

## RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-R-2019-005

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

MGS. XAVIER SANTIAGO PÁEZ VÁSQUEZ  
COORDINADOR ZONAL 2  
-FUNCIÓN RESOLUTORA-

### CONSIDERANDO:

#### CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

#### 1. LA DETERMINACIÓN DE LA PERSONA RESPONSABLE:

##### 1.1. INFORMACIÓN GENERAL:

SERVICIO: MÓVIL AVANZADO  
RAZÓN SOCIAL: OTECEL S.A.  
REPRESENTANTE LEGAL: José Manuel Casas Aljama  
RUC: 1791256115001  
DOMICILIO: Av. Simón Bolívar y Vía a Nayón  
CIUDAD: Distrito Metropolitano de Quito.

##### 1.2. TÍTULO 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.

#### 2. LA SINGULARIZACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMETIDA:

##### 2.1. FUNDAMENTO DE HECHO:

- Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0722-M de 02 de julio de 2018, a través del cual, el Coordinador Técnico de Control puso en conocimiento de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, que: “(...) *Adjunto al presente encontrará el informe técnico No. IT-CCDS-AT-2018-008 de fecha 28 de junio de 2018, relacionado a validar que la operadora OTECEL S.A. esté prestando los servicios expresamente contratados y autorizados por los abonados/clientes y usuarios, referente a los servicios de avanza saldo, de la plataforma DCO, a fin de que se adopten las acciones administrativas que consideren pertinentes en su jurisdicción.- A continuación, se procede a remitir la siguiente recomendación y conclusión del Informe Técnico señalado:(...)*”.
- **Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018**, en el cual, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, entre otros aspectos, y en lo principal, determina lo siguiente:

“(...)

##### 2. OBJETIVO

Validar que la operadora OTECEL S.A. esté prestando los servicios expresamente contratados y autorizados por los abonados/clientes y usuarios, referente a los servicios de avanza saldo, de la plataforma DCO.

(...)

## 6.5 OBSERVACIONES Y COMENTARIOS FINALES

(...)

### COMENTARIOS DEL EQUIPO DE AUDITORIA

(...) Por lo cual, al determinarse que el servicio "Avanza Saldo" de la plataforma DCO brindado por OTECEL S.A. no tenía costo para el usuario, la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 resolvió abstenerse de sancionar a la compañía OTECEL S.A. y proceder con el archivo del procedimiento sancionador.

**Sin embargo, el hallazgo determinado en la presente auditoría se refiere al hecho de que OTECEL S.A. mantuvo suscripciones heredadas de un usuario a otro durante periodos de tiempo extensos, sin existir solicitud expresa de suscripción por parte de los usuarios afectados con dichas suscripciones.** (Lo subrayado me pertenece)

(...)

En el Plan de Acción, la operadora señaló la obtención de los cobros de valores de servicios de mensajería Premium de 6 meses de las líneas heredadas en DCO, en el que de acuerdo al proceso de análisis del universo de suscripciones de servicios con mensajería Premium realizado por la operadora, **establece una compensación de USD \$520,38 para 144 usuarios;** sin embargo, es importante recalcar que el número total de usuarios con suscripciones "Avanza Saldo" heredadas **determinados por la misma operadora fueron de 208.950 usuarios;** es decir se estaría compensando únicamente a 144 de los 208.950 usuarios con suscripciones heredadas de Avanza Saldo.

Sobre la base de lo expuesto y considerando las observaciones remitidas por parte de OTECEL S.A. a través de su oficio VPR-16318-2017 de 11 de diciembre de 2017, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-018758-E de 12 de diciembre de 2017, la ARCOTEL se ratifica en los resultados obtenidos en la plataforma DCO.

Adicionalmente, y en referencia a los planes de acción o compensaciones de valores, es necesario mencionar los siguientes antecedentes posteriores a la entrega del Informe General Definitivo de Auditoría:

Mediante oficio No. CCON-2018-0363-OF de 13 de abril de 2018, la Coordinación Técnica de Control en forma conjunta con la Coordinación Jurídica, relacionado con los planes de acción o compensaciones a realizar por los hallazgos determinados durante la Auditoría, comunicó a OTECEL S.A. entre otros lo siguiente:

(...)

Sin perjuicio de lo mencionado, la concesionaria OTECEL S.A. se encuentra en la obligación de corregir los hechos detectados en el Informe General de Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajería Premium; y, **devolver los valores indebidamente cobrados; así como realizar las compensaciones que considere pertinentes, bajo sus propias metodologías y su responsabilidad**" (...) (Lo remarcado es fuera del texto original)

## 7. CONCLUSIÓN

### Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador

*Sobre la base del análisis realizado a la información entregada por OTECEL S.A y que fueron extraídas de la plataforma DCO, se concluye lo siguiente:*

- *Del análisis realizado a la información entregada por OTECEL S.A., de la muestra del "historial de las activaciones y desactivaciones de las líneas" de 13.837 mines, y de los registros de las suscripciones en el "Formato 3 V1" de la plataforma DCO, se determinó que en 2.672 suscripciones que contienen un total de 1.626 líneas únicas que presentan el hallazgo en mención, y que en un total de 1.454 usuarios realizaron la suscripción al servicio de "Avanza Saldo", se encontraron 2.457 usuarios que activaron la misma línea en fechas posteriores a la fecha de suscripción del servicio de "Avanza Saldo"; y, cuya suscripción se mantuvo activa a pesar de que dichos usuarios no solicitaron ni se suscribieron a dicho servicio de "Avanza Saldo".*

## **8. RECOMENDACIÓN**

*Remitir el presente informe a la Coordinación Técnica de Control para conocimiento de las verificaciones efectuadas y para que, de considerarlo pertinente, se remita a la Coordinación Zonal 2 para las acciones legales que correspondan, dado que OTECEL S.A. mantuvo suscripciones a los servicios de "Avanza Saldo" activas aun cuando no fueron solicitadas ni autorizadas por los clientes/abonados o usuarios de las líneas, conforme se detalla en el presente informe.*

*Adicionalmente, es necesario mencionar que las acciones requeridas tienen un tratamiento a nivel nacional, ya que la validación señalada fue ejecutada con este alcance (...).*

## **2.2. ACTO DE INICIO**

El 15 de febrero de 2019, el Director Técnico Zonal (E) de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en su calidad de Función Instructora, emitió el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2010-AI-001, notificado en legal y debida forma a la compañía OTECEL S.A. el 19 de febrero de 2019, mediante oficio Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-0030-0F de 19 de febrero de 2019, conforme se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2019-0168-M de 19 de febrero de 2019.

En el Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 constan entre otros aspectos, lo siguiente:

"(...)

*"Mediante Informe Jurídico ARCOTEL-CZO2-J-AI-2019-01 de 14 de febrero de 2019, el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 estableció la procedencia de emitir un Acto de Inicio del Procedimiento Sancionador, en contra de la compañía OTECEL S.A., prestadora del Servicio Móvil Avanzado; para lo cual, realizó el análisis que relaciona los hechos determinados en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio 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*

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

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 acápite que anteceden, se desprende que los prestadores tienen el deber de brindar el servicio público de telecomunicaciones autorizado de forma "regular", palabra que tiene varias acepciones y que según el Diccionario de la Lengua Española regular significa ajustado y conforme a la regla, lo que significa que el sector de las telecomunicaciones al ser altamente regulado, 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 de la ARCOTEL, ha procedido a realizar actividades de control tendientes a verificar que la compañía OTECEL S.A., esté prestando los servicios expresamente contratados y autorizados por los abonados/clientes y usuarios, referente a los servicios de avanza saldo, de la plataforma DCO, cuyo resultado consta en el **Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018.**

El artículo 52 de la Constitución de la República consagra el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y, dispone que la ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

En este sentido, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prevé entre los derechos de los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones, los siguientes: 1. A disponer y recibir los servicios de telecomunicaciones contratados de forma continua, regular, eficiente, con calidad y eficacia; 17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes, contra los incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable; 19. A que se mantengan las condiciones de prestación de los servicios contratados; los cambios unilaterales en los contratos de prestación de servicios, se considerarán como nulos y no tendrán ningún valor.

Por su parte, el Art. 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, impone a todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones entre otras obligaciones, las de: 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.- 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. 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; disposición que guarda conformidad con el Art. 52 de la Constitución de la República, que consagra el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

Además, el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, dispone que constituye

#### Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador

*obligación de los poseedores de títulos habilitantes de concesión o autorización para la prestación de servicios de telecomunicaciones (habilitaciones generales), adicional a las obligaciones contempladas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones el prestar el servicio a las personas que lo soliciten.*

*Al respecto, el Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado establece entre otros aspectos y en lo principal que:*

**“Artículo 7.- Prestación de servicios de telecomunicaciones y de valor agregado contratados.- Podrán prestarse únicamente los servicios específicos y legalmente contratados, aceptados y seleccionados expresamente por los abonados/clientes, independientemente de la modalidad de contratación. No generarán obligaciones al abonado/cliente la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo los suplementarios, adicionales, de valor agregado o facilidades similares preestablecidos o activados previamente por el prestador, y la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, independientemente de su tarifa o precio al abonado/cliente, si no cuentan con el consentimiento y aceptación previa por parte del abonado/ cliente. El consentimiento, en caso de ser expresado telefónicamente, deberá ser grabado por el prestador del servicio, siendo necesario que la grabación sea audible y entendible y que se le haya informado cabalmente al abonado/cliente sobre las condiciones del servicio, su tarifa o precio y características.**

*Por lo expuesto, de confirmarse la existencia del hecho reportado por la Coordinación Técnica de Control que se encuentra determinado en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018, así como la responsabilidad de la compañía OTECEL S.A., de mantener suscripciones a los servicios de “Avanza Saldo” activas aun cuando no fueron solicitadas ni autorizadas por los clientes/abonados o usuarios de las líneas, la compañía OTECEL S.A., habría incumplido su obligación como concesionaria para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, de prestar únicamente los servicios de valor agregado legalmente solicitados, contratados, aceptados y autorizados previamente por los abonados/clientes y usuarios, referente a los servicios de “Avanza Saldo” en la plataforma DCO; inobservando las disposiciones contenidas en el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; así como en el artículo 7 del Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado. Vulnerando de esta manera el derecho de sus abonados/clientes y usuarios a elegir con libertad los servicios que desee contratar y recibir, consagrado en el artículo 52 de la Constitución de la República; así como los derechos establecidos en el artículo 22, números 1, 17 y 19 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; e, incurriendo en el incumplimiento de su obligación de respetarlos prevista en el artículo 24, números 3, 4 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Conducta con la cual, la compañía OTECEL S.A., podría haber incurrido en la infracción de Primera Clase, tipificada en el Art. 117, letra b), número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que consiste en “Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.”; cuya sanción se encuentra prescrita en el artículo 121 de la Ley ut supra y la obtención del monto de referencia para la aplicación de la multa en el artículo 122 de la Ley en referencia. (...).”*

### 3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ÓRGANO COMPETENTE:

Coordinación Zonal 2:

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

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

### 3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

**“Artículo 82.-** 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”. (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

**“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.** (...)”. (Lo 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.” (Lo 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.”. (Lo resaltado en negrilla me pertenece)

### 3.2. 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. (...)”.

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador



**“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”.** (Lo resaltado en negrilla me pertenece)

### 3.3. 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. (...)”

### 3.4. RESOLUCIONES ARCOTEL:

**Resolución 04-03-ARCOTEL-2017 de 10 de mayo de 2017, publicada en el Registro Oficial - Edición Especial No. 13, del 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*

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.zob.ec](http://www.arcotel.zob.ec)

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

#### 2.2. PROCESO SUSTANTIVO

##### 2.2.1. Nivel Operativo

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

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

**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 (...)"

#### **Resolución No. ARCOTEL-2018-0585 de 6 de julio de 2018**

**"ARTÍCULO UNO.-** En base al informe conjunto remitido por las Coordinaciones generales de Planificación, Administrativa Financiera, Jurídica y Técnica de Control, disponer a los Directores Técnicos Zonales, y Director de Oficina Técnica de Galápagos, **cumplan con la función instructora** en los procedimientos sancionadores, conforme lo prescrito en el artículo 248 del Código Orgánico Administrativo, a fin de que se encarquen de todas las actuaciones previas a la emisión del acto administrativo que resuelva el procedimiento sancionador.

**ARTÍCULO DOS.-** Disponer a los Coordinadores Zonales de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, además de lo establecido en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos, **el ejercicio y cumplimiento de la función sancionadora** en la ejecución de estos procedimientos, conforme lo prescrito en el artículo 248 del Código Orgánico Administrativo, a fin de que, en cumplimiento de lo que establece el artículo 260 de la norma legal ibídem, emitan la resolución que contenga el acto administrativo, que resuelva el procedimiento sancionador.

**ARTÍCULO TRES.-** En los casos en los cuales el presunto incumplimiento afecte a más de una Coordinación Zonal, según la distribución jurisdiccional de la ARCOTEL, estos serán puestos en conocimiento de la Coordinación Zonal 2, para que en caso de considerarlo pertinente, proceda a instruir y resolver lo que en derecho corresponda. (El resaltado me pertenece) (...)"

**Acción de Personal No. 168 de 01 de febrero de 2019.-** Por la cual, la Coordinadora General Administrativa Financiera Encargada de la ARCOTEL, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 127 de la Ley Orgánica del Servicio Público y Art. 271 del Reglamento a la referida Ley, resuelve encargar las atribuciones y responsabilidades del puesto de COORDINADOR ZONAL 2 al MGS. XAVIER SANTIAGO PÁEZ VÁSQUEZ, desde el 1 de febrero de 2019.

**Acción de Personal No. 304 de 10 de abril de 2019.-** Por la cual, el Coordinador General Administrativo Financiero Delegado de la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 127 de la Ley Orgánica del Servicio Público y Art. 271 del Reglamento a la referida Ley, resuelve encargar las atribuciones y responsabilidades del puesto de DIRECTOR TÉCNICO ZONAL 2 al Ing. LUIS EFRÉN BALDEÓN VALENCIA, desde el 10 de abril de 2019.

#### Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador



Consecuentemente, el Coordinador Zonal 2 (E) de la ARCOTEL, tiene competencia para ejercer la Función Sancionadora dentro de este procedimiento administrativo sancionador; y, resolver lo que en derecho corresponda, conforme lo dispuesto en el artículo 248 del Código Orgánico Administrativo.

#### 4. PROCEDIMIENTO:

Este procedimiento sancionador se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 248 al 260 del Código Orgánico Administrativo y respetando las garantías básicas del debido proceso en el ámbito administrativo consagradas en artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, respetando especialmente el derecho a la defensa establecido en el número 7, letras a), c) y h) de la Ley Suprema, que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

#### 5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA:

Con relación a la valoración de las pruebas practicadas se debe considerar lo siguiente:

- 5.1. Mediante escrito ingresado en la ARCOTEL con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-004938-E, de 07 de marzo de 2019, el Ing. Hernán Ordóñez, en su calidad de Apoderado Especial de la compañía OTECEL S.A., dentro del término de diez días concedido para el efecto, contestó al Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001, dentro de la cual, solicita:

“(…)

#### 3. Pruebas.-

*Solicito la práctica e incorporación de las siguientes pruebas a favor de mi representada:*

- 3.1. *Se ordene a la unidad del Registro Público de Telecomunicaciones o al órgano competente para el efecto, que remita un certificado en el que conste si OTECEL S.A. ha sido sancionada alguna vez por una (sic) evento o causa igual a la que se está juzgando administrativamente con el presente Acto de apertura.*
- 3.2. *Adjunto original de la Resolución ARCOTEL-CZ02-2016-011 de 26 de octubre de 2016, en donde consta que OTECEL S.A. ya fue juzgada y no fue sancionada por el beneficio o modalidad de pago diferido avanza saldo.*
- 3.3. *Adjunto copia del oficio VPR-16318-2017 presentado por OTECEL S.A. y recibido en ARCOTEL el 12 de diciembre de 2017 con trámite Nro. DEDA-2017- 018758-E.*
- 3.4. *Solicito que se fije día y hora para una inspección en las oficinas de OTECEL S.A. con el fin de verificar que la plataforma DCO no está operativa desde el 31 de agosto de 2017.*
- 3.5. *Se tendrá como prueba a favor de OTECEL S.A. el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-08 en donde consta que los hechos motivo del presente caso son anteriores a agosto de 2017. De igual manera, en este Informe consta (pags. 10 y 11) que la causa del presente juzgamiento es la misma que dio lugar a la Resolución ARCOTEL-CZ02-2016-011 de 26 de octubre de 2016, pero sólo se ha modificado el tipo, es decir, la infracción.*

#### 5.2. DOCUMENTOS QUE SUSTENTAN LA RESOLUCIÓN.-

En cumplimiento con lo dispuesto en la citada providencia de 11 de marzo de 2019, constan en el expediente los siguientes documentos:

- 1) Mediante Memorando No. ARCOTEL-CTDG-2019-0182-M de 05 de abril de 2019, el Director Técnico de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, comunica que:

*"(...) La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, cuenta con la información económica financiera de la mencionada compañía constante en los Formularios de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por Tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión del año 2018; por el valor total de Ingresos USD \$ 506.563.061,39 (...)"*

- 2) Mediante Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2019-0422 de 5 de abril de 2019, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal 2 de la ARCOTEL, realiza el análisis de la contestación, alegatos y pruebas presentados por la compañía OTECEL S.A.
- 3) A través de Informe Jurídico ARCOTEL-CZO2-2019-041 de 25 de abril de 2019, el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal 2 de la ARCOTEL, realiza el análisis de los argumentos, alegatos y pruebas de carácter jurídico expuestos por la compañía TECEL S.A.
- 4) En el DICTAMEN No. DTZ-CZO2-D-2019-0001 de 02 de mayo de 2019, el Director Técnico Zonal 2 (E) de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en su calidad de Función Instructora, expresa lo siguiente:

*"(...)"*

### **3.6.- EVACUACIÓN DE PRUEBAS DENTRO DEL PERIODO DE INSTRUCCIÓN:**

*Por cuanto la compañía OTECEL S.A. contestó y ejerció su derecho constitucional a la contradicción de las pruebas de cargo aportadas por la Administración, la Dirección Técnica Zonal 2 en aplicación de lo dispuesto en los artículos 193 y siguientes del Código Orgánico Administrativo, relativas a la prueba, dispuso mediante providencia de 11 de marzo de 2019, a las 17h00, lo siguiente:*

**"ORGANISMO DESCONCENTRADO - COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES.- DIRECCIÓN TÉCNICA ZONAL 2-FUNCIÓN INSTRUCTORA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2019-001, INSTAURADO EN CONTRA DE LA COMPAÑÍA OTECEL S.A.- PROVIDENCIA DE EVACUACIÓN DE PRUEBAS.-** Quito, lunes 11 de marzo de 2019, a las 17h00.- En mi calidad de Director Técnico Zonal 2 de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, designado mediante Acción de Personal No. 165 de 01 de febrero de 2019, dispongo: **PRIMERO:** Incorpórese al expediente el escrito presentado por la compañía OTECEL S.A. en contestación al Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001, con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-004938-E de 7 de marzo de 2019 suscrito por el ingeniero Hernán Ordóñez en su calidad de Apoderado Especial.- **SEGUNDO:** Por corresponder al estado del trámite y en razón de que la compañía OTECEL S.A. presenta alegatos técnicos y jurídicos; aporta y solicita la práctica e incorporación de pruebas a su favor; solicita que ARCOTEL realice una inspección para verificar que la plataforma DCO no está operativa; y, requiere se convoque a una audiencia para poder presentar los alegatos y descargos de forma oral; **se abre el plazo de treinta (30) días para evacuación de pruebas**, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente providencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 194 (último inciso) y 256 del Código Orgánico Administrativo.- **TERCERO:** Dentro del período de evacuación de pruebas se dispone: **a)** Téngase por legitimada la comparecencia del Apoderado Especial de la compañía OTECEL S.A., de acuerdo a la copia del documento que se adjunta; **b)** Téngase en cuenta como prueba a favor de la compañía OTECEL S.A., las alegaciones y descargos que presenta en el escrito que se despacha, y los documentos anexos al mismo, tal como se solicita en el **ordinal 3, Pruebas**, números 3.1, 3.2, 3.3. y 3.5 del escrito que se despacha. Al respecto, se ordena la práctica e incorporación de las siguientes pruebas y considérense en lo que haga prueba a su favor: **b.1)** Solicítese a la Unidad o al Órgano competente de la ARCOTEL, que remita un certificado en el que conste si OTECEL S.A. ha sido sancionada alguna vez por un evento o causa igual a la que se está juzgando administrativamente con el presente Acto de Inicio; esto es, "solicítese al funcionario Responsable de la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la ARCOTEL, que dentro del término de cinco (5) días certifique sobre si la compañía OTECEL S.A. con RUC No. 1791256115001, ha sido sancionada por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores a la fecha de inicio del procedimiento administrativo sancionador."; **b.2)** Téngase en cuenta como prueba a su favor la copia de la Resolución ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 26 de octubre de 2016; **b.3.)** Téngase en cuenta como prueba a su favor la copia del oficio VPR-16318-2017 presentado por OTECEL S.A. y recibido en ARCOTEL el 12 de diciembre de 2017 con trámite Nro. DEDA-2017-018758-E; y, **b.4)** Téngase en cuenta en lo que haga prueba a su favor la copia del Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-08; **c)** En relación con el pedido realizado en el **ordinal 3, Pruebas**, número 3.4 del escrito que se despacha, para que se fije día y hora para una inspección en las oficinas de OTECEL S.A. con el fin de verificar que la plataforma DCO no está operativa desde el 31 de agosto de 2017, se expresa que el hecho de

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Tel.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador

que la plataforma CDO no esté operativa desde el 31 de agosto de 2017 ya ha sido considerado en el informe que motivó el Procedimiento; y, además, la muestra a partir de la cual se determinó el hecho corresponde al período 2010 – 2016, es decir previo al cese de operaciones de la plataforma DCO. Por lo tanto, declárase improcedente la solicitud realizada por no cumplir el presupuesto exigido en el artículo 193 del Código Orgánico Administrativo, en razón de que por su relación con los hechos, no podrían alterar la resolución final a favor de la presunta responsable, conforme lo prevén los artículos 195 y 256 del Código Orgánico Administrativo; d) Atendiendo lo solicitado en el ordinal 4, Audiencia, del escrito que se despacha, se señala para el día martes 19 de marzo de 2019, a las 10H00, para que se realice la audiencia, en la cual, 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 Villarreal de esta ciudad de Quito.- **CUARTO:** Solicítese a la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, que dentro del término de cinco (5) días remita a esta Coordinación Zonal 2, “la información económica de los ingresos totales de la compañía OTECEL S.A. con RUC No. 1791256115001, correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al Servicio Móvil Avanzado conforme a su Título Habilitante”.- **QUINTO:** Téngase en cuenta el domicilio señalado para recibir sus notificaciones así como los correos señalados y la autorización que se realiza a los abogados defensores.- **SEXTO:** Notifíquese a la compañía OTECEL S.A. en sus oficinas ubicadas en la Av. Simón Bolívar y Vía a Nayón, Centro Corporativo EKOPARK, Torre 3 Movistar de la ciudad de Quito, señalado expresamente para el efecto en la contestación que se provee; así como a las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, las cuales deberán pronunciarse a través de los informes correspondientes, sobre los descargos, alegatos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A.- Se encarga efectuar las notificaciones señaladas a la Secretaría de la Dirección Técnica Zonal 2 de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.- Cúmplase.- (...)”.

En cumplimiento con lo dispuesto en la citada providencia de 11 de marzo de 2019, constan en el expediente los siguientes documentos:

- El 19 de marzo de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Alegatos solicitada por la compañía OTECEL S.A., en la cual ejerció su derecho a la defensa, conforme consta del Acta respectiva;
- Con Memorando No. ARCOTEL-CTDG-2019-0182-M de 05 de abril de 2019, el Director Técnico de Gestión Económica de Títulos Habilitantes (E) de la ARCOTEL, comunica que:

“(...) en atención al memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-0337-M de 19 de marzo de 2019, mediante el cual solicita se determine los ingresos totales de la compañía OTECEL S.A. con RUC No. 1791256115001, con relación a la prestación del SERVICIO MÓVIL AVANZADO, (...), tengo a bien certificar lo siguiente:

La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, cuenta con la información económica financiera de la mencionada compañía, en los Formularios de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por Tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión del año 2018; por el valor total de Ingresos SD\$ 506,563,061.39 (...)”

- A través del Informe No. IT-CZO2-C-2019-0422 de 5 de abril de 2019, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal 2 de la ARCOTEL, realizó el análisis técnico sobre los descargos, alegatos y pruebas presentados por la compañía OTECEL S.A. en referencia al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001, en el cual concluye que:

“(...)”

#### 4.- CONCLUSIÓN.-

Con base en el análisis expuesto, se considera que OTECEL S.A., representada por HERNÁN ORDÓÑEZ, en calidad de apoderado especial, **HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE el hecho señalado en el ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NRO. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 de 15 de febrero de 2019**, puesto que el mismo no está relacionado con haber negado la prestación de un servicio o con el hecho de que se haya prestado en condiciones discriminatorias o inicuas; y, a su vez, no guarda relación con la prestación de un servicio de “telecomunicaciones” y “valor agregado”, o un servicio suplementario, adicional, de valor agregado o facilidad similar pre-establecida o activada previamente por el prestador, o la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, aspectos que restringen su relación con las obligaciones señaladas en el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción y en el artículo 7, del Reglamento para los abonados/clientes/usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado. (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

No obstante de lo manifestado y con el fin de apoyar lo concluido en el párrafo anterior, se considera pertinente que el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal, de la Coordinación Zonal 2, determine si en la normativa vigente existen definiciones o especificaciones en relación a los denominados “servicios suplementarios, adicionales, de valor agregado o facilidades similares pre-establecidos o activados previamente por el prestador, y la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Tel.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

suministrados por proveedores de contenido”, dentro de los cuales, el servicio denominado “Avanza Saldo”, pudiera enmarcarse.

#### 5.- RECOMENDACIÓN.-

Se recomienda que se considere el análisis y la conclusión constantes en los números 3 y 4 del presente informe y se acojan los mismos en la Resolución respectiva”.

### 3.7. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO:

A través del Informe Jurídico ARCOTEL-CZ02-2019-041 de 25 de abril de 2019, el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal 2 de la ARCOTEL, indica:

“Con relación a los argumentos, alegaciones y pruebas de carácter jurídico expuestos por el apoderado especial de la compañía OTECEL S.A., tanto en el escrito de contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-004938-E del 7 de marzo de 2019, detallados en el resumen de sus alegaciones y en la presentación realizada durante la audiencia celebrada el 19 de marzo de 2019, se opina lo siguiente:

A fin de que sean analizadas al momento de resolver, la compañía OTECEL S.A. presenta las siguientes alegaciones: a) No se configura la infracción; b) Aplicación del principio non bis in idem; c) Prescripción; y, d) Subsidiariamente concurrencia de atenuantes.

a) *No existe fundamento jurídico de la infracción porque no existe incumplimiento de obligación alguna en forma específica. En materia sancionadora no es posible hacer interpretaciones extensivas.*

Este alegato se encuentra desarrollado en el ordinal 2.1. del escrito de contestación que expresa:

**“2.1. No se configura la infracción por no ser el avanza saldo un servicio de telecomunicaciones, ni de valor agregado”**

*Como consta textualmente en el Acto de Apertura, el supuesto incumplimiento de las obligaciones por parte de OTECEL S.A. son las que constan el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; así como en el artículo 7 del reglamento para los Abonados Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado. (...)*

*En el primer caso, la norma se refiere específicamente a la obligación de no negar el servicio a las personas que lo soliciten, es decir, que impone a la operadora de telecomunicaciones que no se impida el acceso al servicio, por tratarse lógicamente de un servicio público. No dice la norma que la operadora está obligada a brindar únicamente los servicios contratados (con lo que por supuesto estamos de acuerdo), sino que la operadora está obligada a prestar el servicio solicitado, pero además, lo dice en la misma regla, en condiciones equitativas y sin discriminación.*

*La interpretación que hace la funcionaria instructora es completamente forzada e impertinente. Pretender dividir la norma en dos, tomando sólo una parte y dejando de lado lo que está luego de la coma, es decir, hace una interpretación que desfavorece a OTECEL S.A. contraviniendo el principio del arto 76, numeral 5 de la Constitución de la República.*

*Esta norma sólo podría invocarse por parte de ARCOTEL, para los efectos del art. 117, letra b, numeral 16 de la LOT, si OTECEL S.A se hubiere negado a ofrecer un servicio a alguien que lo solicitara o si lo ofreciese en condiciones discriminatorias o inicuas.*

*En el segundo caso, es decir, el art. 7 del Reglamento para los abonados/clientes-usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, la disposición se refiere expresamente a los servicios de telecomunicaciones o de valor agregado.*

*(...)*

*Por lo tanto, para invocar el art. 7 del Reglamento para los abonados/ clientes-usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado como obligación incumplida por OTECEL S.A. para los efectos del arto 117, letra b, numeral 16, era preciso constatar la prestación de un servicio de telecomunicaciones o de valor agregado ofrecido sin consentimiento, lo que no es el caso, porque el avanza saldo no es un servicio de telecomunicaciones ni de valor agregado”.*

#### ANÁLISIS JURÍDICO:

Primeramente se debe aclarar que en el Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 de 15 de febrero de 2019, así como en el Informe Jurídico ARCOTEL-CZO2-J-AI-2019-001 de 14 de febrero de 2019, constan expuestas con claridad y exactitud las consideraciones jurídicas y fundamentos de derecho que lo sustentan, a partir de las **normas materia de control** descritas textualmente en el ordinal 3 del Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018; los mismos que consisten en las disposiciones contenidas en el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; así como en el artículo 7 del Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, relativas a: la primera que constituye obligación de los poseedores de títulos habilitantes de concesión o autorización para la prestación de servicios de telecomunicaciones (habilitaciones generales), adicional a las obligaciones contempladas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador

el prestar el servicio a las personas que lo soliciten; y, la segunda a que podrán prestarse únicamente los servicios específicos y legalmente contratados, aceptados y seleccionados expresamente por los abonados/clientes, independientemente de la modalidad de contratación. No generarán obligaciones al abonado/cliente la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo los suplementarios, adicionales, de valor agregado o facilidades similares preestablecidos o activados previamente por el prestador, y la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, independientemente de su tarifa o precio al abonado/cliente, si no cuentan con el consentimiento y aceptación previa por parte del abonado/cliente; por lo que el hecho reportado consistió en que la compañía OTECEL al mantener suscripciones a los servicios de "Avanza Saldo" activas aun cuando no fueron solicitadas ni autorizadas por los clientes/abonados o usuarios de las líneas, habría incumplido su obligación como concesionaria para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, de prestar únicamente los servicios de valor agregado legalmente solicitados, contratados, aceptados y autorizados previamente por los abonados/clientes y usuarios, referente a los servicios de "Avanza Saldo" en la plataforma DCO.

En el Informe Jurídico y Acto de Inicio respectivos, previo a establecer la procedencia del inicio del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se efectuó la calificación jurídica de la infracción en función de las propias normas controladas y que según el informe técnico habrían sido vulneradas por la compañía OTECEL S.A., evidenciándose que se encuentra perfectamente determinada la presunta infracción, por lo que se consideró que de confirmarse el hecho, que consiste en el incumplimiento de su obligación como concesionaria para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, de prestar únicamente los servicios de valor agregado legalmente solicitados, contratados, aceptados y autorizados previamente por los abonados/clientes y usuarios, referente a los servicios de "Avanza Saldo" en la plataforma DCO; inobservando las disposiciones contenidas en el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; así como en el artículo 7 del Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado; se habría vulnerado además, el derecho de sus abonados/clientes y usuarios a elegir con libertad los servicios que desee contratar y recibir, consagrado en el artículo 52 de la Constitución de la República, así como los derechos establecidos en el artículo 22, números 1, 17 y 19 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; e, incurriendo en el incumplimiento de su obligación de respetarlos prevista en el artículo 24, números 3, 4 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; consecuentemente, la compañía OTECEL S.A. habría incurrido en la **Infracción de Primera Clase** tipificada en el artículo 117, letra b), número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, texto dentro del cual, se subsume perfectamente el hecho reportado.

De la aclaración realizada se desprende que la Función Instructora en el Acto de Inicio enunció las normas jurídicas en que se funda y explicó la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, al relacionar el hecho con las normas incumplidas y realizando adecuadamente la calificación jurídica de la presunta infracción, más allá de que el hecho reportado debe observar el debido procedimiento, tendiente a su comprobación y posterior sanción.

➤ El área técnica de la Dirección Técnica Zonal 2 en el INFORME No. IT-CZO2-C-2019-0422 de 5 de abril de 2019, con relación al presunto incumplimiento de las obligaciones por parte de OTECEL S.A. que se encuentra basado inicialmente en el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, el cual señala:

"Art. 8.- Obligaciones de los poseedores de títulos habilitantes de concesión o autorización para la prestación de servicios de telecomunicaciones (habilitaciones generales).- Adicional a las obligaciones contempladas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en su Reglamento General, los prestadores de servicios de telecomunicaciones cuyos títulos habilitantes se hayan instrumentado a través de habilitaciones generales, deberán cumplir con lo siguiente:  
(...)

**14. Prestar el servicio a las personas que lo soliciten, en condiciones equitativas, sin establecer discriminaciones.",** realiza el siguiente análisis:

"Al respecto, conforme el hecho determinado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018, sobre la base del cual se inicia el Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001, debido a una falta de conciliación entre las bajas del Sistema Comercial de OTECEL S.A. versus la plataforma externa de DCO, OTECEL S.A. mantuvo activas suscripciones al servicio "Avanza Saldo", en las líneas correspondientes a 2.457 usuarios sin que hayan sido solicitadas ni autorizadas, debido a que las mismas correspondieron con anterioridad a suscriptores que sí habían requerido esta modalidad de pago, sobre la base de lo que se determina que no hay correspondencia con la obligación señalada en el presente ítem, puesto que conforme lo señalado por OTECEL S.A., en su contestación, **el hecho no está relacionado con haber negado la prestación de un servicio o con el hecho de que se haya prestado en condiciones discriminatorias o inicuas".**

Por lo expuesto, se coincide con el criterio técnico expuesto y en consecuencia también con el argumento de OTECEL S.A. en el sentido que el análisis de la norma controlada en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008 relativa al supuesto incumplimiento del artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, se ha basado en una interpretación del texto "**Prestar el servicio a las personas que lo soliciten, en condiciones equitativas, sin establecer discriminaciones**" diferente al sentido de la norma al dividir en dos partes la obligación, contrariando el principio consagrado en el artículo 11, número 5 de la Constitución, de que en materia de derechos y garantías constitucionales, **las servidoras y**

**servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.**

➤ Con relación al segundo caso, es decir, al supuesto incumplimiento del art. 7 del Reglamento para los abonados/ clientes-usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, el área técnica ha emitido su pronunciamiento en el sentido que el hecho señalado en el ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NRO. ARCOTEL-CZ02-2019-AI-001 "no guarda relación con la prestación de un servicio de telecomunicaciones" y "valor agregado", o un servicio suplementario, adicional, de valor agregado o facilidad similar pre-establecida o activada previamente por el prestador, o la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, aspectos que restringen su relación con las obligaciones señaladas en el artículo 7, del Reglamento para los abonados/clientes/usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado"; sobre lo cual, la operadora sostiene que el beneficio avanza saldo no es un servicio de telecomunicaciones ni de valor agregado, ni tampoco un servicio suplementario de telecomunicaciones ni de valor agregado, no es una aplicación, ni un contenido, ni una facilidad ni un servicio adicional de telecomunicaciones, sino que sencillamente es una **"opción de pago diferido del servicio" o una "modalidad de diferimiento de pago del saldo"**; se expresa que en el propio Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008 en el cual, si bien dentro del punto 9 GLOSARIO describe los términos utilizados para la realización de la Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium, debió constar el análisis que determine si en la normativa vigente existen definiciones o especificaciones en relación a los denominados "servicios suplementarios, adicionales, de valor agregado o facilidades similares pre-establecidos o activados previamente por el prestador, y la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido", dentro de los cuales, el servicio denominado "Avanza Saldo", pudiera enmarcarse; no obstante, consultado el sistema de información jurídica LEXIS tampoco arroja resultados que relacionen el servicio avanza saldo con dichas definiciones.

En consecuencia, se estima procedente aceptar la alegación de la compañía OTECEL S.A. en el sentido de que sobre las normas presuntamente incumplidas de acuerdo con el informe técnico, esto es, del artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, y el artículo 7 del Reglamento para los abonados/ clientes-usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, no se ha podido confirmar con certeza su relación con el hecho ni su incumplimiento, en razón de que en materia sancionadora las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de interpretación extensiva, conforme el principio de tipicidad establecido en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo ("Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.- A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa.- Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva"); y en consecuencia, observando los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, garantizando de esta manera el debido proceso.

**b) Se está violando el principio Non bis in idem establecido en la Constitución de la República, debido a que OTECEL S.A. ya fue juzgada administrativamente por el caso avanza saldo. El principio según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa y materia no puede ser orillado si se cambia el tipo o infracción aplicable al mismo hecho.**

Esta alegación se encuentra desarrollada en el ordinal 2.1 del escrito de contestación que expresa:

**"2.1. (sic) Aplicación del principio non bis in idem.-**

(...) es preciso considerar que ARCOTEL ya inició y resolvió un procedimiento administrativo sancionador por el caso de avanza saldo.

En efecto, con Acto de apertura No. ARCOTEL-CZ02-2016-002 de 17 de agosto de 2016 notificado a OTECEL S.A. el día 19 de iguales mes y año, ARCOTEL dio inicio a un procedimiento administrativo sancionador, con base en el hecho de que OTECEL S.A.:

*"suscribió al abonado -cliente/usuario asociado a la línea número 0992800176, al servicio denominado "avanza saldo" (1313) que consiste en ejecutar de manera automática el proceso de adelanto de saldo, cuyo valor fue debitado en la nueva recarga efectuada el 24 de junio de 2016, sin existir solicitud previa y aprobación por parte del abonado - cliente/usuario, es decir habría ejecutado un cobro por avances relacionado con el servicio "avanza saldo" el cual no fue ni solicitado ni contratado expresamente por el abonado-cliente/usuario; conducta que se encuentra prohibida expresamente por el ordenamiento jurídico vigente."*

De la cita textual del Acto de apertura No. ARCOTEL-CZ02-2016-002 de 17 de agosto de 2016 consta claramente que dicho juzgamiento administrativo fue por los mismos hechos que son materia del presente procedimiento administrativo sancionador.

El procedimiento administrativo antes mencionado, concluyó con la Resolución ARCOTEL-CZ02-2016-011 de 26 de octubre de 2016, en la que ARCOTEL, luego del procedimiento correspondiente, determinó que al ser el avanza saldo un beneficio sin costo alguno para el cliente, es decir gratuito, no existía ninguna infracción alguna y archivó el procedimiento sin sancionar a OTECEL S.A.

Es decir, este hecho ya fue materia de pronunciamiento expreso por parte de ARCOTEL.

## Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador

*La Constitución de la República expresamente prohíbe que una persona pueda ser juzgada dos veces por la misma causa y materia: Art. 76, numeral 7, letra i): "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia."*

*En el presente caso se cumplen los dos aspectos. Por un lado, el hecho es el mismo, es decir, el beneficio de adelanto del saldo y diferimiento del pago, conocido por avanza saldo y por otro, la misma materia, es decir, en el ámbito administrativo y específicamente en el sector de telecomunicaciones.*

*No se puede argüir que ARCOTEL antes juzgó a OTECEL S.A. en base a otro tipo o infracción, pues lo que determina la prohibición del non bis in idem es el hecho (causa), no el tipo. La norma constitucional no dice: nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa, con la misma infracción y en la misma materia.  
(...)*

*En el Informe IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018, se evidencia este gravísimo error:*

*"Por otro lado, la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-011 de 26 de octubre de 2016 al que se hace referencia, determinó únicamente que el servicio es gratuito y no aplicaba cobros sobre el cliente; sin embargo, en dicha Resolución se identificó la siguiente infracción dentro del proceso:*

*(...)*

*Es decir en ese caso fue tipificado como "(...) 5 Cobrar por servicios no contratados o no prestados (...)".*

*Por lo cual al determinarse que el servicio de "Avanza Saldo" de la misma plataforma DCO brindado por OTECEL S.A. no tenía costo para el usuario, la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-011 resolvió abstenerse de sancionar a la compañía OTECEL S.A. y proceder con el archivo del procedimiento administrativo sancionador.*

*Sin embargo, el hallazgo determinado en la presente auditoría se refiere al hecho de que OTECEL S.A. mantuvo suscripciones heredadas de un usuario a otro durante periodos de tiempo extensos, sin existir solicitud expresa de suscripción por parte de los usuarios afectados con dichas suscripciones."*

*Es decir, lo único que hace ARCOTEL es cambiar el tipo o infracción frente a los mismos hechos, pretendiendo evadir el principio de non bis in idem lo cual es abiertamente inconstitucional.*

*Consecuentemente, en este caso se debe aplicar el principio de non bis in idem y archivar el presente procedimiento".*

#### **ANÁLISIS JURÍDICO:**

*Revisado el expediente del procedimiento administrativo sancionador mencionado por la operadora, se verifica que efectivamente, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 26 de octubre de 2016, luego de la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, declaró que: "la compañía OTECEL S.A. ha desvirtuado la existencia del hecho atribuido en el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0002 de 17 de agosto de 2016, al no haberse establecido la verdad material del mismo, y, consecuentemente, no incurre en infracción alguna"; y, el hecho atribuido a la operadora consistió en cobrar por servicios no contratados o no prestados, puesto que: "(...) el área técnica de la ARCOTEL ha procedido a realizar el control respectivo y a elaborar el INFORME DE VALIDACIÓN DE PRUEBAS Y PROCEDIMIENTO UTILIZADO POR OTECEL S.A. PARA OFRECER SERVICIOS DE VALOR AGREGADO A TRAVÉS DE SMS PREMIUM, conforme se detalla en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0003 de 05 de agosto de 2016, detectando en las pruebas de validación y durante la inspección ejecutada el día 24 de junio de 2016, cuyos resultados constan en el citado informe, que la operadora OTECEL S.A., suscribió al abonado-cliente/usuario asociado a la línea número 0992800176, al servicio denominado "avanza saldo" (1313) que consiste en ejecutar de manera automática el proceso de adelanto de saldo, cuyo valor fue debitado en la nueva recarga efectuada el 24 de junio de 2016, sin existir solicitud previa y aprobación por parte del abonado-cliente/usuario; es decir, habría ejecutado un cobro por avances relacionado con el denominado servicio "avanza saldo" el cual no fue solicitado ni contratado expresamente por el abonado-cliente o usuario; conducta que se encuentra expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico vigente. De confirmarse la existencia del incumplimiento y la responsabilidad de la operadora OTECEL S.A., podría incurrir en la infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b) número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la Ley en referencia".*

*Efectivamente, la Constitución de la República expresamente prohíbe que una persona pueda ser juzgada dos veces por la misma causa y materia: Art. 76, número 7, letra i): "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia."; no obstante, el Código Orgánico Administrativo establece además que: "Artículo 259.- Prohibición de concurrencia de sanciones.- La responsabilidad administrativa se aplicará en los términos previstos en este Capítulo, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar por la acción u omisión de la que se trate.- Nadie puede ser sancionado administrativamente dos veces, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, objeto y causa.- Para la aplicación del principio previsto en el párrafo precedente es irrelevante la denominación que se emplee para el procedimiento, hecho o norma que se estima es aplicable al caso".*

*El principio del non bis in idem, está consagrado en la Constitución de la República del Ecuador como una garantía del debido proceso y tiene como objetivo el evitar que una persona sea sancionada dos veces por la misma causa o infracción; pero para que este principio opere, debe confluir entre los dos procedimientos sancionatorios la triple identidad: sujeto, hechos y fundamento: Identidad de sujeto (eadem personae); Identidad de hechos (eadem res); e, Identidad de fundamento (eadem causa patendi).*

Si bien, tanto el procedimiento que concluyó con la expedición de la RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 26 de octubre de 2016, como el presente procedimiento administrativo sancionador, se refieren a reportes de hechos que tienen relación con el beneficio de adelanto de saldo y diferimiento del pago conocido como "AVANZA SALDO" el cual, en ambos casos no fue ni solicitado ni contratado expresamente por el abonado/cliente-usuario; se debe resaltar que en el primer caso se inició el procedimiento por ejecutar un "cobro por avances relacionados con el servicio avanza saldo", mientras que en el presente caso, el hecho por el cual se inició el procedimiento consistió en "mantener suscripciones activas a los servicios de avanza saldo aun cuando no fueron solicitadas ni autorizadas por los clientes/abonados o usuarios"; por lo que se considera que además de que exista identidad de sujeto y de hechos, para la aplicación del principio non bis in idem, es necesario que se cumpla un tercer requisito que es el de identidad de fundamento, que versa sobre la identidad del bien jurídico protegido por cada una de las normativas, es decir que esta identidad busca que las normas o base legal de la imputación tengan la misma naturaleza y que busquen precautelar o salvaguardar los mismos intereses jurídicamente protegidos, lo cual no se advierte en el presente caso.

Por lo tanto, se considera que en los procedimientos administrativos sancionadores en análisis, aunque exista identidad de sujeto y de hechos, no existe identidad de fundamento; en consecuencia, no se ha violado el principio non bis in idem que alega la operadora OTECEL S.A., debido a que la prohibición en materia administrativa consiste en que nadie puede ser sancionado dos veces, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, objeto y causa.

**c) Prescripción.- Los hechos que motivan el presente procedimiento ocurrieron antes del 31 de agosto de 2017, fecha en la cual OTECEL S.A. dio de baja la plataforma DCO.-**

Esta alegación se encuentra desarrollada en el ordinal 2.4 del escrito de contestación que expresa:  
**2.4. Prescripción.-**

*Los hechos que motivan el presente procedimiento ocurrieron antes de 31 agosto de 2017, fecha en la cual OTECEL S.A. dio de baja la plataforma DCO. Esto fue oportunamente comunicado a ARCOTEL con oficio VPR-16318-2017 recibido en ARCOTEL el 12 de diciembre de 2017 (trámite Nro. DEDA-2017-018758-E).*

*Por lo tanto y puesto que se (sic) la infracción imputada es de primera clase, de conformidad con el art. 245, numeral 1 del Código Orgánico Administrativo dicha infracción, de haberla (supuesto no aceptado por OTECEL S.A.), se encuentra prescrita. Cualquier interpretación contraria, dejaría sin efecto la institución de la prescripción.*

*Adicionalmente se vulneraría las reglas de interpretación de la ley establecidas en el art. 18 del Código Civil, en especial aquella se (sic) ordena que "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras:". Es evidente en este caso, que una infracción de primer grado, como la que se imputa a OTECEL S.A. es equivalente a una infracción de (sic) leve, pues se trata, en ambos casos, de las infracciones menos dañosas o perjudiciales, contempladas en el cuerpo normativo específico.*

*Por lo tanto, expresamente alego la prescripción de la infracción".*

#### **ANÁLISIS JURÍDICO:**

Al respecto, es pertinente citar el criterio jurídico institucional relacionado con la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora para inicio de procedimientos administrativos sancionadores, emitido por el Director de Asesoría Jurídica mediante el Criterio Jurídico No. ARCOTEL-CJDA-2019-0056 de 24 de abril de 2019, el cual fue aprobado por el Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL, a través de Memorando Nro. ARCOTEL-CJUR-2019-0355-M de 25 de abril de 2019, establece lo siguiente:

#### **"(...) 3. ANÁLISIS JURÍDICO:**

*Con relación a la figura legal de la prescripción de las infracciones desarrolladas en el Régimen Sancionatorio previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Coordinación General Jurídica y la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones han realizado los siguientes actos:*

*1. La Coordinación General Jurídica en uso de sus atribuciones emitió el Criterio Jurídico Institucional No. ARCOTEL-CJUR-2018-0004 de 2 de julio de 2018, en el cual concluyó:*

*"En orden a los antecedentes y análisis expuestos, es criterio de la Coordinación General Jurídica que la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo COA, no aplica a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en consideración a que las infracciones previstas en los artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones son tipificadas como Primera Clase, Segunda Clase, Tercera Clase y Cuarta Clase y no como leves, graves y muy graves, sin embargo, al haberse derogado de manera expresa el artículo 135 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, quedaría en un vacío el tiempo de prescripción de estas 4 clases de infracciones."*

*2. Mediante oficio No. ARCOTEL-2018-0286-OF de 23 de agosto de 2018, la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, solicitó a la Procuraduría General del Estado la absolución de la siguiente consulta:*

#### **Coordinación Zonal 2:**

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Tel.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador



"En razón de los antecedentes, análisis y criterio jurídico expuesto, a fin de aplicar jurídicamente lo que corresponda en derecho, solicito a usted, se digne inteligenciar a la ARCOTEL sobre la aplicación del artículo 245 del Código Orgánico Administrativo - COA, absolviendo la siguiente consulta:

¿Si los artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones hablan de infracciones de Primera, Segunda, Tercera y Cuarta clase y la prescripción extintiva de la facultad sancionadora prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo - COA aplica a infracciones Leves, Graves y Muy Graves, la aplicación de la figura legal de prescripción prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo en los procesos administrativos sancionadores tramitados en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, debería ser aplicada por la Autoridad de Telecomunicaciones, estableciendo ARCOTEL una equivalencia entre infracciones de la LOT (Primera, Segunda, Tercera y Cuarta clase) y las infracciones del COA (Leves, Graves y Muy Graves); o si, para el caso concreto de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones la prescripción simplemente no existe en virtud de la derogatoria expresa del artículo 135 de la mencionada Ley?

3. En atención al oficio antes descrito, la Procuraduría General del Estado a través del oficio No. 00597 de 12 de septiembre de 2018, absolvió la consulta de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los siguientes términos:

"Es pertinente considerar adicionalmente que, la infracción administrativa y la correspondiente sanción, son elementos que integran la tipificación en la forma prevista por el artículo 29 de COA, cuyo inciso final prohíbe en esta materia la aplicación analógica y la interpretación extensiva.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con la Disposición Transitoria Novena del Código Orgánico Administrativo, compete a la Asamblea Nacional armonizar y adecuar el ordenamiento jurídico a Código Orgánico Administrativo, que permita subsanar cualquier falta de armonía normativa con otras leyes específicas que prevean la tipificación de sanciones para efectos de la aplicación de los plazos de prescripción establecidos en el artículo 245 del COA, en concordancia con lo previsto en su artículo 29."

Conforme lo señalado por la Coordinación General Jurídica en el criterio jurídico institucional No. ARCOTEL-CJUR-2018-0004 de 2 de julio de 2018 y por el señor Procurador General del Estado en el oficio No. 00597 de 12 de septiembre de 2018, no existe armonía entre las infracciones que describe la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y las infracciones establecidas en el Código Orgánico Administrativo - COA, lo cual tiene como efecto que en materia de telecomunicaciones no se puede aplicar el artículo 245 del COA.

Cabe señalar que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, establece el principio de legalidad de la administración pública que determina que: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley..."

#### 4. CONCLUSIÓN

En orden a los antecedentes y análisis expuestos, es criterio de esta Coordinación que no es procedente la realización de una nueva consulta al señor Procurador General del Estado; y, las Coordinaciones Zonales de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones no deben aplicar la prescripción prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo - COA, por la falta de armonía entre la citada norma legal y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)

En tal virtud, se considera improcedente en Derecho la alegación expresa de prescripción de la infracción formulada por la compañía OTECEL S.A., en el sentido que los hechos que motivan el presente procedimiento ocurrieron antes de 31 agosto de 2017, fecha en la cual OTECEL S.A. dio de baja la plataforma DCO; y que por lo tanto, al ser la infracción imputada de primera clase, de conformidad con el art. 245, numeral 1 del Código Orgánico Administrativo dicha infracción, de haberla, se encuentra prescrita.

d) **Subsanación.- Finalmente, y en forma subsidiaria, se han verificado las atenuantes establecidas en los numerales 1, 3 y 4 del art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que la ARCOTEL debería abstenerse de sancionar a OTECEL S.A.**

Respecto al Argumento desarrollado en el ordinal 2.5 del escrito de contestación, la compañía OTECEL S.A. señala:

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece en su art. 130 la posibilidad de que los operadores de telecomunicaciones, no sean sancionados dentro de un procedimiento administrativo, cuando se cumplen y prueban determinadas condiciones. Dice la norma en mención:

(...)

2.2. De acuerdo con el último apartado antes citado del art. 130, si se presentan los numerales 1, 3 y 4, ARCOTEL puede abstenerse de sancionar. Vale destacar que en este caso, no existe ni afectación al mercado, ni al servicio o a los usuarios.

2.3. En tal sentido y en aplicación de 10 dispuesto en el art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, OTECEL S.A. deja constancia que:

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

2.3.1. OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.

2.3.2. OTECEL S.A. mediante oficio VPR-16318-2017 recibido en ARCOTEL el 12 de diciembre de 2017 con Hoja de trámite Nro. DEDA-2017-018758-E se comunicó que la plataforma DCO no está operativa desde el 31 de agosto de 2017.

2.3.3. Mediante oficio VPR-16318-2017 recibido en ARCOTEL el 12 de diciembre de 2017 con Hoja de trámite Nro. DEDA-2017-018758-E, OTECEL S.A. comunicó que la plataforma DCO no está operativa desde el 31 de agosto de 2017. Cabe señalar que el servicio "Avanza Saldo", otorgaba como beneficio hacia el cliente un avance de saldo, este servicio NO tiene costo alguno para el cliente, todo lo contrario, este beneficio era gratuito.

2.3.4. Para los abonados que heredaron la suscripción del Servicio DCO no aplica una compensación ni hay reparación integral (como si hubiese existido daño), ya que este servicio "Avanza Saldo", NO tiene costo alguno para el cliente; todo lo contrario; este beneficio es gratuito, en ese sentido no hubo afectación alguna. En todos los casos, el saldo avanzado fue usado por el cliente. ARCOTEL no ha demostrado prueba en contrario.

Adicionalmente, solicito tener presente lo dispuesto en el numeral 2 de art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (R.O. S No. 676 de 25 de enero de 2016) que señala que "[e]n caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto." En el presente caso, como lo he señalado, no existe daño técnico, ni afectación al mercado, ni al servicio ni a los usuarios y se cumplen con los demás requisitos del art. 130 para que ARCOTEL se abstenga de sancionar".

Sobre la base de la conclusión del Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2019-0422 de 5 de abril de 2019, que la compañía OTECEL S.A. **"HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE el hecho señalado en el ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NRO. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 de 15 de febrero de 2019"**, y al invocarse la subsanación y la concurrencia de atenuantes en forma subsidiaria, resulta innecesario realizar el análisis de este argumento.

### **ARGUMENTOS PRESENTADOS POR OTECEL S.A. EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS REALIZADA EL MARTES 19 DE MARZO DE 2019.-**

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. No se configura la infracción;
2. Aplicación del principio non bis in ídem;
3. Prescripción;
4. De forma subsidiaria, subsanación;
5. Configuración de Atenuantes.

Todos estos aspectos tienen relación con los ya presentados por OTECEL S.A. en su escrito de contestación al Acto de Inicio (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-004938-E de 07 de marzo de 2019), los que han sido pormenorizadamente analizados por el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, cuya conclusión y recomendación constan en el **INFORME No. IT-CZO2-C-2019-0422 de 5 de abril de 2019**, 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 inicio, 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, y consideradas en el respectivo informe técnico que obra del expediente, así como en el presente informe jurídico, juntamente con los CDs adjuntados.

### **3.- PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LA EXISTENCIA DEL HECHO, LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESUNTO INFRACCTOR:**

Resulta de fundamental importancia establecer la verdad material del hecho presuntamente infractor, que constituyó la génesis para el presente procedimiento administrativo sancionador, el cual se encuentra determinado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018, y que tiene relación con: "Validar que la operadora OTECEL S.A. esté prestando los servicios expresamente contratados y autorizados por los abonados/clientes y usuarios, referente a los servicios de avanza saldo, de la plataforma DCO".

Una vez que se ha materializado el derecho a la defensa por parte de la compañía OTECEL S.A., 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

#### **Coordinación Zonal 2:**

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador

presentadas por la compañía OTECEL S.A., ha establecido en el **INFORME No. IT-CZO2-C-2019-0422** de 5 de abril de 2019, el cual se pronuncia en el sentido que:

"(...)

#### 4.- CONCLUSIÓN.-

Con base en el análisis expuesto, se considera que OTECEL S.A., representada por HERNÁN ORDÓÑEZ, en calidad de apoderado especial, **HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE el hecho señalado en el ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NRO. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 de 15 de febrero de 2019**, puesto que el mismo no está relacionado con haber negado la prestación de un servicio o con el hecho de que se haya prestado en condiciones discriminatorias o inicuas; y, a su vez, no guarda relación con la prestación de un servicio de "telecomunicaciones" y "valor agregado", o un servicio suplementario, adicional, de valor agregado o facilidad similar pre-establecida o activada previamente por el prestador, o la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, aspectos que restringen su relación con las obligaciones señaladas en el artículo 8, número 14 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción y en el artículo 7, del Reglamento para los abonados/clientes/usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado. (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

Sobre la base de la conclusión del Informe Técnico citado, que la compañía OTECEL S.A. **HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE el hecho señalado en el ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 de 15 de febrero de 2019**, el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, considera que el presunto hecho infractor que originó la apertura del procedimiento administrativo sancionador, no ha sido "objetivamente" determinado; produciéndose de esta manera la inobservancia de los "PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD" y PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA LEGÍTIMA", contemplados entre los Principios de la Actividad Administrativa en Relación con las Personas, en los artículos 18 y 22 del Código Orgánico Administrativo - COA, que obligan a los organismos que conforman el sector público, a emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad, y a **no realizar interpretaciones arbitrarias**; así como también a **actuar bajo los criterios de certeza y previsibilidad**, respectivamente.

Con sustento en lo expuesto y considerando que el informe técnico constituyó el medio probatorio mediante el cual la administración atribuyó al presunto infractor la comisión de una conducta o un hecho, y tomando en cuenta además que la carga de la prueba le corresponde a la administración, para lo cual, resulta indispensable tener la certeza de la existencia del hecho para poder sancionar, 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.

En consecuencia, no obstante de haberse rebatido todos y cada uno de los argumentos jurídicos esgrimidos por la compañía OTECEL S.A., con excepción del primero sobre la no configuración de la infracción; al no poderse comprobar la existencia del hecho presuntamente infractor, ocasionan que el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008, 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 tal virtud, corresponde la abstención de imposición de una sanción a la compañía OTECEL S.A. y el archivo del Procedimiento Administrativo Sancionador.

Se establece entonces como consecuencia jurídica de la inexistencia del hecho infractor atribuido a la compañía OTECEL S.A., la inexistencia de responsabilidad en el cumplimiento de la obligación señalada en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001; y, por lo tanto, en la comisión de la infracción administrativa de **Primera Clase**, tipificada en el Art. 117, letra b), número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que consiste en: "Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos".

El razonamiento y criterio jurídico expuestos se emiten en aplicación de los principios de JURIDICIDAD y de RACIONALIDAD previstos en los artículos 14 y 23 del Código Orgánico Administrativo - COA, que establecen el sometimiento de la actuación administrativa a la Constitución, a la ley, a los principios y al COA, y le obligan a tomar decisiones que observen de la garantía básica del debido proceso de "motivación" de las resoluciones de los poderes públicos, consagrada en el artículo 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**"; ya que al haberse determinado técnicamente que se ha desvirtuado el presupuesto fáctico que originó el inicio 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.

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Tel.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

#### **4.- LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS:**

En el presente caso, ésta Función Instructora no ha dispuesto Medidas Cautelares.

#### **5. CONCLUSIÓN, PRONUNCIAMIENTO O RECOMENDACIÓN:**

En conformidad con lo sustanciado en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador en contra de la compañía OTECEL S.A.; de manera particular, con los informes emitidos por las áreas técnica y jurídica de esta Dirección Técnica Zonal 2 de las ARCOTEL; y, con fundamento en los Arts. 124 y 257 del Código Orgánico Administrativo, el Órgano Instructor considera que **NO existen elementos de convicción suficientes para DICTAMINAR que se ha confirmado la existencia del hecho atribuido a la compañía OTECEL S.A. en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, y en consecuencia, tampoco sobre la existencia de responsabilidad de la operadora en la comisión de la infracción administrativa de Primera Clase, tipificada en el artículo 117, letra b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.** (Lo resaltado me pertenece)

El Órgano Instructor afirma además que en la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, se ha asegurado el derecho al debido proceso del administrado consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, las garantías básicas constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, así como el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador; y se han respetado las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y reglamentos respectivos; por lo que, no habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar la validez de todo lo actuado, se recomienda declarar su validez.

Adjunto al presente Dictamen remito el expediente administrativo correspondiente al Acto de Inicio del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 del 15 de febrero de 2019, previo a emitirse la respectiva Resolución por parte del señor Coordinador Zonal 2 en su calidad de Función Sancionadora, en la que **recomiendo acoger el presente Dictamen, abstenerse de sancionar a la compañía OTECEL S.A., y archivar el expediente.** (Lo resaltado me pertenece)

#### **6. LAS MEDIDAS CAUTELARES NECESARIAS PASRA GARANTIZAR SU EFICACIA:**

En el presente caso, resulta improcedente que la Función Sancionadora disponga Medidas Cautelares.

#### **7. NO ACEPTACIÓN DE HECHOS DISTINTOS:**

Se deja expresa constancia que en la presente Resolución no se han aceptado hechos distintos a los determinados en el curso del procedimiento.

En mi calidad de Función Sancionadora acojo en su totalidad el DICTAMEN de la Función Instructora en el sentido que NO existen elementos de convicción suficientes para DICTAMINAR que se ha confirmado la existencia del hecho atribuido a la compañía OTECEL S.A. en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, y en consecuencia, tampoco sobre la existencia de responsabilidad de la operadora en la comisión de la infracción administrativa de Primera Clase, tipificada en el artículo 117, letra b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

De conformidad con lo sustanciado en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador con Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 de 15 de febrero de 2019, se ratifica que en el presente procedimiento administrativo sancionador, se ha asegurado el derecho al debido proceso del administrado consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, las garantías básicas constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, así como el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador; y se han respetado las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y reglamentos respectivos; por lo que, no habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar su validez, se declara válido todo lo actuado.

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

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Telf.: (593-02) 2 272 180

[www.arcotel.gob.ec](http://www.arcotel.gob.ec)

Quito – Ecuador



**RESUELVE:**

**Artículo 1.- ACOGER** en su totalidad el Dictamen No. DTZ-CZO2-D-2019-0001 de 02 de mayo de 2019, emitido por la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en su calidad de Función Instructora.

**Artículo 2.- DECLARAR** que al no haberse comprobado la existencia del presupuesto fáctico que originó la emisión del Acto de Inicio del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-001 de 15 de febrero de 2019, así como la responsabilidad de la compañía OTECEL S.A. en la comisión del hecho descrito en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-008 de 28 de junio de 2018; se determina como consecuencia jurídica, la inexistencia de la infracción de Primera Clase tipificada en el artículo 117, letra b) número 16 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 impugnar este acto administrativo de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Administrativo.

**Artículo 5.- NOTIFICAR** a la compañía OTECEL S.A., con la presente Resolución, en su domicilio ubicado en el Centro Corporativo EKOPARK, Torre 3, Av. Simón Bolívar y Vía a Nayón, 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 de la ARCOTEL, 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 08 de mayo de 2019.

  
**MGS. XAVIER SANTIAGO PÁEZ VÁSQUEZ**  
**COORDINADOR ZONAL 2 - FUNCIÓN SANCIONADORA**  
**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**  
**(ARCOTEL)**

