las mediciones (2015-2016-2017), sobre el cual puede pronunciarse la ARCOTEL. Los lineamientos generales para la publicación de Mapas de Cobertura no afectan lo establecido en la normativa de referencia." (El resaltado no es parte del texto original).

3.2.5. PARTE 5

Entre las páginas 16 y 17 del documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...)

2.5.5. OTECEL si realizó las mediciones, y cumple con la subsanación, de conformidad con la LOT.-

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal
Telf.: (593-02) 2 272 180
www.arcotel.gob.ec
Quito – Ecuador



A pesar de que legal y contractualmente no procedía realizar las mediciones de MOS, hasta que existan los mapas de cobertura, OTECEL a sabiendas de la incertidumbre jurídica, a la que se ha visto avocada, con la Resolución 042 si realizó las mediciones, aunque ellas, en estricto, no provenían de la publicación de los mapas de cobertura y no cumplen con el RGLOT. El resultado de las mediciones se resume en el siguiente cuadro:

#	ZONAS DE MEDICIÓN			MEDICIONES ARCOTEL		OTECEL	
	Ciudad	Zón a "	Tecnologí a "	Fecha de medición	MO S	Fecha Medicion	MO S
1	Latacunga	1	GSM	24/05 - 03/06/2016	3,01	16/9/2016	3,31
2	Riobamba	3	GSM	5/10/2016	3,1	14/10/2016	3,6
3	Latacunga	3	GSM	13/10/2016	3,2	8/12/2016	3,37
4	Guayaquil	8	WCDMA	19/9/2016	3,17	26/8/2016	3,48
5	Guayaquil	14	WCDMA	24/10/2016	3,2	2/9/2016	3,54
6	Guayaquil	1	WCDMA	12/7/2016	3,17	10/8/2016	3,49
7	Guayaquil	2	WCDMA	12/7/2016	3,09	27/9/2016	3,49
8	Guayaquil	3	WCDMA	12/7/2016	3,14	30/8/2016	3,51

En el CD adjunto se remiten los logfiles de las mediciones realizadas, así como también un informe donde se puede revisar la cantidad de llamadas realizadas y las rutas recorridas. Es decir, entregando todos los soportes técnicos para verificar los resultados. Entonces, el supuesto incumplimiento de la obligación de medir, está subsanado (en caso que ARCOTEL decida desconocer la vigencia del Artículo 59 del RGLOT). Además, en todos los casos se cumple con el parámetro de calidad MOS; aunque lo pactado en el CC es un indicador único de red y no por zona como lo hace ARCOTEL.
(...)"

ANÁLISIS:

La compañía OTECEL S.A., señala haber ejecutado mediciones de MOS en las ocho (8) zonas que han presentado resultados por debajo del valor establecido para el indicador "CALIDAD DE CONVERSACIÓN-MOS", establecido con Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014, según el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 (exceptúan las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato, mismas que no se encuentran consideradas en las notificaciones realizadas por la ARCOTEL, mediante oficios ARCOTEL-DE-2015-0708-OF de 30 septiembre del 2015 y ARCOTEL-CTC-2016-0608-OF del 9 de junio del 2016), cuyos resultados y respectivos soportes técnicos han sido presentados en el escrito de contestación con el fin de subsanar el incumplimiento señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 de 4 de julio de 2018, al respecto de lo cual se determina que lo señalado no debe ser considerado como medida de subsanación de conformidad con la LOT, puesto que no representa acciones ejecutadas con el fin corregir, enmendar, rectificar o superar la conducta o hecho determinado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054.

3.2.6. PARTE 6

Entre las páginas 17 y 18 del documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...)

2.6. Conclusiones.-

(...)

2.6.3 Las mediciones realizadas por la ARCOTEL, incluyen zonas de medición que no constan en las comunicaciones dirigidas a OTECEL y en consecuencia incumple la Resolución 042. Adicionalmente, la definición de las zonas de medición quedó tácitamente suspendida, a partir del 25 de enero del 2016, cuando entró en vigor el RGLOT, puesto que la información de cobertura a los clientes, sólo se cumple con la publicación de los mapas de cobertura. Sólo a partir de dichos mapas que la ARCOTEL puede establecer las zonas de medición. Mal podía ARCOTEL definir zonas y OTECEL medir, si el plazo fijado para la publicación de los mapas se cumplió el 6 de enero del 2017. Es decir, hubo una suspensión tácita de orden legal y exógena a OTECEL.

2.6.4 La ARCOTEL, unilateralmente desconoció la subsanación contractual pactada en la cláusula 53 del CC, sin comunicar sus mediciones (en el evento que fuesen validas) cuando el desvío (SIC) de la medición es inferior al 10% del valor objetivo (valor objetivo que tampoco obedece a un MOS único conforme con el CC). Es decir, ARCOTEL incumplió el CC y suprimió unilateralmente el derecho de la subsanación, siendo inconstitucional el Acto de apertura, por falta de aplicación de la norma más favorable. Además, la falta de cumplimiento del procedimiento, constituye un requisito de validez de los actos administrativos de conformidad con el artículo 99, numeral 4 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 129, numeral 1, literal e del ERJAFE.

2.6.5. Las Resoluciones 042 y la 458 no pueden alterar el régimen aplicable de la información de cumplimiento. En consecuencia, se debió determinar un valor único de MOS, conforme a lo pactado contractualmente, para verificar si se cumple o no con la calidad definida en el CC o sus modificaciones. En caso de contradicción, se debe aplicar la norma superior por mandato del art. 425 de la Constitución de la República.

2.6.6. La disposición transitoria primera de la LOT no ampara a la Resolución 042. Dicha disposición transitoria garantiza la vigencia del CC en todas sus partes. El RPSMA continuó en vigencia con la entrada de la LOT. Además, la Resolución 042 es una norma anterior y no emitida por ARCOTEL.

2.6.7. ARCOTEL incumplió lo dispuesto en los artículos 195 y 256 del Código Orgánico Administrativo, al no remitir los logfiles correspondientes a las 81 mediciones realizadas y, no existe constancia ni prueba alguna de sus resultados. Ninguno de los informes contiene la cantidad de llamadas realizadas o la cantidad de muestras obtenidas para determinar el cumplimiento del MOS; por lo que no es posible evaluar si la cantidad de muestras es suficiente para determinar la validez de la medición. Las rutas recorridas constan en gráficos que son de muy baja resolución, totalmente ilegibles, por lo que no sirven para revisar el detalle de las rutas recorridas; sin embargo, se puede apreciar que las rutas incluyen zonas despobladas y vías de acceso, sitios que no deben ser incluidos para realizar la medición, además de que no son compatibles con los mapas de cobertura. En cualquier caso, de existir dichas mediciones carecerían de valor probatorias por haber sido obtenidas contraviniendo las normas jurídicas y en especial el artículo 76 de la Constitución.

2.6.8 OTECEL dispone de las mediciones realizadas, en las zonas consideradas por la ARCOTEL, a pesar de que no provienen de los mapas de cobertura y por consiguiente se apartan del único mecanismo para informar los mapas de cobertura de acuerdo con el artículo 59 del RGLOT. La supuesta falta de medición está subsanada con la entrega de las mediciones, aunque OTECEL S.A. reitera que tales mediciones no guardan conformidad con lo dispuesto en el art. 59, numeral 16 del RGLOT.
(...)"

ANÁLISIS:

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal
Telf.: (593-02) 2 272 180
www.arcotel.gob.ec
Quito – Ecuador



Al respecto de los aspectos señalados en el apartado denominado "2.6. Conclusiones.-", de su escrito de contestación, es necesario señalar que los mismos ya han sido analizados en los numerales 3.1.1 al 3.1.5 del presente informe, a excepción de lo señalado en el literal 2.6.4, en el cual señala que:

"(...)

2.6.4 La ARCOTEL, unilateralmente desconoció la subsanación contractual pactada en la cláusula 53 del CC, sin comunicar sus mediciones (en el evento que fuesen validas) cuando el desvío (SIC) de la medición es inferior al 10% del valor objetivo (valor objetivo que tampoco obedece a un MOS único conforme con el CC). Es decir, ARCOTEL incumplió el CC y suprimió unilateralmente el derecho de la subsanación, siendo inconstitucional el Acto de apertura, por falta de aplicación de la norma más favorable. Además, la falta de cumplimiento del procedimiento, constituye un requisito de validez de los actos administrativos de conformidad con el artículo 99, numeral 4 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 129, numeral 1, literal e del ERJAFE.

(...)"

Al respecto, es necesario señalar que el Acto de Apertura en cuestión está relacionado con el incumplimiento de obligaciones expresamente establecidas en el artículo 24, números 2, 3 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como de las obligaciones relativas al cumplimiento de los índices de calidad en la prestación del servicio estipuladas en su contrato de concesión, siendo estas las establecidas en las Resoluciones emitidas por el Ex CONATEL, TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio del 2014, específicamente en el parámetro codificado 5.10 (1.10), denominado "CALIDAD DE CONVERSACIÓN-MOS" para el año 2016, en las cuales no se contempla la subsanación como medida a ejecutar por el prestador una vez presentado un incumplimiento.

3.3. AUDIENCIA DE ALEGATOS LLEVADA A CABO EL DÍA MIÉRCOLES 8 DE AGOSTO DE 2018.-

En la Audiencia de Alegatos llevada a cabo el miércoles 8 de agosto de 2018 a las 14H00, los representantes de la compañía OTECEL S.A. presentaron de forma verbal sus alegatos (presentación que se entrega en medio digital y forma parte del expediente), exponiendo los puntos indicados en el escrito presentado como contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 de 4 de julio de 2018, ingresado a la ARCOTEL con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, los que ya han sido analizados en el numeral 3.2 del presente informe.

3.4. ANÁLISIS DE PRUEBAS.-

Dentro del escrito de contestación presentado por la compañía OTECEL S.A., representada por HERNÁN ORDÓÑEZ CASTRO, en calidad de apoderado especial, mediante Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018, en el apartado "3. Pruebas:", solicita entre otros aspectos:

"(...)

3. Pruebas:

Adjunto y solicito que se tenga como prueba a favor de OTECEL S.A. la siguiente información:

3.1. El Contrato de Concesión celebrado entre OTECEL S.A. y el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 20 de noviembre de 2008, en lo que tiene relación a las cláusulas y anexos citados en el presente escrito y, que reposa en los archivos de la ARCOTEL.

3.2. El oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0285-OF, de fecha 5 de mayo del 2016, que contiene los lineamientos generales para la publicación de mapas de cobertura del SMA, y el Oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0429-OF, del 5 de julio del 2016, que establece el plazo para la publicación de los mapas de cobertura y que constan en los archivos de la ARCOTEL.

3.3. El oficio ARCOTEL-DE-2015-0708 de 30 de septiembre del 2015, mediante el cual se remitieron las zonas de medición, entre las (SIC) no constan las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.

3.4. Copia del correo electrónico del 13 de mayo del 2016, mediante el cual se remitieron las zonas de medición definitivas

3.5. El Oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608 de 23 de junio del 2016, mediante el cual se remitieron oficialmente las zonas de medición del 2016.

3.6 Informe en el que constan los resultados obtenidos de las mediciones realizadas por OTECEL en las 8 zonas de medición para la CALIDAD DE CONVERSACIÓN, correspondiente al procesamiento de los logfiles de medición.

3.7. Se adjunta un CD que contiene:

- a) En el Anexo 1 un archivo en formato zip, que contiene la información remitida conjuntamente con el oficio ARCOTEL-DE-2015-0708 de 30 de septiembre del 2015, en el que se detallan las zonas de medición originales para el 2016, y se verifica que, no se incluyen las zonas 1, 2 Y 6 de la ciudad de Ambato.
 - b) En el Anexo 2 el archivo "Cronograma 2016 (cobertura y MOS) respuesta.xlsx" que ARCOTEL remitió adjunto al Correo electrónico del 13 de mayo del 2016, en el que se detallan las zonas de medición definitivas y se verifica que no se incluyen las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato.
 - c) En el Anexo 3 el archivo remitido conjuntamente con el oficio ARCOTEL-CTC-2016-0608 de 23 de junio de 2016, en el que se detallan las zonas de medición definitivas, y se verifica que no se incluyen las zonas 1,2 Y 6 de la ciudad de Ambato.
 - d) En el Anexo 4 los logfiles que soportan las mediciones realizadas por OTECEL S.A, cuyo Informe Técnico se remite en forma impresa.
- (...)"

ANÁLISIS:

Al respecto de la solicitud de consideración de las pruebas señaladas en los párrafos transcritos textualmente (literales 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 y 3.6), ya han sido analizados en relación al hecho técnico, en el numeral 3.2 del presente informe.

Respecto a la información contenida en el CD señalado en el literal 3.7, párrafos a), b) y c), de la solicitada consideración de pruebas, ha sido analizada en relación al hecho técnico en el numeral "3.2.2 PARTE 2", del presente informe, en relación a los "logfiles que soportan las mediciones realizadas por OTECEL S.A, cuyo Informe Técnico se remite en forma impresa.", señalados en el literal 3.7, párrafo d), es necesario remitirse a lo manifestado en el apartado "3.2.4. PARTE 5", del presente informe.

4. CONCLUSIONES.-

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



OTECEL S.A., en la contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054, no presenta argumentos técnicos relacionados con el hecho determinado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054, que corresponde a que "la compañía OTECEL S.A., durante el año 2016, registra un Índice de Incumplimiento de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS) (...)", el cual se ha determinado a partir del "LINEAMIENTO 3" de los "LINEAMIENTOS PARA LA EVALUACIÓN Y PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE CONTROL DE LOS PARÁMETROS MÍNIMOS DE CALIDAD DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA)", establecidos en los memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M.

Adicionalmente es necesario manifestar que del análisis efectuado a los alegatos presentados por OTECEL S.A. se desprende:

- Conforme lo analizado en el apartado 3.2.2. PARTE 2, del presente informe, se ha verificado la falta de notificación de las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato, cuyas mediciones en tecnología 2G han sido ejecutadas los días 2 y 3 de mayo de 2016, 3 y 6 de mayo de 2016; y, 11 y 12 de mayo de 2016, respectivamente, en contraste de lo señalado en la parte pertinente de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014: "(...) los prestadores serán notificados en el tercer trimestre del año n-1 por parte de la SUPERTEL de las zonas a ser evaluadas en el año n (...)".
- Conforme lo analizado en el apartado 3.2.3. PARTE 3, del presente informe, los informes técnicos de control efectuados por las Coordinaciones Zonales (los cuales presentaron resultados por debajo del valor establecido para el indicador), que sirvieron como insumo para la elaboración del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, no cuentan con la información necesaria para sustentar el cálculo realizado para obtener el valor del indicador en cuestión, conforme lo señalado en la "METODOLOGÍA DE MEDICIÓN" establecida en el parámetro codificado 5.10 (1.10), de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.

5. RECOMENDACIONES.-

Se recomienda que se considere el análisis y la conclusión constantes en el presente informe y se acojan los mismos en la Resolución respectiva".

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS POR LA COMPAÑÍA OTECEL S.A. DENTRO DEL PROCEDIMIENTO:

El área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a través de Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2018-050 de 04 de septiembre de 2018, realiza el siguiente análisis:

"(...)

A. REQUISITOS DEL ACTO DE APERTURA:

El Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054, contiene todos los elementos que exige el artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como son: (i) Los hechos que presuntamente constituyen la infracción, (ii) La tipificación de la presunta infracción así como la las disposiciones presuntamente vulneradas; (iii) La posible sanción que procedería en caso de comprobarse su existencia; así como (iv) El término para que el presunto infractor formule sus descargos.

B. COMPARECENCIA DEL PRESUNTO INFRACTOR:

La comparecencia al procedimiento administrativo sancionador por parte de la compañía OTECEL S.A., consta en las siguientes actuaciones procedimentales:

1. La contestación al Acto de Apertura realizada mediante escrito presentado el 26 de julio de 2018 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E) suscrito por el Ing. Hernán Ordóñez Castro en su calidad de apoderado especial de la compañía OTECEL S.A., para asuntos regulatorios, actuación que se considera debidamente legitimada de conformidad con el Oficio VPR-16840-2018 de 19 de febrero de 2018; mediante la cual, hizo llegar a la ARCOTEL el Poder Especial a favor del compareciente. En el citado escrito de contestación al Acto de Apertura, la compañía OTECEL S.A. presenta descargos, alegatos y pruebas los que solicita sean considerados como prueba a su favor.
2. La audiencia solicitada por la compañía OTECEL S.A., llevada a cabo el día miércoles 08 de agosto de 2018, a las 14h00, en la cual intervinieron en representación de la compañía OTECEL S.A., debidamente autorizados los señores: Ing. Hernán Ordóñez y Dr. Juan Francisco Palacios, quienes presentaron sus alegatos y descargos de forma oral, y cuyo contenido fue entregado también en formato digital, el cual ha sido impreso y adjuntado al expediente.

C. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA COMPAÑÍA OTECEL S.A

ARGUMENTOS PRESENTADOS POR OTECEL S.A. EN SU CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA:

El Apoderado Especial de la compañía OTECEL S.A., en el escrito de contestación al acto de apertura (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018) dentro de los argumentos jurídicos, manifiesta en lo principal, que:

1. **Quien debe realizar las mediciones de los parámetros de calidad es OTECEL y no le corresponde a la ARCOTEL.-**

La compañía señala que las Cláusulas 12 y 33 del contrato de concesión estipulan entre las obligaciones generales de la Sociedad Concesionaria y del Concedente, que: "12.6 Establecer y mantener un Sistema de Medición y Control de la Calidad del Servicio, cuyos registros de mediciones deberán ser confiables y de fácil verificación. A estos sistemas y registros tendrá acceso la SUPTEL, cuando ésta lo requiera, en ejercicio de su actividad de control.- 12.7 La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo 5 y sus modificaciones, de conformidad con la Legislación Aplicable, serán puestos a disposición de la SUPTEL para su monitoreo y revisión mediante un sistema automatizado de acceso a través de la Internet, con la respectiva clave de acceso que identifique a quienes accedan;"- "33.2 (...) La Sociedad Concesionaria tendrá la obligación de efectuar la medición de los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo 5 y las resoluciones que, en lo posterior, sobre parámetros de calidad de servicio, dicte el CONATEL. Las mediciones realizadas por la Sociedad Concesionaria serán puestas, a disposición de la SUPTEL para su monitoreo y revisión mediante un sistema automatizado a través de la Internet con clave de acceso que identifique a quienes accedan".

ANÁLISIS:

OTECCEL sostiene que las cláusulas antes citadas derivan de la aplicación del Reglamento para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado (RPSMA) (R.O. 687 de 21 de octubre del 2002) que estuvo vigente a la fecha de celebración del CC y que por tanto se entiende incorporado al Contrato por mandato del art. 7, regla 18 del Código Civil y que no se afecta por la ordenamiento jurídico ulterior.

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito -- Ecuador



Al respecto, se aclara que efectivamente el Anexo 5 el contrato de concesión suscrito a favor de la compañía OTECEL, vigente desde el 30 de noviembre del 2008, establece los Parámetros de Calidad iniciales dentro de los cuáles, se encuentra el No. 5.10 referente a Calidad de Conversación-MOS; y, de conformidad con la Cláusula 33.2 del mismo CC, entre las obligaciones de la Sociedad Concesionaria estipuladas en la cláusula 12.7, está la obligación de **efectuar la medición los Parámetros Mínimos de Calidad que constan en el Anexo 5 y sus modificaciones así como las resoluciones que en lo posterior sobre parámetros de calidad de servicio, dicte el CONATEL.** Adicionalmente, la Cláusula 40.2 del CC estipula que los Parámetros de Calidad del servicio constan en el Anexo 5 del presente Contrato **y posteriormente serán establecidos anualmente por el CONATEL, teniendo en cuenta el punto de vista de la Sociedad Concesionaria.**

Con base en esta estipulación contractual, el ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones emitió el 10 de enero de 2014, la **RESOLUCIÓN-TEL-042-01-CONATEL-2014**, mediante la cual resolvió "Aprobar los parámetros 5.1 (1.1); 5.2 (1.2); 5.3 (1.3); 5.4 (1.4); 5.5 (1.5); 5.6 (1.6); 5.7 (1.7); 5.8 (1.8); 5.9 (1.9); **5.10 (1.10)**; 5.11 (1.11); y 5.12 (1.12) y sus especificaciones constantes en el **INFORME AMPLIATORIO RELACIONADO CON LA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PARÁMETROS DE CALIDAD DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (...)**; **y disponer que los operadores del Servicio Móvil Avanzado apliquen los parámetros de calidad que se establecen por medio de la presente Resolución para dicho servicio, conforme las definiciones, valores objetivos y demás especificaciones constantes en el Anexo de la presente Resolución, y que forma parte integrante de la misma**".

Posteriormente, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones emitió el 27 de junio de 2014, emitió la **RESOLUCIÓN-TEL-458-16-CONATEL-2014**, mediante la cual resolvió: (...) "ARTÍCULO 6.- Modificar las especificaciones del parámetro codificado 5.10 (1.10) denominado CALIDAD DE CONVERSACIÓN, de la siguiente forma:

6.1 En las especificaciones del Valor objetivo, modificar la Nota, por la siguiente: **"Valor objetivo semestral, por zona de medición y por tecnología"**.

6.2 Modificar la descripción constante en la sección Reportes, con el siguiente texto:

"El reporte de información, en el caso de mediciones realizadas por el operador, deberá ser remitido de conformidad con los formatos que establezcan para tal fin la Superintendencia de Telecomunicaciones, conjuntamente con la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones".

6.3 **Eliminar del texto de la sección Observaciones, la frase "El prestador del servicio podrá realizar mediciones comparativas del presente parámetro de calidad"**.

El Anexo de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, relativo al parámetro CALIDAD DE CONVERSACIÓN, establece, entre otros aspectos, que:

"(...) OBSERVACIONES

Las zonas de medición serán establecidas por la SUPERTEL, de manera anual. (...)

La SUPERTEL podrá realizar las mediciones y los procesamientos de muestras que considere necesarios para la verificación del parámetro, observando la metodología de medición definida en este parámetro.
(...)

El parámetro de calidad y el valor objetivo, así como las demás especificaciones establecidas son de obligatorio cumplimiento de parte del prestador del SMA, independientemente de que el servicio se sustente en acuerdos o contratos suscritos con terceros, conforme la legislación aplicable"

Del texto transcrito, se desprende que la RESOLUCIÓN TEL-042-01-CONATEL-2014, conforme lo reconoce expresamente la misma operadora en la pág. 6 de su escrito de contestación al Acto de Apertura, dejó sin efecto el Anexo 5 del Contrato de Concesión y se lo reemplazó por dicha Resolución, prevé que **la SUPERTEL podrá realizar las mediciones y los procesamientos de muestras que considere necesarios para la verificación del parámetro**; y, considerando que de conformidad con la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la ARCOTEL ejerce las funciones de control atribuidas a la Superintendencia de Telecomunicaciones, ésta constituye base legal suficiente que sustenta las mediciones de los parámetros de calidad efectuados por la ARCOTEL, contrariamente al argumento de la operadora OTECEL S.A.

2. *Los nuevos índices de calidad establecidos por el Ex CONATEL.-*

La compañía OTECEL afirma que la única base legal por la cual el ex CONATEL modificó los índices de calidad, consiste en el artículo 25 del reglamento del Servicio Móvil Avanzado (RSMA), que se refiere a los parámetros técnicos y metas de calidad de la prestación del servicio deberán estar relacionados al menos a: Calidad de servicio, atención al usuario, emisión de facturas de cobro; y, plazos máximos para reparación e interrupción del servicio, haciendo énfasis en que esta disposición establece que: "La información de cumplimiento de estas obligaciones deberá ser entregada conforme se haya acordado en el título habilitante del SMA a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y a la Superintendencia de Telecomunicaciones. Los parámetros y metas de calidad del servicio iniciales constarán en el título habilitante y serán establecidas anualmente por el CONATEL teniendo en cuenta el punto de vista del prestador del SMA".

ANÁLISIS:

Si bien es verdad que uno de los considerandos de la Resolución 042, es el Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, expedido mediante Resolución No. 498-25-CONATEL-2012 de 19 de septiembre de 2002, el cual efectivamente en su art. 21 disponía que constituye obligación de los prestadores del SMA, prestar el servicio en forma continua y eficiente de acuerdo con este reglamento y con los parámetros y metas de calidad del servicio establecidos en el título habilitante, y establecer un sistema de medición y control de la calidad del servicio; y en su art. 25 se establecen los parámetros técnicos y metas de calidad de la prestación del servicio, y habla que la información de cumplimiento de estas obligaciones deberá ser entregada a la ex SENATEL y ex SUPERTEL, relacionando además los "parámetros de calidad" del servicio descritos en la cláusula 41 del contrato de concesión con la definición de "parámetros mínimos de calidad" constante en la definición del Anexo 1 del contrato de concesión, que establece que estos últimos son aquellos "valores" que fijan las condiciones mínimas de calidad, para la prestación de los servicios concesionados y que constan en el Anexo 5.

No obstante, se debe aclarar que entre los considerandos que se citan como fundamento jurídico para la emisión de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, se encuentran los artículos 52, 313, 314, y 315 de la Constitución de la República, que en su orden, consagra el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad; que las telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico se consideran un sector estratégico, respecto de los cuales, el Estado se ha reservado las potestades de administración, regulación, control y gestión; que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones y que su provisión respondan a los principios de calidad, entre otros. Adicionalmente, que de acuerdo al art. 38 de la Ley Especial de Telecomunicaciones vigente a esa época, es obligación de los operadores prestar los servicios de telecomunicaciones con eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y que el art. 88, letra c) del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, establecía como competencia del CONATEL, dictar las medidas necesarias para que los servicios de telecomunicaciones se presten con niveles apropiados de calidad y eficiencia.

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



Adicionalmente, entre la fundamentación para la expedición de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, se describe la contratación de una Consultoría para la Revisión y Evaluación de la Aplicación y Cumplimiento de los Parámetros de Calidad Aplicables a los Prestadores del Servicio Móvil Avanzado, así como el procedimiento seguido para la socialización con las operadoras de SMA, sesiones de trabajo para la presentación y entrega de la propuesta, recepción de observaciones de parte de las operadoras, el criterio legal correspondiente, la emisión del Informe Técnico-Jurídico elaborado por la ex SENATEL y ex SUPERTEL, la realización de un taller, así como la elaboración de un INFORME AMPLIATORIO RELACIONADO CON LA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PARÁMETROS DE CALIDAD DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO, remitido a consideración y aprobación del CONATEL.

Por lo expuesto, y de acuerdo al análisis expuesto en el ordinal 1 anterior, queda demostrada la legalidad en la expedición de la RESOLUCIÓN-TEL-042-01-CONATEL-2014 y RESOLUCIÓN-TEL-458-16-CONATEL-2014.

3. **Las Resoluciones 042 y 458 contravienen el régimen del Contrato y en especial lo establecido en el RPSMA y la misma LOT.-**

La operadora OTECEL argumenta que: "(...) En la práctica, con la aplicación de las reglas establecidas en las Resoluciones 042 y 458, las mediciones del parámetro 5.10, las realizó el organismo de control y no el concesionario, contraviniendo la norma jurídica de rango superior (RPSMA) y el CC pactado en legal y debida forma. Un acto administrativo como Resoluciones 042 y 458 no pueden modificar una norma jerárquicamente superior, por expresa aplicación del principio de "restricción de contenido" establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE): "Art. 67.- RESTRICCIÓN DE CONTENIDO.- Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquellas tengan grado igual o superior a éstas."

ANÁLISIS:

Al respecto se considera que las Resoluciones 042 y 458, no son resoluciones de carácter particular, puesto que no se encuentran dirigidas a una persona natural o jurídica en particular, sino constituyen **regulaciones** relacionadas con la revisión y actualización de parámetros de calidad del Servicio Móvil Avanzado en general, conforme el Anexo 1 del contrato de concesión, que define a la(s) regulación (es) como: "Son todas las normas técnicas, disposiciones y demás resoluciones de carácter general que el CONATEL expide en uso de sus atribuciones, en relación con la prestación de los Servicios de Telecomunicaciones", en consecuencia resulta inaplicable la cita que realiza la operadora del artículo 67 del ERJAFE, puesto éste se refiere exclusivamente a las resoluciones de carácter particular, que no es el caso.

Es necesario aclarar que "en la práctica" el presente procedimiento administrativo sancionador se origina en el Informe de Control Técnico IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, elaborado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones relacionado con la verificación del cumplimiento del parámetro **"CALIDAD DE CONVERSACIÓN-MOS" (CÓDIGO 5.10) para el año 2016**; año en el cual, el Reglamento del Servicio Móvil Avanzado expedido mediante **RESOLUCIÓN 498-25-CONATEL-2002**, publicado en el R.O. No. 687 del 21 de octubre de 2002, no se encontraba vigente en razón de que fue derogado expresamente por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante la **RESOLUCIÓN 06-03-ARCOTEL-2016 de 28 de marzo de 2016**.

4. **La disposición transitoria primera de la LOT garantiza la vigencia del CC en todos sus términos y además no es aplicable al presente caso;**

La compañía OTECEL menciona que: "(...) de la lectura del Acto de apertura se infiere que para ARCOTEL, de conformidad con la disposición transitoria primera de la LOT, en caso de divergencia entre el CC y las Resoluciones 042 y 458 prevalecen estas últimas. Aunque no explica su pertinencia, cita la primera disposición transitoria de la LOT".

La compañía OTECEL S.A. agrega que: "(...) 1) La disposición transitoria primera de la LOT señala que los operadores de telecomunicaciones deberán cumplir con todas las obligaciones y disposiciones contenidas en esta Ley, su Reglamento General, los planes, normas, actos y regulaciones que emita la ARCOTEL. Nótese que se utiliza el verbo en tiempo futuro, "que emita", a partir de la entrada en vigencia de la LOT, lo que guarda concordancia con el Art. 7 del Código Civil que garantiza la irretroactividad de las normas. Las Resoluciones 042 y 458 fueron emitidas antes de la LOT y por supuesto, no por ARCOTEL, por lo tanto, no les aplica la última parte de la mencionada disposición transitoria."

ANÁLISIS:

Al respecto se aclara que en el ordinal 4 dentro de los Fundamentos de Derecho del Acto de Apertura, consta claramente expresado que con la finalidad de determinar la presunta infracción y sanción, se debe considerar los siguientes fundamentos jurídicos: "4.2 Ley Orgánica de Telecomunicaciones.- **DISPOSICIONES TRANSITORIAS.- Primera.-** Los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones otorgados antes de la expedición de la presente Ley se mantendrán vigentes hasta el vencimiento del plazo de su duración sin necesidad de la obtención de un nuevo título. No obstante, las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán cumplir con todas las obligaciones y disposiciones contenidas en esta Ley, su Reglamento General, los planes, normas, actos y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. **En caso de contradicción o divergencia entre lo estipulado en los títulos habilitantes y las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento General, incluyendo los actos derivados de su aplicación, prevalecerán estas disposiciones"**.

Nótese que en la cita se encuentra resaltado en negrita el texto correspondiente al último párrafo, con lo que evidentemente se trató de significar que para efectos de la calificación jurídica y tipificación de la presunta infracción, tomando en cuenta que el hecho imputado se encuentra tipificado como infracción de carácter legal de Segunda Clase en el artículo 118, letra b) número 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, éste además se encuentra previsto como un incumplimiento de carácter contractual de primera clase estipulado en la Cláusula Cincuenta y Dos, número 52.1, letra c) del Contrato de Concesión; en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LOT, al existir una contradicción o divergencia entre lo estipulado en el título habilitante y las disposiciones de la LOT, incluyendo los actos derivados de su aplicación, prevalecen las disposiciones de la Ley, motivo por el cual, se calificó jurídicamente el hecho imputado como una infracción legal.

La compañía OTECEL agrega que: "(...) 2) La aplicación de la jerarquía normativa establecida en la Constitución de la República, impone que en caso de discrepancia entre el RPSMA y las Resoluciones 042 y 458, prime la norma jerárquicamente superior. Esta regla no sufrió modificación alguna con la entrada en vigencia de la LOT. El RPSMA no fue derogado por la entrada en vigencia de la LOT y continuó aplicándose".

Acerca de este comentario, se reitera que si bien el RPSMA se mantuvo vigente al 18 de febrero de 2015, fecha de publicación en el Registro Oficial de la LOT, éste fue expresamente derogado por la ARCOTEL, mediante la **RESOLUCIÓN 06-03-ARCOTEL-2016 de 28 de marzo de 2016.**

Adicionalmente, OTECEL S.A. indica que: "3) El artículo 118 de la LOT se refiere a que OTECEL debe cumplir con los valores objetivos de los parámetros de calidad que constan en los títulos habilitantes o los que emita ARCOTEL. No hace mención a que la LOT modifique el CC en

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal
Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



lo relacionado a la información de cumplimiento, que sirve para verificar precisamente el cumplimiento del valor objetivo. Es necesario considerar que las Resoluciones 042 y 458, no son ni un plan, ni una norma técnica y tampoco fueron emitidas por la ARCOTEL, por lo que en el presente juzgamiento no se cumplen con los supuestos señalados en el Artículo 118, letra b) numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT). Es decir, dicha infracción sólo se verificaría si ARCOTEL demostrase que OTECEL S.A. incumplió "los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes". (Lo subrayado y resaltado me pertenece)

Como ya se mencionó anteriormente, el Directorio de la ARCOTEL en ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de la Disposición Transitoria Quinta de la LOT, que dispone que la ARCOTEL adecuará formal y materialmente la normativa secundaria que haya emitido el CONATEL, y expedirá los reglamentos y demás regulaciones previstas en la Ley, emitió la **RESOLUCIÓN 06-03-ARCOTEL-2016 de 28 de marzo de 2016**, por la cual, derogó expresamente varias resoluciones y reglamentos de diferentes servicios de telecomunicaciones incluidos del SMA, entre las cuáles, no constan la RESOLUCIÓN-TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014, que contiene la REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PARÁMETROS DE CALIDAD DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO; y, la RESOLUCIÓN TEL-0458-16-CONATEL-2014, referente a la REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN-TEL-042-01-CONATEL-2014, cuyo efecto jurídico de conformidad con la propia Disposición Transitoria Quinta de la LOT, que establece que: "(...) en aquellos aspectos que no se opongan a la LOT y su Reglamento General, los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se mantendrán vigentes, mientras no sean expresamente derogados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones." dichas resoluciones se encontraban plenamente vigentes hasta el lunes 17 de septiembre de 2018, fecha en la cual se publicó en la Edición Especial No. 542 del Registro Oficial, la RESOLUCIÓN No. 03-03-ARCOTEL-2018, por la cual, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resolvió expedir la **NORMA DE CALIDAD PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO**, cuya DISPOSICIÓN DEROGATORIA Primera, dispone: "Deróguense las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, TEL-458-16-CONATEL-2014, ST-2014-0035 y ARCOTEL-2017-0015".

La compañía OTECEL S.A. indica que: "(...) las Resoluciones 042 y 458, no son ni un plan, ni una norma técnica y tampoco fueron emitidas por la ARCOTEL, por lo que en el presente juzgamiento no se cumplen con los supuestos señalados en el Artículo 118, letra b) numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT)". El artículo 118, letra b), número 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tipifica como infracción de Segunda Clase, "El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones".

Dicha disposición legal resulta aplicable tanto al incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes; así como aquellos contenidos en planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la ARCOTEL. Lógicamente las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014, no fueron emitidas por la ARCOTEL sino por el CONATEL, sin embargo, y conforme lo reconoce la propia operadora OTECEL S.A. en su contestación, mediante la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, se dejó sin efecto el Anexo 5 del Contrato y se lo reemplazó por dicha Resolución.

En virtud de lo expuesto, queda claro que la calificación jurídica efectuada por esta Coordinación Zonal 2 en el presente procedimiento administrativo sancionador, tipificada en el artículo 118, letra b), número 11 de la LOT, consiste en el incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en el Anexo del título habilitante, reemplazado por la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, revisada y actualizada con la Resolución-TEL-0458-167-CONATEL-2014. Por lo tanto, si se cumplen

con los supuestos señalados en el Artículo 118, letra b) numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

5. *Algunas precisiones respecto del Acto de apertura y el presente procedimiento sancionador:*

2.5.1. *Se debe aplicar la norma más favorable al imputado.-*

La compañía OTECEL argumenta que "El art. (sic) Art. 76 de la Constitución, señala una regla y principio cuando existe normas sancionadoras que contengan disposiciones contradictorias o que puedan generar dudas, al señalar: "[e]n todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora." Y añade que: En el Capítulo XII del CC, que se encuentra vigente, en concordancia con el parámetro 5.10 que corresponde a la calidad de conversación se señala: "**Cláusula 52 Incumplimientos contractuales.- 52.1 Incumplimientos de primera clase.-** Se considerarán como incumplimientos de primera clase las siguientes acciones u omisiones: Incumplimiento del parámetro de calidad, codificado como 5.10 en el Anexo 5 de este Contrato, en un desvío mayor al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, o cuando no se haya subsanado el incumplimiento del parámetro de calidad antes señalado, con un desvío menor o igual al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 53 de este Contrato" (...). (Destacado es nuestro)

ANÁLISIS:

En relación con este aspecto, la compañía OTECEL S.A. no toma en cuenta el TÍTULO XIII "RÉGIMEN SANCIONATORIO" de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual, comprende: **CAPÍTULO I Infracciones**; dentro del cual, se encuentra expresamente prescrito como infracción de Segunda Clase, en el artículo 118, letra b), número 11, "**El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes (...)**".

Adicionalmente, el **CAPÍTULO III Procedimiento Sancionador**, dentro de cuyas disposiciones consta el art 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que ordena: "**El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor.**"

Finalmente, la **DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA** de la LOT, que también cita la operadora, ordena que "**Los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones otorgados antes de la expedición de la presente Ley se mantendrán vigentes, hasta el vencimiento del plazo de su duración sin necesidad de la obtención de un nuevo título. No obstante, las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán cumplir con todas las obligaciones y disposiciones contenidas en esta Ley, su Reglamento General, los planes, normas actos y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. En caso de contradicción o divergencia entre lo estipulado en los títulos habilitantes y las disposiciones de la presente Ley, y su Reglamento General, incluyendo los actos derivados de su aplicación, prevalecerán estas disposiciones**".

De las disposiciones transcritas, se desprende con meridiana claridad que, el hecho de que la LOT exprese que se encuentran vigentes los contratos celebrados antes de su expedición, dentro de los cuales se estipula un procedimiento para la determinación de incumplimientos contractuales, incluido el procedimiento para su subsanación; de ninguna manera significa que éstos prevalezcan sobre las disposiciones de la Ley Orgánica

parámetros de calidad contenidos en el título habilitante (Reemplazado mediante las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014,) y no como un incumplimiento contractual, como pretende la operadora.

ARGUMENTOS PRESENTADOS POR OTECEL S.A. EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS REALIZADA EL 8 DE AGOSTO DE 2018.-

En la presentación PPT realizada por los representantes de la compañía OTECEL S.A, durante la Audiencia realizada, se presentaron los siguientes alegatos:

ASPECTOS LEGALES A CONSIDERAR:

1. El régimen de calidad del CC de OTECEL;
2. Modificación a la información de cumplimiento;
3. Quién debe hacer las mediciones de los parámetros;
4. No aplica la Primera Disposición Transitoria de la LOT;
5. Se violó el procedimiento y se vulneró un derecho de subsanar el incumplimiento;
6. Anexo 5 vs. Nuevo régimen de calidad;
7. El art. 129 del ERJAFE, letra e), establece que son nulos los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;
8. No se cumple con el tipo imputado (Falta de tipicidad);
9. Incoherencias Técnicas;
10. Cumplimiento del MOS.

Todos estos aspectos tienen relación con los ya presentados por OTECEL S.A. en su escrito de contestación al Acto de Apertura (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-013601-E de 26 de julio de 2018), los que han sido pormenorizadamente analizados por el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, cuyas conclusiones y recomendaciones constan en el **INFORME No. IT-CZO2-AA-2018-0039 de 27 de septiembre de 2018**, así como también por el área jurídica en los ordinales anteriormente expuestos, en cuyo análisis la actuación administrativa se ha enmarcado en el principio de "juridicidad", que va mucho más allá del constitucionalmente superado principio de **legalidad**, al someterse a los preceptos Constitucionales, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, jurisprudencia y doctrina aplicable y a la normativa inherente a la materia.

En este punto, es preciso recalcar que tanto el contenido íntegro del escrito de contestación al acto de apertura, la petición de audiencia para presentar en forma verbal sus argumentos, las pruebas presentadas y solicitadas por OTECEL S.A., relacionadas con el hecho atribuido en el Acto de Apertura; han sido oportunamente proveídas, atendidas, certificadas, y consideradas en el respectivo informe técnico que obra del expediente, así como debidamente consideradas tanto en los informes técnicos generados, así como en el presente informe jurídico, juntamente con los CDs adjuntados.

D. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LA EXISTENCIA DEL HECHO, LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESUNTO INFRACTOR:

Resulta de fundamental importancia establecer la verdad material del hecho infractor, que constituyó el génesis para el presente procedimiento administrativo sancionador, el cual se encuentra determinado en el Informe Técnico de Control del Servicio Móvil Avanzado, No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, y que tiene relación con la VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PARÁMETRO "CALIDAD DE CONVERSACIÓN (MOS), código 5.10"; sin embargo, en el Memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018, se reportó que: "Durante el año 2016, OTECEL S.A. registra un Índice de Incumplimiento (de conformidad con los "Lineamientos para la Evaluación y Procesamiento de Información sobre el ejercicio de control de los Parámetros Mínimos de calidad del Servicio Móvil Avanzado (SMA)", establecidos con memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M) de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS).- (...)".

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Telf.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



relativas al régimen sancionador; tanto más que, la LOT contiene una tipificación expresa aplicable plenamente al fundamento de hecho del presente procedimiento administrativo sancionador. Este criterio tiene sustento en la Constitución de la República que en su artículo 425, relativo al orden jerárquico de aplicación de las normas, que prevé expresamente que las Leyes Orgánicas prevalecen por sobre todos los demás actos y decisiones de los poderes públicos, como son los contratos administrativos de concesión, específicamente el título habilitante para la prestación del Servicio Móvil Avanzado de la operadora OTECEL S.A.

Adicional a los fundamentos jurídicos señalados, cabe citar la doctrina generada por juristas ecuatorianos como la Doctora Grace Ordóñez Vásquez, quien en su obra: "La Potestad Sancionadora de la Administración, la Presunción de Inocencia y el Derecho a la Prueba del Administrado", expresa que:

"En el ámbito de las telecomunicaciones, están también los contratos de concesión, en cuyos términos y condiciones, se han establecido una especie de infracciones contractuales de carácter técnico y administrativo, los denominados incumplimientos contractuales, que se someten a sanciones pecuniarias acordes con la realidad del sector, y un procedimiento para su aplicación más detallado con énfasis en el derecho a la prueba y a la impugnación.- En este sentido es oportuno recalcar que si bien existe bastante similitud con el derecho administrativo sancionador, es necesario ir estableciendo diferencias, como la tipificación de la llamada infracción contractual no define una conducta antijurídica, sino describe un incumplimiento contractual de fundamental importancia; existe un procedimiento previo a la determinación del incumplimiento, pero es exclusivo para el ámbito contractual, nace en él y se consume en él; declarado el incumplimiento, se aplica una sanción, que viene a ser una aflicción autoimpuesta o por lo menos impuesta con su expresa participación, autosometimiento y aceptación, en garantía de cumplimiento de términos y condiciones, cuya inobservancia causa afectaciones al objeto contractual. Por ende, no es parte del iuspuniendi del Estado, para cuyo ejercicio se ha previsto que la competencia, la tipificación de la infracción administrativa y el establecimiento de la sanción, gocen de reserva legal. En este sentido, ni es fuente, ni se debe confundir lo establecido en dichos contratos con el derecho administrativo sancionador, asomando ciertas similitudes, como la existencia de un procedimiento previo debido a que en la relación contractual el administrado está en una posición de subordinación con relación al concedente, quien conserva para sí ciertas potestades, en virtud de que dicho contrato no involucra intereses eminentemente particulares, no siendo un fin en sí mismo, sino un medio para realizar el interés general, de ahí existan las llamadas cláusulas exorbitantes." (Lo subrayado y resaltado me pertenece).

En definitiva, carece de sustento jurídico la pretensión de la operadora, en el sentido que la ARCOTEL debió calificar el hecho detectado como un incumplimiento contractual; contrariando lo dispuesto en la propia Constitución de la República, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la doctrina citada; tanto más que la base legal citada por la operadora que consiste en el Art. 76 número 5 de la Constitución, resulta inaplicable al presente caso, ya que la garantía del debido proceso se refiere a un caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes, o en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, toda vez que el contrato de concesión no es ni formal ni materialmente una ley o una norma sancionadora, por lo que no existen dudas por parte de la administración, tampoco existe el supuesto conflicto de dos leyes, ya que el contrato de concesión tampoco es una ley.

Por otra parte, las resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-458-16-CONATEL-2014, emitidas por el CONATEL, que constituyen la norma de control, conforme lo reconoce la propia operadora OTECEL S.A., dejaron sin efecto el Anexo 5 del Contrato de Concesión, el cual fue reemplazado por dichas Resoluciones; en consecuencia, resulta perfectamente aplicable la tipificación realizada con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al incumplimiento de los valores objetivos de los

de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014: "(...) los prestadores serán notificados en el tercer trimestre del año n-1 por parte de la SUPERTEL de las zonas a ser evaluadas en el año n (...)".

- Conforme lo analizado en el apartado 3.2.3. PARTE 3, del presente informe, los informes técnicos de control efectuados por las Coordinaciones Zonales (los cuales presentaron resultados por debajo del valor establecido para el indicador), que sirvieron como insumo para la elaboración del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, no cuentan con la información necesaria para sustentar el cálculo realizado para obtener el valor del indicador en cuestión, conforme lo señalado en la "METODOLOGÍA DE MEDICIÓN" establecida en el parámetro codificado 5.10 (1.10), de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014".

Sobre la base de las conclusiones del Informe Técnico citado, el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, opina que se ha evidenciado técnicamente una falta de coherencia entre las conclusiones del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 y el reporte del presunto incumplimiento contenido en el Memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018.

Adicionalmente, el área técnica en el INFORME TÉCNICO No. IT-CZO2-AA-2018-0039 de 27 de septiembre de 2018, determina que se ha verificado la falta de notificación a la operadora OTECEL por parte de la ARCOTEL de las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato, relacionadas con las mediciones en tecnología 2G, en contraste de lo dispuesto en la RESOLUCIÓN TEL-042-01-CONATEL-2014; y, que los informes técnicos de control efectuados por las Coordinaciones Zonales que presentaron resultados por debajo del valor establecido para el indicador, y que sirvieron como insumo para la elaboración del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, no cuentan con la información necesaria para sustentar el cálculo realizado para obtener el valor del indicador en cuestión, conforme la metodología de medición establecida para el parámetro 5.10 (1.10) de la RESOLUCIÓN TEL-042-01-CONATEL-2014.

Lo expuesto evidencia la existencia de omisiones y errores al momento de determinar el presunto hecho infractor, el que debió ser "objetivamente" determinado, produciéndose de esta manera la inobservancia del "PRINCIPIO DE LA VERDAD MATERIAL" del presupuesto fáctico que originó la apertura del procedimiento administrativo sancionador; principio que constituye uno de los pilares fundamentales que sustentan el Procedimiento Administrativo.

Al respecto, el Dr. Patricio Secaira Durango¹, tratadista ecuatoriano, sostiene que:

"17.2.3. PRINCIPIO DE LA VERDAD MATERIAL.- La verdad material es un principio por medio del cual la administración pública está obligada unilateralmente a determinar objetivamente la realidad de los hechos puestos en su conocimiento, aun en el caso de que el interesado no los haya expresado e incluso cuando habiéndolos afirmado no los haya justificado. Es decir, la administración está obligada a solicitar y generar por sí misma todos los justificativos que sean indispensables para determinar la verdad material de los hechos, a fin de decidir sobre la base objetiva que resulte de aquellos; puesto que, la administración tutela el bien común, el interés público.

La verdad material es en suma una garantía a los administrados por medio de la cual la administración está obligada a tomar todas sus resoluciones en estricta sujeción a los antecedentes fácticos del hecho que la motiva. Para ello debe asegurar todos los justificativos indispensables que de modo incontrovertible permitan determinar los hechos y aplicar la norma jurídica pertinente; por ello este principio también señala el deber administrativo de

¹ SECAIRA DURANGO, Patricio Curso de Derecho Administrativo, pág. 164.



El Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones – ARCOTEL, expedido mediante Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, (aplicable al presente procedimiento) ordena que el Informe Jurídico que sustente la Resolución, a fin de garantizar su motivación, debe contener además del presupuesto de hecho, las normas y principios jurídicos y las razones jurídicas que han determinado la decisión, en relación con los resultados del procedimiento, conforme lo establecido en el art. 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República. En este análisis se incluirá la relación de las piezas procesales actuadas, el análisis de los descargos, alegatos y pruebas de cargo y de descargo evacuadas, así como también, de aspectos relevantes desde el punto de vista jurídico de lo sostenido en el informe técnico, que le permita a la Autoridad Resolutora asumir un juicio de valor sobre el tema a fin de emitir la resolución respectiva.

En el citado Memorando No. ARCOTEL-CCON-2018-0701-M de 28 de junio de 2018, la Coordinación Técnica de Control, incurre en un error al reportar el presunto hecho infractor omitiendo incluir las dos primeras conclusiones del Informe No. IT-CCDS-RS-2018-080 de 28 de febrero de 2018, que consisten en que: “Durante el año 2016, OTECEL S.A. registra 6 zonas a nivel nacional que no cumplieron con el valor objetivo del parámetro Calidad de Conversación (MOS) para la tecnología 2G.- Durante el año 2016, OTECEL S.A. registra 5 zonas a nivel nacional que no cumplieron con el valor objetivo del parámetro Calidad de Conversación (MOS) para la tecnología 3G.”. Lo que determinó que la Coordinación Zonal 2, en el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 emitido el 4 de julio de 2018, atribuya a la operadora OTECEL S.A., como hecho presuntamente infractor, un Índice de Incumplimiento (de conformidad con los “Lineamientos para la Evaluación y Procesamiento de Información sobre el ejercicio de control de los Parámetros Mínimos de calidad del Servicio Móvil Avanzado (SMA)”, establecidos con memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M) de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS).

Se debe entonces emitir el pronunciamiento jurídico partiendo de la conclusión que el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, luego del análisis sobre los alegatos, descargos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A., ha establecido en el **INFORME TÉCNICO No. IT-CZO2-AA-2018-0039 de 27 de septiembre de 2018**, el cual se pronuncia en el sentido que:

“(…)

4. CONCLUSIÓN.-

OTECEL S.A., en la contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054, no presenta argumentos técnicos relacionados con el hecho determinado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054, que corresponde a que “la compañía OTECEL S.A., durante el año 2016, registra un Índice de Incumplimiento de 13,58% para el parámetro Calidad de Conversación (MOS) (...)”, el cual se ha determinado a partir del “LINEAMIENTO 3” de los “LINEAMIENTOS PARA LA EVALUACIÓN Y PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE CONTROL DE LOS PARÁMETROS MÍNIMOS DE CALIDAD DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA)”, establecidos en los memorandos ARCOTEL-CCON-2018-0102-M y ARCOTEL-CCON-2018-0115-M. (...)”

Adicionalmente es necesario manifestar que del análisis efectuado a los alegatos presentados por OTECEL S.A. se desprende:

- Conforme lo analizado en el apartado 3.2.2. PARTE 2, del presente informe, se ha verificado la falta de notificación de las zonas 1, 2 y 6 de la ciudad de Ambato, cuyas mediciones en tecnología 2G han sido ejecutadas los días 2 y 3 de mayo de 2016, 3 y 6 de mayo de 2016; y, 11 y 12 de mayo de 2016, respectivamente, en contraste de lo señalado en la parte pertinente



decidir objetivamente los asuntos de su incumbencia. No es factible por tanto que la administración actúe en base de presunciones, rumores, supuestos o cualquier otra forma de apreciación subjetiva de los hechos. La verdad material va a tono con el derecho a la seguridad jurídica y al proceso debido reconocidos constitucionalmente. (Lo subrayado y resaltado en negrita me pertenece).

Por las razones anotadas, con sustento en lo expuesto, y considerando que el informe técnico constituye el medio probatorio mediante el cual, la administración atribuye al presunto infractor la comisión de una conducta o un hecho, y considerando además que la carga de la prueba le corresponde a la administración, y que resulta indispensable tener la certeza de la existencia del hecho para poder sancionar a la compañía OTECEL, y por cuanto la Constitución de la República del Ecuador consagra entre las garantías básicas de la seguridad jurídica y el debido proceso, entre los cuáles se debe destacar el derecho a la presunción de inocencia de toda persona y a ser tratado como tal mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme dictada de acuerdo con la verdad material del hecho detectado; al no haberse confirmado la verdad material del hecho presuntamente infractor, que permita a su vez determinar la responsabilidad en la comisión de la presunta infracción, esto como fruto de la doctrina en materia administrativa, llamada IN DUBIO PRO ADMINISTRADO, que consiste en que en caso de duda razonable, esta circunstancia debe entenderse a favor del procedimentado.

Como ya se indicó anteriormente, el Informe Técnico constituyó el sustento fáctico y el medio de prueba que aportó la administración para el inicio y sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, destinado a la determinación de una infracción; dentro del cual, se requiere de la certeza tanto de la existencia del hecho atribuido como del juicio de responsabilidad, para que pueda ser considerada sustento suficiente para imponer una sanción. En consecuencia, no obstante de haberse rebatido todos y cada uno de los argumentos jurídicos esgrimidos por la compañía OTECEL S.A., al determinarse la existencia de errores u omisiones en la determinación de los hechos, los cuales además no han sido objetivamente determinados, ocasionan que el informe técnico no goce de fuerza probatoria y no deba ser valorado como prueba para desvanecer la presunción de inocencia de la compañía OTECEL S.A., en observancia de las garantías básicas de seguridad jurídica y debido proceso consagradas en la Constitución de la República del Ecuador. En tal virtud, corresponde la abstención de imposición de una sanción a la compañía OTECEL S.A. y el archivo del Procedimiento Administrativo Sancionador.

El razonamiento y conclusión expuestos, se emiten en aplicación del principio de juridicidad y en observancia de la garantía básica del debido proceso de "motivación" de las resoluciones de los poderes públicos, consagrada en el Art. 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, que ordena que: "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"; y, al haberse determinado técnicamente que se ha inobservado el "PRINCIPIO DE LA VERDAD MATERIAL" del presupuesto fáctico que originó la apertura del procedimiento administrativo sancionador; no existe la posibilidad de explicar jurídicamente la aplicación de una sanción a un presupuesto fáctico cuya verdad material no se ha comprobado.

La Constitución de la República establece en el Art. 11 que: "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, concesionarios 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 resaltado en negrita y el subrayado me pertenecen); en tanto que, el artículo 82 prevé "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes"; finalmente, el artículo 83

ibídem, 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. (...)"**.

En tal virtud, corresponde jurídicamente que la inexistencia del presupuesto de hecho se considere como elemento eximente de cualquier sanción, que en el presente caso corresponde a una infracción de Segunda Clase, señalada en el acto de apertura y que se encuentra tipificada en el Art. 118, letra b), número 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que consiste en: **"11. El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones"**.

Finalmente, es necesario señalar que en la Edición Especial No. 542 del Registro Oficial, de 17 de septiembre de 2018, se expide la **"NORMA DE CALIDAD PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO"**; la misma que en su artículo 1, señala expresamente: "Objeto.- Esta Norma Técnica tiene por objeto establecer las reglas que regulan la calidad en la prestación del Servicio Móvil Avanzado y sus correspondientes parámetros y valores objetivos aplicables" y en su disposición derogatoria, establece: **"Primera.- Deróguense las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, TEL-458-16-CONATEL-2014, ST-2014-0035 y ARCOTEL-2017-0015, lo cual establecería una contradicción con el "PRINCIPIO DE LA VERDAD MATERIAL", ya que se genera una DUDA RAZONABLE sobre la aplicabilidad de la norma de control que se encuentra a la fecha expresamente derogada.**

E. VALIDEZ:

La presente resolución cumple con el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, relativo a la motivación, que consiste en la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se fundan y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; y dentro de la cual además, se ha analizado técnica y jurídicamente los argumentos de descargo esgrimidos, así como las pruebas solicitadas y actuadas, dentro del presente procedimiento administrativo sancionador.

En razón de no existir asuntos de procedimiento que puedan afectar su validez, y por cuanto en la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, se han asegurado las garantías básicas del administrado, constantes en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, el derecho a la defensa, al debido proceso y a la seguridad jurídica; así como también se ha respetado el procedimiento y las formalidades establecidos en la Constitución, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y reglamentos respectivos, se recomienda declarar válido todo lo actuado.

F. RECOMENDACIÓN:

Siendo el momento procesal oportuno, dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 emitido el 4 de julio de 2018, se recomienda a la Autoridad Administrativa que declare que la compañía OTECEL S.A., no es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura, al no haberse establecido su verdad material; y considerando que no se ha configurado la comisión de la infracción y no se ha demostrado la responsabilidad de la expedientada, se abstenga de imponer una sanción y disponga el archivo del trámite, conforme lo previsto en el último inciso del artículo 19, que guarda concordancia con el artículo 32 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL aplicable".



No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar su validez y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en la ley y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER en su totalidad los **Informes Técnico No. IT-CZO2-AA-2018-0039 de 27 de septiembre de 2018 y Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2018-050 de 04 de octubre de 2018**, emitidos por las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

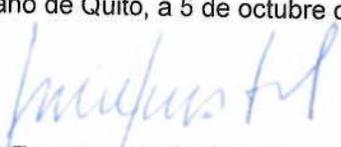
Artículo 2.- DECLARAR al no haberse comprobado técnicamente la existencia del presupuesto fáctico que originó la apertura del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2018-054 de 4 de julio de 2018, así como la responsabilidad de la compañía OTECEL S.A. en la comisión de tal hecho; se determina como consecuencia jurídica la inexistencia de la infracción de Segunda Clase tipificada en el artículo 118, letra b) número 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 3.- ABSTENERSE de sancionar a la compañía OTECEL S.A., y **DISPONER** el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador.

Artículo 4.- INFORMAR a la compañía OTECEL S.A., que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo prevé el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a través de Recurso de Apelación ante el señor Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro del término de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 de la citada Ley.

Artículo 5.- NOTIFICAR a la compañía OTECEL S.A., con la presente resolución, en su domicilio ubicado en el Centro Corporativo EKOPARK, Av. Simón Bolívar y Vía a Nayón, Torre 3 del Distrito Metropolitano de Quito-Provincia de Pichincha; así como a la Coordinación Técnica de Control, a la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2, y a la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que pongan en conocimiento de quien corresponda la presente resolución para los fines pertinentes.

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 5 de octubre de 2018.


Ing. José Francisco Freire Cuesta
COORDINADOR ZONAL 2

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
(ARCOTEL)

