

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2017-

0619

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL RESUELVE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 DE 10 DE FEBRERO DE 2017.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. TÍTULO HABILITANTE Y ACTO IMPUGNADO

La Compañía OTECEL S.A., tiene celebrado con el Estado ecuatoriano, a través de la Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, un 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 bandas de frecuencias esenciales, suscrito el 20 de noviembre del 2008, con una duración de quince años, contados a partir del 30 de noviembre de 2008.

Mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003763-E de 08 de marzo de 2017, el Abogado Lonny Fabián Espinoza Simancas, en calidad de Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., interpuso ante la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL; para que, se declare la nulidad de pleno derecho de la citada Resolución, por las razones expuestas en dicho escrito, se apliquen los principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad e inocencia que consagra la Constitución; además, solicitó se archive el presente procedimiento administrativo, se deje sin efecto; y, se convoque a una audiencia para poder presentar los alegatos y descargos de forma oral.

1.2. COMPETENCIA

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, quien tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y video por suscripción. Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones a través de la Dirección Ejecutiva, conforme lo dispone el artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene competencia para: "(...) 8. Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador. (...) 16. Ejercer las demás competencias establecidas en esta Ley o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio."

Mediante Resolución No. 04-03-ARCOTEL-2017 de 10 de mayo de 2017, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 13 de 14 de junio de 2017, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones expidió el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en cuyo artículo 10, se establece lo siguiente:

"1.3.1.2.3. Gestión de Impugnaciones.-
(...)



II. Responsable: Director/a de Impugnaciones.

III. Atribuciones y responsabilidades:

(...)

b. Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública.”.

En Resolución No. 06-05-ARCOTEL-2017 de 17 de mayo de 2017, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones designó al economista Pablo Xavier Yáñez Saltos como Director Ejecutivo de la ARCOTEL, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.

Con Acción de Personal No. 192 de 05 de junio de 2017, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resolvió nombrar a la abogada María Verónica Cárdenas Vaca, como Directora de la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, para que asuma las atribuciones y responsabilidades pertinentes.

Por lo que, corresponde a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, sustanciar el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., respecto del acto administrativo impugnado; y, a la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, resolver lo que en derecho corresponda sobre dicho recurso.

1.3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, manda:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...).

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. 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.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

(...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...).”.

“Art. 52.- Las personas tienen derecho 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.

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.”.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye entre otras las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes.

(...)



3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

(...)

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

“**Art. 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.”

“**Art. 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. (...)”

“**Art. 133.-** Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

(...)

2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. (...)”

“**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa, como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

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

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

“**Art. 313.-** El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”

“**Art. 314.-** El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.



El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2017, dispone:

“Artículo 2.- Ámbito.

La presente Ley se aplicará a todas las actividades de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, servicios de telecomunicaciones y a todas aquellas personas naturales o jurídicas que realicen tales actividades a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los prestadores de servicios y usuarios. (...).”

Artículo 3.- Objetivos.

Son objetivos de la presente Ley:

(...)

7. Establecer el marco legal para la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones como responsabilidad del Estado Central, con sujeción a los principios constitucionalmente establecidos y a los señalados en la presente Ley y normativa aplicable, así como establecer los mecanismos de delegación de los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico.

(...)

9. Establecer las condiciones idóneas para garantizar a los ciudadanos el derecho a acceder a servicios públicos de telecomunicaciones de óptima calidad, con precios y tarifas equitativas y a elegirlos con libertad así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

10. Establecer el ámbito de control de calidad y los procedimientos de defensa de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, las sanciones por la vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de los servicios y por la interrupción de los servicios públicos de telecomunicaciones que no sea ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

(...).”

“Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios.

Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho:

1. A disponer y recibir los servicios de telecomunicaciones contratados de forma continua, regular, eficiente, con calidad y eficacia.

(...)

13. A la atención y resolución oportuna de las solicitudes y reclamos relacionados con la prestación de los servicios contratados de conformidad con las regulaciones aplicables.

(...)

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.

(...).”

“Artículo 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

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

1. Garantizar el acceso igualitario y no discriminatorio a cualquier persona que requiera sus servicios.

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



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

4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente.
(...)

19. Garantizar la atención y resolución oportuna de los reclamos formulados por sus abonados o usuarios, conforme los plazos que consten en la normativa o títulos habilitantes.
(...)

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

"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 118.- Infracciones de segunda clase.

(...)

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

(...)

6. No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes.

"Artículo 121.- Clases.

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

(...)

2. Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% al 0,07% del monto de referencia."

"Artículo 122.- Monto de referencia.

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

"Artículo 125.- Potestad sancionadora.

Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.

El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor."

"Art. 130.- Atenuantes.

Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:



1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.
2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.
3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.
4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.

En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase. Esta disposición no aplica para infracciones de tercera y cuarta clase.”

“Artículo 134.- Apelación.

La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia **dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.**

Dicho funcionario tendrá el **plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite.** La apelación no suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”. (Negrillas fuera del texto original).

“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:

1. Emitir las regulaciones, normas técnicas, planes técnicos y demás actos que sean necesarios en el ejercicio de sus competencias, para que la provisión de los servicios de telecomunicaciones cumplan con lo dispuesto en la Constitución de la República y los objetivos y principios previstos en esta Ley, de conformidad con las políticas que dicte el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.
(...)
4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, (...) con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes.
(...)
11. Establecer los requisitos, contenidos, condiciones, términos y plazos de los títulos habilitantes.
(...)
18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley.
(...)

22. Inspeccionar y fiscalizar la instalación, establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones y los sistemas de los medios de comunicación social que usen el espectro radioeléctrico, así como las redes de audio y video por suscripción. (...).

“Artículo 147.- Director Ejecutivo.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción del Directorio.

Con excepción de las competencias expresamente reservadas al Directorio, la o el Director Ejecutivo tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y video por suscripción.

Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.”.

“Artículo 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.

Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

1. Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia.

(...)

8. Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador.

(...).”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016, establece:

“Art. 85.- Recurso de apelación.- De la resolución de imposición de la sanción podrá interponerse -exclusivamente- el recurso de apelación ante el Director Ejecutivo de la ARCOTEL; por lo que, en cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.

La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.

De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.

Art. 86.- Normas aplicables.- La ARCOTEL podrá expedir las regulaciones para la aplicación del régimen sancionatorio y para el ejercicio de la jurisdicción coactiva.”.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002, determina:

“Art. 156.- Contenido de la resolución.

1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente y coherente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.



3. Las resoluciones contendrán la decisión, que deberá ser motivada. Expresarán, además, los recursos y acciones que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.
4. En ningún caso podrá la administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto en la Constitución.
5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.”.

El Instructivo Para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones – ARCOTEL, publicado en el Registro Oficial No. 632 de 20 de noviembre de 2015, señala:

“Art. 1.- El presente instructivo tiene por objeto normar la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, para el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida legalmente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; los títulos habilitantes y demás normativa aplicable.”.

“Art 36.- Recurso de Apelación.- La resolución emitida por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el/la directora/a Ejecutivo/a de dicha Agencia dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación con la resolución.

La interposición del Recurso de Apelación, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...)

La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.

De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.

Art. 37.- El/la directora/a de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, o su Delegado/a, sustanciará el recurso en mérito de autos, sin perjuicio de que de estimarse necesario se soliciten informes técnicos. (...).”.

El contrato de concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado de la Compañía OTECEL S.A. determina:

“CAPITULO IV.- OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.- Cláusula Doce.- Obligaciones generales.- Son obligaciones de la Sociedad Concesionaria, además de las que se deriven del texto del presente Contrato y las establecidas en la Legislación Aplicable, las siguientes: (...) **DOCE PUNTO ONCE (12.11)** Recibir y atender los reclamos de los Usuarios, en días y horas hábiles, los que podrán hacerse mediante atención presencial en los centros de atención al usuario en los días y horas en los que exista atención al público para venta de servicios, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), estos dos últimos con atención durante veinticuatro (24) horas, todos los días del año; **DOCE PUNTO DOCE (12.12)** Dentro de los primeros dos años de la entrada en vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria deberá instalar centros de atención al usuario propios o de terceros, por lo menos, en cada provincia, que podrán ser compartidos con la venta de productos, con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos. En aquellas ciudades donde le número de habitantes sea mayor de cincuenta mil (50.000) se deberá instalar un centro de atención al usuario. Por cada doscientos mil (200.000) habitantes adicionales, se instalará un nuevo centro de atención al usuario; (...) **VEINTISIETE PUNTO TRES (27.3)** En cualquier caso, la Sociedad Concesionaria siempre será la responsable ante los Usuarios y ante los organismos de control, regulación y administración por la



prestación de los Servicios Concesionados en los términos definidos en el presente Contrato y la Legislación Aplicable. (...)"

1.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN

El trámite para la sustanciación del Recurso de Apelación en la vía administrativa, se encuentra previsto en el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en concordancia con los artículos 36, 37 y 38 del Instructivo Para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL.

II. ANÁLISIS DE FONDO

2.1. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

La Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, en la que resolvió:

“Artículo 1.- ACOGER los Informes Técnico IT-CZO2-AA-2017-0002, de 26 de enero de 2017 y Jurídico ARCOTEL-2017-JCZ2-R-0002, de 07 de febrero del 2017, emitidos por las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la empresa Operadora OTECEL S.A., no recibe reclamos, ni atiende de manera presencial a usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos de usuarios de la marca TUENTI durante las 24 horas del día todos los días del año, por lo que es responsable de la infracción de segunda clase tipificada en el artículo Art. (sic) 118, letra b, número 6 de la citada Ley, **“No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes.”**

Artículo 3.- IMPONER a la compañía OTECEL S.A., de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SIETE DÓLARES AMERICANOS CON 15/100 (USD 272.307,15), cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, (...).

Artículo 4.- DISPONER a la empresa Operadora OTECEL S.A., que cumpla con la obligación de recibir y atender los reclamos de los usuarios, los **que podrán hacerse mediante atención presencial en sus centros de atención al usuario**, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), sin discriminación de marca comercial, de acuerdo a las disposiciones de su Título Habilitante, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normativa aplicable a la que se encuentra obligado.

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

2.2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO

Mediante el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0066 de 03 de julio de 2017, se analiza el recurso de apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, que en su parte pertinente, manifiesta:

“En el capítulo séptimo “Administración Pública”, la Carta Magna, en su artículo 226, consagra el principio de legalidad, el cual textualmente dispone:



"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." (Subrayado fuera del texto original).

Debemos recordar que la competencia deriva del principio de juridicidad (legalidad) prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador; acorde con lo referido, el Estado y sus instituciones no pueden actuar y están impedidos de ejercer actividad alguna, mientras no exista Ley que le asigne competencias y le determine el procedimiento para poder desarrollar su actividad.

El orden jerárquico de aplicación de las normas, somete a las instituciones, a los servidores y servidoras e incluso a las personas que actúan en virtud de la potestad estatal, a la Norma Suprema y a la Ley, por tanto, todas y cada una de sus acciones o decisiones deben producirse en el marco de lo prescrito en el ordenamiento jurídico. Partiendo de esta disposición constitucional debe entenderse que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y quienes ejercen las competencias otorgadas por la Ley a esta entidad, deben someter sus actuaciones, de forma estricta, a lo prescrito en la normativa legal.

Durante todo el procedimiento, se observó el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en especial lo dispuesto en el literal a, del numeral 7, del referido artículo, esto es: "Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento."

Del expediente administrativo sancionador y del análisis del mismo, se determina que se ha dado cumplimiento con el procedimiento establecido en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con lo dispuesto en el Instructivo Para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL, publicado en el Registro Oficial No. 632 de 20 de noviembre de 2015.

*La apelación interpuesta por la Compañía OTECEL S.A., ha sido efectuada dentro del plazo establecido por las normas antes señaladas, esto es, dentro de los quince días hábiles que tenía para el efecto, toda vez que la Resolución materia de este análisis, ha sido notificada el **13 de febrero de 2017** y el Recurso de Apelación fue presentado el **08 de marzo de 2017**, ante la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL; la Compañía recurrente cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 180 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE; y, las formalidades del artículo 186 ibídem; razón por la cual, es admisible a trámite.*

La Compañía OTECEL S.A. fundamenta su Recurso de Apelación, en resumen por los siguientes argumentos, los cuales se procede a analizar:

Argumentos:

"2.1. MARCA TUENTI

En junio de 2015 OTECEL S.A. puso a consideración del mercado la prestación del Servicio Móvil Avanzado (SMA), mediante la marca "TUENTI", de manera adicional a la marca MOVISTAR o tradicional hasta esa fecha. La introducción de una nueva marca tiene por objeto presentar un nuevo concepto, a un segmento específico, en este caso al segmento conocido como "Millennials".

TUENTI es una marca, cuya relación con el cliente es bajo la modalidad prepago, donde el mayor componente del producto son datos. También TUENTI es el nombre de una red social, de propiedad de TELEFONICA S.A., que permite la comunicación mediante esta aplicación, una vez descargada en el terminal móvil.

La característica de la marca TUENTI es ser ágil y sencilla, cuya relación es principalmente mediante plataformas digitales, para competir con los denominados OTTs que no cuentan con regulación ni control alguno. La atención presencial es poco o nada demandada por los clientes de TUENTI, que, siendo prepago y digitales, disponen de todos los elementos a su alcance para sus requerimientos. Sin embargo, en los centros de ventas de TUENTI se tiene además la posibilidad de receptor requerimientos presenciales.

Desde el punto de vista de los resultados obtenidos se tiene que los usuarios de TUENTI estén altamente satisfechos. Esto es un señalamiento objetivo y real, medido por el índice de satisfacción del cliente, que quizás es el mayor del mercado.

(...) parece un concepto obvio que cada marca y producto asociado debe tener su propia identidad. La Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL lo que está imponiendo es estandarizar a las todas y cada una de las marcas, reduciendo la innovación y reduciendo la competencia, que en gran medida se soporta en la libertad empresarial para innovar.

(...) No se requiere mayor explicación ante el hecho que, si se impone una política pública o se impone una penalización, como la ocurrida con la Zonal 2 de ARCOTEL, para establecer como debe ser la relación entre un operador y sus clientes, indistintamente de la marca y del producto asociado, esto conduce a una estandarización, donde reduce la innovación, se reducen los beneficios para la economía y se reducen los beneficios de la sociedad de la información.

Resulta paradójico que se asuma que la actividad de control de la Zonal 2 de ARCOTEL, al sistema organizativo de una marca (TUENTI) y no a un resultado objetivo medido por el "índice de satisfacción del cliente", y para el mercado, medido por un "índice de innovación". Extraña filosofía su actuación al desconocer al mercado como el esfuerzo de los agentes económicos en ganarse la confianza de los clientes.

(...)

2.2. FALTA DE TIPIFICACIÓN E IMPUTABILIDAD DE LA INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 118, LETRA b) NUMERAL 6) DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 118, literal b) numeral 6) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: "6. No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas a los títulos habilitantes."

En el presente caso, para que se pretenda imponer una sanción en base a los presupuestos del numeral 6 del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones deben cumplirse los presupuestos objetivos de la norma, es decir: que "no se disponga" de servicios de información y asistencia para la atención a reclamos, de acuerdo a los términos y condiciones que se han establecido expresamente en el Contrato de concesión en las Cláusulas 12.11., 12.12 y en el Anexo 5 respectivamente.

La autoridad de la ARCOTEL, no puede modificar el alcance de las disposiciones para pretender imponer una sanción a mi representada, por el contrario, debe aplicar la Ley a las conductas que señala son ilícitas. En el presente caso, conforme quedó ampliamente demostrado OTECEL S.A. siempre contó con los servicios de información y asistencia para la atención de reclamos tanto para TUENTI como para MOVISTAR conforme fue puesto en conocimiento de la ARCOTEL en su debida oportunidad. Pretender sancionar a mi representada con interpretaciones ilegales, extensivas es una arbitrariedad prohibida por la Ley.

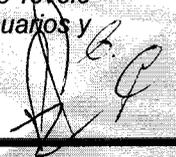
2.3. ILEGAL INTERPRETACIÓN EXTENSIVA POR PARTE DE LA COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LAS CLÁUSULAS 12.11 Y 12.12 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Conforme a lo estipulado en el propio Contrato de Concesión, le corresponde al CONATEL (hoy Directorio de la ARCOTEL), de forma exclusiva y excluyente, interpretar las Cláusulas contractuales.

En consecuencia, en el evento de que existiese la necesidad de interpretar una cláusula contractual, debe seguirse lo previsto en la Cláusula Tercera y Cuarta del Contrato de Concesión que expresamente señalan la forma en la que se interpretarán los términos y condiciones del mismo: (...)

Se aclara que no existe legislación aplicable, ni definición contractual que deba tomarse en cuenta, sobre las cláusulas 12.11 y 12.12. En consecuencia, la aclaración que le corresponde realizar al Directorio de ARCOTEL es conforme con el "sentido literal y obvio de las palabras" y su semántica acorde al idioma castellano.

En el presente caso, la Coordinación Zonal 2, está interpretando las cláusulas del Contrato sin tomar en consideración el "sentido literal y obvio de las palabras, dentro del contexto del mismo y cuyo objeto revele claramente la intención de las Partes", pues pretende so pretexto de precautelar los derechos de los usuarios y





abonados, -bajo una falsa premisa de que éstos los han solicitado-; sin embargo, no existe evidencia de tales reclamos.

El artículo 226 de la Constitución consagra el principio de legalidad, y en tal virtud la potestad sancionatoria que se atribuye a ciertas entidades estatales, como en este caso a la ARCOTEL, quien debe cumplir con el mandato del numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República que ordena que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurarán el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

"3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la Ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."

En concordancia con lo anterior, el numeral primero del Art. 192 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) dice que la potestad sancionatoria de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma. (Negrita y subrayado son míos)

(...)

Efectivamente, la regla de la tipicidad en materia administrativa resulta de especial importancia para los administradores y es un instrumento que habilita la posibilidad de la Autoridad -en este caso el ARCOTEL- de imponer sanciones.

(...)

En efecto, la garantía a la seguridad jurídica se fundamenta según el artículo 82 de la Constitución en el "respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."

El presente proceso administrativo sancionador se inició con la imputación de una infracción prevista en el numeral 6) del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y se ha pretendido a lo largo de la instancia respectiva en la Coordinación Zonal interpretar de forma antojadiza las cláusulas pertinentes del Contrato de Concesión como se explica más adelante.

2.4. CLÁUSULAS QUE SE SOLICITÓ AL DIRECTOR DE ARCOTEL LA INTERPRETACIÓN

Respecto de la cláusula 12 del Contrato de Concesión, se solicitó a la Presidenta del Directorio de ARCOTEL con oficio VPR-14250-2017 de 6 de marzo de 2017 la interpretación de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria:

(...)

2.5. INCOMPETENCIA DE LA COORDINACIÓN ZONAL 2 DE ARCOTEL PARA INTERPRETAR CLÁUSULAS CONTRACTUALES ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN

(...)

Es decir, que la Coordinación Zonal una vez que OTECEL S.A. demostró que no existía las conductas que inicialmente sirvieron de sustento para la emisión del Acto de Apertura, pretende a través de la Resolución objeto de la apelación, innovar, modificar, cambiar, los presupuestos que configuraría la presunta infracción, señalando que mi representada debe prestar todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos, sin discriminación de marca, cuando NI LA LEY NI EL CONTRATO DE CONCESIÓN HACE TAL INTERPRETACIÓN. Es importante que se tenga en cuenta al momento de resolver la apelación, que OTECEL S.A. pudo ejercer su derecho a la defensa y a contradecir las pruebas aportadas por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL (Informes Técnicos y Jurídicos), en el Acto de Apertura, por tanto, era sobre esto lo que debía pronunciarse, y no sobre nuevos elementos o conductas que recién aparecen en la Resolución sancionatoria, lo cual provoca la indefensión de OTECEL S.A. En el mismo sentido, en la Resolución ahora apelada, es absolutamente ilegal e impropio que la Coordinación Zonal pretenda justificar con nuevos argumentos las razones por las que se pretende imponer a OTECEL S.A. una sanción cuando dichos presupuestos no constan del Acto de Apertura oportunamente notificado.

(...)

Es decir, la aplicación de las cláusulas 12.11 y 12.12 están estrechamente vinculadas con la aplicación y cumplimiento de lo previsto en el Anexo 5 y, por lo tanto de la revisión de los parámetros de calidad establecidos



en tal Anexo se puede analizar si mi representada se encuentra o no en violación de alguna de las disposiciones del Contrato. Ni la Ley ni el Contrato de Concesión penaliza la modalidad de gestión, es una libertad concedida a los prestadores de servicios (otorga libertad empresarial), y sí regula los resultados observables y cuantificables de manera objetiva. Tanto es así que la Cláusula 12.14 del Contrato señala:

“Registrar, atender y gestionar los reclamos relacionados con la prestación de los servicios Concesionados, de conformidad con lo establecido en el Anexo 5 del presente Contrato...”

La Cláusula 42 del Contrato de Concesión, numeral 42.1 también hace relación a la orientación del resultado y no a la modalidad del canal de atención, menos que el usuario sea quien decida cómo quiere ser atendido:

“De acuerdo con lo dispuesto en la Legislación Aplicable y en este Contrato, la Sociedad Concesionaria mantendrá un sistema eficiente para la solución de quejas y reclamos, debiendo atenderlos dentro de un Plazo máximo de quince (15) días”.

La Cláusula 3.1. del Contrato de Concesión señala que la interpretación será conforme con el “sentido literal y obvio de las palabras” y “dándose a cada una el sentido que mejor convenga al Contrato en su totalidad”.

En consecuencia, conforme a estas consideraciones de interpretación señalamos enfáticamente que:

En relación con la Cláusula 12.11:

- a) Los canales de atención al cliente que implemente OTECEL S.A. es facultativo, se señala como “podrá” y no imperativo “deberá”. Es decir, OTECEL puede escoger, libremente, cualquier canal de atención con el cliente. El resultado de la relación con el cliente se mide con los indicadores del Anexo 5 y no por el tipo de canal disponible como lo considera la Zonal 2.
- b) El carácter facultativo no significa que se convierte en imperativo si OTECEL S.A. ha escogido uno o más canales de atención al cliente o usuario para un producto con su marca asociada y que, debido a ello se convierta en un estándar (obligatorio) para todas y cada una de las marcas y sus productos asociados.
- c) La cláusula señala el uso del canal presencial **“en los que exista atención al público para venta de servicios”**. No se “vende” el servicio TUENTI en las tiendas de MOVISTAR ni viceversa. Entonces, la atención presencial es donde se vende el servicio. Es decir, en las tiendas de TUENTI, se atiende TUENTI y en las tiendas de MOVISTAR se atiende MOVISTAR.
- d) No existe infracción contractual en la libertad de escoger los canales de atención que mejor se adapten a cada marca. No es potestad de ARCOTEL definir la estructura de atención al cliente de OTECEL S.A., sino verificar su resultado acorde al Anexo 5 del Contrato.

Respecto de la Cláusula 12.12:

- a) Que los centros de atención y ventas (CAVS) es una obligación para OTECEL S.A., que es el concesionario (ni MOVISTAR ni TUENTI) son concesionarios). Es decir, OTECEL S.A. puede cumplirlos instalando CAVS para atender a los clientes de la marca MOVISTAR o para atender a los clientes de la marca TUENTI o una combinación de ambos. La decisión es enteramente de OTECEL S.A.
- b) Qué es impertinente la interpretación de la Zonal 2 de que los CAVS donde se vende únicamente productos asociados a MOVISTAR deben gestionar los reclamos asociados a la marca TUENTI y viceversa: “con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos” y “sin discriminación de marca”. Resulta en una intervención regulatoria de baja calidad, desproporcionada y sin transparencia, puesto que confunde al mercado y a los usuarios, (...)
- c) Que la cláusula contractual no anula ni está por encima de la Cláusula 12.11, que permita la escogencia del canal de atención de forma facultativa dependiendo de su segmentación, marca y estrategia comercial. El número de CAVS que disponer OTECEL S.A. no es por la agregación de marcas (todos y cada uno atiende todas las marcas).

Finalmente, debo señalar que en el Artículo 4 de la Resolución la Coordinación Zonal llega al absurdo de pretender modificar por medio de la Resolución administrativa el contrato de concesión suscrito entre mi representada y el Estado Ecuatoriano al señalar que:

"Artículo 4. **DISPONER** a la empresa Operadora OTECEL S.A. que cumpla con la obligación de recibir y atender los reclamos de los usuarios, los que podrán hacerse mediante atención presencial y en sus centros de atención al usuario, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), **sin discriminación de marca comercial**, de acuerdo a las disposiciones de su Título Habilitante, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normativa aplicable a la que se encuentra obligado."

En consecuencia, señora Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, no puede permitirse que la Coordinación Zonal se atribuya potestades que no existen en la Ley. Esta incompetencia genera la nulidad de pleno derecho de la Resolución de conformidad con el literal b) del Artículo 129 del ERJAFE.

2.6. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN LA CLÁUSULA 12.11. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: ATENCIÓN Y RECEPCIÓN DE RECLAMOS.-

OTECEL S.A., con los canales actualmente disponibles para la Atención y Recepción de Reclamos de la Marcas Movistar y TUENTI, **cumple** con los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, que son reportados trimestralmente al ARCOTEL y publicados en el SAAD (Sistema Automatizado con Acceso a través de la Internet) (...)

TUENTI es una segunda marca comercial de OTECEL S.A. y está enfocada exclusivamente para segmento de Prepago para nichos de clientes del segmento joven de la población en búsqueda de un mejor servicio brindado digitalmente.

Por su concepto los canales de atención al cliente son:

- a) Se tiene disponible 26 islas las cuales reciben y atienden requerimientos (consultas y reclamos), estos canales presenciales están publicados en la página web de TUENTI.
<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>
- b) Canales digitales: Chat en www.tuenti.ec, chat en la app Tuenti, y redes sociales (Facebook, y Twiter). Todos los canales digitales son 24/7.

La Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL en la Resolución ARCOTEL-CZO2-2017-002 (pág. 32) manifiesta:

"Adicionalmente señalan que han dado pleno cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales poniendo a disposición de sus usuarios/abonados 26 islas, en las cuales reciben y atienden reclamos y cuyas ubicaciones se encuentran publicadas en la página web de TUENTI..."

"Sobre la base de lo señalado se procedió a acceder a la dirección indicada, identificando que OTECEL S.A. en relación a las "Islas TUENTI", señala que las mismas son puntos de venta de chips y recargas de saldo, sin manifestar absolutamente nada al respecto de que en las mismas pueden realizarse reclamos."

Sobre lo afirmado por ARCOTEL, se reitera conforme se ha manifestado durante todo el proceso que en las 26 Islas TUENTI se reciben y se atienden requerimientos (consultas y reclamos), para aclarar este particular se ha incluido el siguiente texto en la página web: "También puedes visitarnos en nuestras Islas TUENTI, donde te ayudaremos con cualquier requerimiento" (<https://www.tuenti.ec/ayudas/>), en la siguiente tabla se presenta los requerimientos gestionados por las ISLAS TUENTI de los últimos 6 meses.

(...)

En virtud de lo expuesto, la infracción imputada a mi representada carece de todo fundamento de hecho y de derecho, ya que OTECEL S.A. cumple con lo señalado en la normativa vigente respecto a la atención y recepción de reclamos, y se cumple estrictamente con los valores objetivos establecidos en los parámetros de calidad con los canales disponibles de atención y recepción de reclamos, tal como se ha evidenciado a lo largo de este proceso.

2.7. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PREVISTA EN LA CLÁUSULA 12.12. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: INSTALACIÓN DE CENTROS ATENCIÓN AL USUARIO.

(...) No existe sustento alguno a la aseveración de la autoridad de ARCOTEL de que mi representada se encuentra incumpliendo con la estipulación prevista en la Cláusula 12.12 del Contrato de Concesión, puesto que como es de su conocimiento dicha obligación ha sido plenamente cumplida, mediante oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-



0057-OF recibido en OTECEL S.A. el 29 de enero de 2016, el Ente de Regulación y Control informó el número de Centros de Atención que OTECEL S.A. debe tener habilitado conforme lo establece el Contrato de Concesión:

	CAVs requeridos
Proyección realizada por ARCOTEL	61

OTECCEL S.A. con oficio VPR-11381-2016 ingresado en ARCOTEL el 4 de febrero de 2016 con Hoja de Trámite No. DGDA-2016-002007, remitió el Listado de CAVs, **siendo un total de 96 Centros de Atención.**

Por lo tanto, no existe fundamento de hecho para imputar a mi representada una infracción respecto del cumplimiento de instalar Centros de Atención al Usuario de parte de OTECEL S.A., cumpliendo con la exigencia legal y contractual.

2.8. RESPECTO A LOS USUARIOS Y ABONADOS

La Coordinación Zonal 2 pretende sustentar todo su argumento en base a una presunción de incumplimiento de las disposiciones del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en especial los numerales 1,3, 19, 28 que me permito citar a continuación para el respectivo análisis respecto de los deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones y de las cuales no tiene prueba alguna de que hayan sido violadas.

(...)

Al respecto, me permito ser enfático al señalar que, en el presente caso, no se han incumplido ninguno de los deberes antes citados. Las Cláusulas contractuales se encuentran cumplidas en base a los parámetros de calidad que constan en el Anexo 5 y no puede alegarse ligeramente incumplimiento de parte de OTECEL S.A. de las obligaciones contractuales y en especial de los derechos de los usuarios y abonados del servicio tanto para la marca MOVISTAR como TUENTI, cuando no existe prueba alguna de aquello.

(...) no existe presupuesto de hecho para pretender sancionar a mi representada por incumplimiento alguno a sus obligaciones ni deberes antes citados, por el contrario, la ARCOTEL pretende limitar libertades de mi representada, sin sustento en la Ley y haciendo interpretaciones extensivas.

2.9. FALTA DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En el presente procedimiento la ARCOTEL ha pretendido incorporar pruebas de un supuesto incumplimiento y se sustenta y ratifica en el Informe Técnico No. IT-CZ02-AA-2017 de 26 de enero de 2017, que no se adjunta a la Resolución y no conocemos su contenido, sino exclusivamente a través de las citas textuales incorporadas en la misma Resolución. Se innovó la prueba, la cual no fue puesta en conocimiento de mi representada a efectos de que pueda ejercer su legítimo derecho a contradecir la misma, es decir, es una nueva violación al debido proceso, que dejó nuevamente en indefensión a mi representada.

Adicionalmente, en el procedimiento se ha hecho énfasis en el documento VPR-9229-2015 DE 15 DE MAYO DE 2015, mediante el cual OTECEL S.A. anuncia al Ministerio de Telecomunicaciones y a la ARCOTEL el lanzamiento de la marca TUENTI. Este documento pretende darle un valor adicional al señalar que OTECEL S.A. habría asumido obligaciones adicionales a las previstas en la Ley y en el Contrato, lo cual no es cierto y legalmente no es posible, pues una comunicación no puede bajo ningún término modificar un Contrato de concesión suscrito con el Estado Ecuatoriano.

Adicionalmente, llega a la conclusión en la página 50 de la Resolución de que "la conducta de la empresa OTECEL S.A. es continua, como así expresamente reconoce en el escrito de contestación del Acto de Apertura, es decir continua sin recibir y atender los reclamos de los usuarios de la marca TUENTI en sus centros de Atención al usuario (...), se puede determinar que no existe la voluntad de parte de la empresa de poner fin a la conducta que ha llevado a determinar la infracción administrativa del presente procedimiento".

Es decir, que sustenta en su motivación en base a una apreciación basada en dos premisas: una falsa, en que OTECEL S.A. ha reconocido expresamente no recibir y atender reclamos, y en una premisa subjetiva de pretender valorar la voluntad de mi representada a poner fin una conducta que no está definida claramente en el acto de apertura ni en la resolución.



Ambos actos administrativos carecen de motivación y son nulos de pleno derecho.

2.10. ATENUANTES CONFIGURADOS

*Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos anteriores, respecto de la inexistencia de la infracción imputada; y, **de forma subsidiaria**, OTECEL S.A. solicitó se consideren las atenuantes previstas en el Art.130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones por haberse configurado a favor de la operadora; sin embargo la Coordinación Zonal no ha aplicado las atenuantes configuradas en el presente caso, no ha motivado su falta de aplicación y simplemente se remite a señalar de forma ambigua que: "... la operadora manifiesta que ha implementado la "atención y recepción" de reclamos de usuarios/abonados de la Marca TUENTI a través de los CAVs de Movistar y mediante el *001 (call center), sin embargo, según indican, estas incidencias en realidad serán derivadas a los canales de atención de TUENTI para que los mismos sean finalmente atendidas, **razón por la cual se considera que a pesar de la implementación del mencionado "plan de mejora", los CAVs de MOVISTAR seguirán sin prestar todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos de los usuarios/abonados de la Marca TUENTI...**" para efectos de aplicar la sanción absolutamente desproporcionada impuesta mediante la Resolución ahora apelada.*

En el presente caso, han efectivamente concurrido las atenuantes y sin perjuicio de aquello, la Autoridad de la Coordinación Zonal no ha realizado una valoración ni análisis respecto de la posibilidad de abstenerse a sancionar a mi representada violando el principio de legalidad, de razonabilidad y de proporcionalidad, así como el principio de inocencia consagrado en la Constitución aplicando una sanción sin fundamento legal ni técnico. No existe evidencia de perjuicio alguno que deba ser reparado, ni violación o agravante que haga que la Autoridad de la Coordinación Zonal tenga sustento para aplicar una sanción que no tiene razonabilidad ni proporcionalidad alguna.

Si bien la disposición prevista en el Artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones es potestativa y discrecional de parte de la Autoridad, es también obligación de aquella el justificar motivadamente las razones de su aplicación, o en su caso, de la -no aplicación- de la misma. (...)

*Justamente, la norma prevista en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene como finalidad de lograr los objetivos previstos para el control en la prestación de los servicios de telecomunicaciones a nivel nacional, **y no una finalidad sancionatoria meramente punitiva y posiblemente confiscatoria.***

*En tal virtud, es obligación de la Autoridad aplicar lo previsto en el Reglamento de Control de la Discrecionalidad de los Actos administrativos que en el artículo 11 dice: "las medidas que el acto discrecionalidad involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida"; y **Art. 12.-** "El control de la actividad discrecional debe confirmar, finalmente; si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en este reglamento y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable."*

En el presente caso, reitero existen las siguientes atenuantes configuradas según el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme lo describe a continuación:

- **"1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador",**

OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma causa y efecto.

- **"3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción", y**

Como plan de mejora se ha implementado la atención y recepción de reclamos de clientes de la Marca TUENTI en los CAVS de Movistar, a pesar que como ya se señaló no se venden o prestan servicios de la Marca TUENTI. Estos reclamos serán registrados en el Sistema de Incidencias para su respectiva gestión con el Equipo de Atención de TUENTI, es decir un Ejecutivo de TUENTI se pondrá en contacto de manera inmediata para tramitar el requerimiento del Cliente.

Respecto al Call Center, se ha dado acceso al *001 a los clientes de TUENTI. Estos reclamos serán enrutados a los canales de atención de TUENTI. Estos reclamos serán registrados en el Sistema de Incidencias para su respectiva gestión con el Equipo de Atención de TUENTI, es decir un Ejecutivo de TUENTI se pondrá en contacto de manera inmediata para tramitar el requerimiento del Cliente.

- **“4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.”;**

No existe afectación ni perjuicio a los clientes, OTECEL S.A. con sus Marcas comerciales Movistar y TUENTI cumplen con los parámetros de calidad establecidos en el Contrato de Concesión.

Señora Directora Ejecutiva, la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL no considera la atenuante 3 señalando erróneamente que los reclamos de la Marca TUENTI que se recepen en los CAVs de Movistar o en el Call Center (*001) en realidad serán derivados a los canales de atención de TUENTI para que los mismos sean finalmente atendidos, razón por la cual la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL considera que a pesar de la implementación del PLAN DE MEJORA los CAVs de Movistar seguirán sin prestar todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos de los usuarios/abonados de la Marca TUENTI.

Sobre lo afirmado por ARCOTEL, es importante aclarar que tanto en los CAVs de Movistar y en el Call Center (*001), los reclamos de la Marca TUENTI, serán registrados en el Sistema de Incidencias para su respectiva gestión con el Equipo de Atención de TUENTI, es decir un Ejecutivo de TUENTI se pondrá en contacto de manera inmediata para tramitar el requerimiento del Cliente. En ese sentido se prestará todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos de los usuarios/abonados de la Marca TUENTI, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 42 del Contrato de Concesión, numeral 42.1 que señala: “De acuerdo con lo dispuesto en la Legislación Aplicable y en este Contrato, la Sociedad Concesionaria mantendrá un sistema eficiente para la solución de quejas y reclamos, **debiendo atenderlos dentro de un Plazo máximo de quince (15) días**”. Conforme lo expuesto se solicita se aplique la atenuante 3.

Referente a la atenuante 4, **al no existir una falla técnica causada, ni afectación o perjuicio a los clientes conforme lo señala la Coordinación Zonal 2 en la Resolución ARCOTEL-ZC02-2017-0002(pág.50): “En relación a la circunstancia atenuante 4, se ha determinado que no existe daño técnico causado y no se configura una reparación integral, por lo que no se acepta a trámite esta atenuante”;** esta atenuante no es aplicable conforme lo previsto en el Art. 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que establece: “Resolución – Numeral 2. La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En 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**” (el subrayado me pertenece)

En virtud de lo expuesto y de acuerdo a lo señalado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se solicita que se analice la concurrencia de atenuantes 1 y 3 en el presente caso y se abstenga de imponer una sanción previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios. Cabe recalcar que **No existe afectación ni perjuicio a los clientes, OTECEL S.A. con sus Marcas comerciales Movistar y TUENTI cumple con los parámetros de calidad establecidos en el Contrato de Concesión.**

Finalmente, en el presente caso tampoco se ha aplicado el principio de proporcionalidad de la sanción considerando que no existe afectación ni perjuicio a los clientes.

El Diccionario de la Lengua Española entiende por “proporcionalidad” a la “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”. A su vez considera que la proporción consiste en la “disposición o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí”.

El Numeral 6 del Art. 76 de la Constitución, se considera como una garantía básica al debido proceso establecer “... la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”

La Disposición 27-27-CONATEL-2014 de 17 de diciembre de 2014, y ratificada con Disposición 03-03-CONATEL-2015, establece que:



No.	Ciudad	Nombre del local	Dirección	Fecha y hora de la inspección
1	Quito	C.C. Condado Shopping - Isla Tuenti y CAU Movistar	Av. De la Prensa y Av. Kennedy, Nivel 3 Pasillo frente a Banco Pichincha	01-jun-15 10:20
2	Quito	Centro de Atención al Usuario Carcelén	Av. Diego de Vásquez N77-592 y Antonio Núñez Ref. Entre Servipagos y Supermaxi	01-jun-16 11:04
3	Quito	CAC Express C.C. El Jardín	Av. Río Amazonas y Av. De la República, Centro Comercial El Jardín local 2do. Piso locales C223 - C226	01-jun-16 12:45
4	Quito	CAC Express C.C. Quicentro	Av. 6 de Diciembre Naciones Unidas, Centro Comercial Quicentro Shopping Planta Alta Local 9 No.P1-04	02-jun-16 14:15
5	Quito	CAC Express C.C. Iñaquito	Av. Río Amazonas y Av. Naciones Unidas, Centro Comercial Iñaquito LC 223-224.	02-jun-16 14:45
6	Quito	CAC Comunikt C.C. San Luis	Av. General Rumiñahui Centro Comercial San Luis local N1-151	01-jun-16 13:00
7	Quito	CAC Avante Scala C.C. Scala	Cumbayá Vía Interoceánica km 12 ½ Centro Comercial Scala Local L133 Planta Baja	01-jun-16 14:45
8	Quito	CAC Movistar Matriz - República y Pradera	Av. De la República y La Pradera (Esquina)	03-jun-16 10:04
9	Guayaquil	Riocentro Norte	Av. Francisco de Orellana y Guillermo Pareja	03-jun-16 10:18
10	Guayaquil	Mall del Sol	Av. Joaquín Orrantía	03-jun-16 11:08
11	Cuenca	CAU DE OTECEL S.A.	Calle Simón Bolívar 7-55 y Luis Cordero	01-jun-16 12:30

Por lo indicado anteriormente **se concluye que la operadora OTECEL S.A. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año, siendo lo publicitado en hojas volantes y página Web por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter).**

Con sustento en el hecho reportado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0011 de 28 de noviembre de 2016, de cuyo análisis consideró la presunción de incumplimiento de las obligaciones determinadas en el título habilitante, específicamente en las Cláusulas Doce, numerales Doce Punto Once (12.11) y Doce Punto Doce (12.12), que guardan relación con las obligaciones determinadas en el artículo 24 numerales 1, 3, 19 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; por lo que de confirmarse el hecho presumiblemente infractor y la responsabilidad de la Operadora OTECEL S.A., incurriría en la infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b) número 6, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la Ley en referencia; concluyendo que se debe proceder a iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio de acuerdo con lo que determina la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL y demás disposiciones pertinentes.

En tal virtud, el 29 de noviembre de 2016, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dictó el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, en contra de OTECEL S.A., por la presunta infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b) número 6, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es, "No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas a los títulos habilitantes.", cuya sanción se encuentra establecida en los artículos 121 y 122 ibidem; otorgándole a la Operadora el término de quince días contados a partir del día hábil siguiente al de la fecha de recepción de la notificación del Acto de Apertura, para que conteste los cargos que se le imputan, en acatamiento de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso en el ámbito administrativo. Dicho Acto de Apertura

del Procedimiento Administrativo Sancionador, fue notificado a la Compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, el 29 de noviembre de 2016.

Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008100-E de 21 de diciembre de 2016, OTECEL S.A. dio contestación al mencionado Acto de Apertura, alegando en resumen:

2.1. Inexistencia de Infracción prevista en el artículo 118, literal b) numeral 6) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.1.1. Alcance de la obligación contenida en la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión.

2.1.2. Cumplimiento de la Obligación prevista en la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión: Atención y Recepción de Reclamos.

2.1.3. Cumplimiento de la Obligación prevista en la Cláusula 12.12. del Contrato de Concesión: instalación de centros atención al usuario.

2.1.4. Indebida imputación de Infracción prevista en el numeral 6) literal b) de Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.2. Tendencia innovadora de la marca comercial TUENTI.

2.3. Errores Insubsanables en la inspección de ARCOTEL e informe técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016: "(...) Los Centros de Atención al Usuario, que inspeccionó ARCOTEL corresponden a CAVs de la Marca Movistar, en los cuales NO SE COMERCIALIZAN SERVICIOS de la Marca Comercial TUENTI; las Islas disponibles de TUENTI para atender y recibir reclamos se encuentran detalladas en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>).- En consecuencia, conforme se ha reiterado a lo largo del presente alegato, no existe el presupuesto de hecho necesario para que la Autoridad pretenda sancionar a mi representada, pues no se puede exigir que en centros de atención en donde no se comercializa dicha marca se reciba y atienda reclamos de usuarios. La información proporcionada por parte de OTECEL S.A. a los clientes que adquieren la marca comercial TUENTI es clara y se encuentra debidamente publicitada en los canales antes señalados.- Por tanto no existe fundamento alguno para que la Autoridad pretenda sancionar a mi representada por este concepto, ya que no existe obligación legal, ni contractual que la sustente."

2.4. Atenuantes configurados. La Operadora solicitó que sean considerados los atenuantes 1, 3 y 4 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; argumentando respecto al atenuante 1 que OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma causa y efecto; sobre el atenuante 3, manifestó que como plan de mejora se ha implementado la atención y recepción de reclamos de clientes de la Marca TUENTI en los CAVS de Movistar, a pesar que como ya señaló no se venden o prestan servicios de la Marca TUENTI. Estos reclamos serán derivados a los canales de atención de TUENTI. Respecto al Call Center, se ha dado acceso al *001 a los clientes de TUENTI. Estos reclamos serán enrutados a los canales de atención de TUENTI; y, sobre el atenuante 4 señaló que no existe afectación ni perjuicio a los clientes, OTECEL S.A. con sus marcas comerciales Movistar y TUENTI cumplen con los parámetros de calidad establecidos en el Contrato de Concesión. Razón por la cual, solicitó que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción.

La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, abrió el período de quince días hábiles para evacuar las pruebas solicitadas, como se desprende de la Providencia de 22 de diciembre de 2016.

El Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0002 de 26 de enero de 2016, relacionado con el análisis de la contestación, alegatos y pruebas de OTECEL S.A., al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, en relación a los descargos técnicos manifestó que, "(...) La operadora presenta argumentos relacionados básicamente con el alcance de la obligación contenida en la Cláusula 12.11 del Contrato de Concesión, sin embargo se determina que varias de las afirmaciones presentadas no están acorde con los criterios en favor de los usuarios/abonados de los servicios de telecomunicaciones, manejados por este Organismo de regulación y control, según se evidencia a continuación:

1. "... b) No existe obligaciones determinadas respecto de la atención de reclamos de forma específica o segregada por marcas o productos.

(...)

h) Tal como lo indica la Cláusula 12.11, la atención presencial debe ser en centros de atención donde se realice la venta de servicios. En ese sentido en los CAVs de Movistar se vende los productos de la Marca Movistar y se atienden requerimientos/reclamos de Movistar; y en las Islas de TUENTI, se vende los productos de la Marca TUENTI, y se atienden los requerimientos / reclamos de TUENTI..."

En el documento VPR-9229-2015 de 15 de mayo de 2015 (ARCOTEL-2015-004100), mediante el cual OTECEL S.A., en el marco de su Contrato de Concesión del Servicio Móvil Avanzado (SMA) suscrito con el Estado

ecuatoriano en el año 2008, anuncia al Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información y a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, "el próximo lanzamiento de una nueva estrategia comercial mediante una SEGUNDA MARCA denominada "TUENTI" (...) que al ser un servicio prestado por OTECEL S.A., acorde con su Contrato de Concesión, cumplirá con todos sus requisitos," por lo cual se determina que las condiciones de la atención de los reclamos generados por usuarios y abonados de la marca TUENTI, deben ir acorde con las condiciones estipuladas en el mencionado Contrato de Concesión y en este caso específicamente con lo señalado en la cláusula 12.12, en la cual se establece expresamente que: "Dentro de los primeros dos años de la entrada en vigencia del presente Contrato, la Sociedad Concesionaria deberá instalar centros de atención al usuario propios o de terceros, por lo menos, en cada provincia, que podrán ser compartidos con la venta de productos, con todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos. En aquellas ciudades donde el número de habitantes sea mayor de cincuenta mil (50.000) se deberá instalar un centro de atención al usuario. Por cada doscientos mil (200.000) habitantes adicionales, se instalará un nuevo centro de atención al usuario." (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original)

Sobre la base de lo señalado se determina que la atención de reclamos de los usuarios/abonados de la marca TUENTI debe ser gestionada por CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO CON TODAS LAS FACILIDADES Y ATRIBUCIONES PARA GESTIONAR TODO TIPO DE RECLAMOS provenientes de cualquier usuario/abonado/cliente de OTECEL S.A., sin discriminación de marca.

2. "... d) La recepción y atención de reclamos puede ser mediante: i) atención presencial, ii) en páginas electrónicas, iii) en centro de llamada (call centers).

e) No existe obligación de recibir y atender los reclamos mediante las tres formas, es facultativo de la operadora..."

Al respecto, se determina que las condiciones de la atención de los reclamos generados por usuarios/abonados de la marca TUENTI, deben ir acorde con las condiciones estipuladas en el mencionado Contrato de Concesión y en este caso específicamente con lo señalado en la cláusula 12.11, en la cual se establece expresamente: "Recibir y atender los reclamos de los Usuarios, en días y horas hábiles, los que podrán hacerse mediante atención presencial en los centros de atención al usuario en los días y horas en los que exista atención al público para venta de servicios, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center), estos dos últimos con atención durante veinticuatro (24) horas, todos los días del año;"

De acuerdo con lo indicado, constituye obligación de OTECEL S.A. la recepción y atención de reclamos de los usuarios, los que podrán hacerse mediante atención presencial, páginas electrónicas o centros de llamadas (call centers), es decir, el usuario es quien escoge el canal por el que quiere recibir la atención a sus reclamos.

(...)

OTECCEL S.A. manifiesta que con los canales actualmente disponibles para la Atención y Recepción de Reclamos de las Marcas Movistar y TUENTI, se encuentra en cumplimiento de los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, cuyos reportes son presentados trimestralmente al ARCOTEL y publicados en el SAAD (Sistema Automatizado con Acceso a través de la Internet) e incluyen tanto reclamos de usuarios/abonados/clientes de la Marca Movistar, así como de usuarios/abonados de la Marca TUENTI, al respecto de lo cual se considera que si en la elaboración de los reportes de calidad manifestados se consideran, tanto reclamos de usuarios/abonados/clientes de la Marca Movistar, así como de usuarios/abonados de la Marca TUENTI, la atención de quejas debería también realizarse mediante cualquier canal de atención ofrecido por OTECEL S.A. sin discriminación de marca.

Adicionalmente señalan que han dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales poniendo a disposición de sus usuarios/abonados 26 Islas, en las cuales reciben y atienden reclamos y cuyas ubicaciones se encuentran publicadas en la página web de TUENTI (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>).

Sobre la base de lo señalado se procedió a acceder a la dirección indicada, identificando que OTECEL S.A. en relación a las "Islas Tuenti", señala que las mismas son puntos de venta de chips y recargas de saldo, sin manifestar absolutamente nada al respecto de que en las mismas puedan realizarse reclamos. (...)

Finalmente, en el presente punto indican que el call center es opcional de acuerdo a lo establecido en la cláusula 12.11 de su Contrato de Concesión y en ese sentido se tiene la página electrónica y otros canales digitales adicionales, en relación a lo cual, como ya se ha manifestado en el Análisis de la PARTE 1 (numeral 3.1.1) del presente informe, constituye obligación de OTECEL S.A. la recepción y atención de reclamos de los usuarios, los que podrán hacerse mediante atención presencial, páginas electrónicas o centros de llamadas (call centers), es decir, el usuario es quien escoge el canal por el que quiere recibir la atención a sus reclamos.

(...)

En relación a lo señalado por la operadora es necesario aclarar que la emisión del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016 se sustentó en la relación entre el hecho informado (“...la operadora OTECEL S.A. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año...” y el derecho lesionado (estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en su Cláusula doce, que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria, específicamente en lo establecido en su numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12) que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), que se subsumió en la presunta infracción atribuida a la operadora OTECEL S.A., tipificada en el artículo 118, letra b), numeral seis (6) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

(...)

En este punto la operadora manifiesta que el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0075 de 17 de octubre de 2016, que sirve de sustento para la emisión del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-011 de 29 de noviembre de 2016, contiene errores técnicos insubsanables que inducen a la autoridad a una apreciación e interpretación equivocada de los fundamentos de hecho, puesto que los Centros de Atención al Usuario, que inspeccionó ARCOTEL corresponden a CAVs de la Marca Movistar, en los cuales no se comercializan servicios de la Marca Comercial TUENTI y que las Islas disponibles de TUENTI para atender y recibir reclamos se encuentran detalladas en la página web de la misma. Al respecto, como ya se ha manifestado en el análisis realizado en el numeral 3.1.1. del presente documentos la atención de reclamos de los usuarios/abonados, en este caso de la marca TUENTI debe ser gestionada por CENTROS DE ATENCIÓN AL USUARIO CON TODAS LAS FACILIDADES Y ATRIBUCIONES PARA GESTIONAR TODO TIPO DE RECLAMOS provenientes de cualquier usuario/abonado/cliente de OTECEL S.A., sin discriminación de marca, por otro lado como ya se ha evidenciado en el análisis del numeral 3.1.2., al respecto de la publicación de las ubicaciones de sus 26 islas a nivel nacional en la página web (<https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>), se ha verificado que en la misma se manifiesta que sus Islas constituyen puntos de venta de chips y recargas de saldo, sin manifestar absolutamente nada al respecto de que en las mismas puedan realizarse reclamos. Es sobre la base de los mencionados argumentos que se determina la inexistencia de los errores técnicos insubsanables manifestados por la operadora en su contestación.

(...)

En relación a lo señalado, la operadora OTECEL S.A., presenta como atenuantes, dentro del ámbito técnico las siguientes:

a) Atenuante 3, prevista en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Al respecto la operadora manifiesta que ha implementado la “atención y recepción” de reclamos de usuarios/abonados de la Marca TUENTI a través de los CAVS de Movistar y mediante el *001 (call center), sin embargo, según indican, **estas incidencias en realidad serán derivadas a los canales de atención de TUENTI para que los mismos sean finalmente atendidas**, razón por la cual se considera que a pesar de la implementación del mencionado “plan de mejora”, los CAVS de Movistar seguirán sin prestar **todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos de los usuarios/abonados de la Marca TUENTI**, en contraste a lo indicado en la cláusula 12.11 de su contrato de concesión, razón por la cual, considerando lo señalado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “(...) Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados. (...)” (Lo subrayado fuera del texto original), se concluye que no se ha ejecutado una subsanación integral de la infracción.

b) Atenuante 4, prevista en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En relación a lo señalado por la operadora y tomando en consideración lo indicado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “(...) Para efectos de aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.(...)”, se determina que al no existir daño técnico no aplica la ejecución de una reparación integral.

Considerando que debido a lo evidenciado en el literal a) del presente análisis, no existió subsanación integral de la infracción y tomando en cuenta además lo descrito en el Art. 83 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “(...) La concurrencia de atenuantes conforme lo previsto en la Ley. En 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.** (...)” (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original), no aplica la aceptación de la solicitud de la operadora en relación a lo señalado a continuación: “(...) Solicitamos que los mismos sean considerados y se abstenga de imponer una sanción, de conformidad con lo establecido en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)”.

(...)
La operadora del SMA OTECEL S.A., en la Audiencia de Alegatos efectuada el día jueves 29 de diciembre de 2016 a las 15H00, realiza una presentación (...) Adicionalmente detallaron aspectos relacionados con el plan de mejora implementando por OTECEL S.A., con la atención y recepción de reclamos de clientes de la Marca TUENTI en los CAVs de Movistar, aspecto que ha sido informado en el punto “2.4. ATENUANTES CONFIGURADOS” del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008100-E de 21 de diciembre de 2016. Al respecto, de manera verbal, el personal de OTECEL S.A. aclara que la implementación señalada ha sido iniciada el día 20 de diciembre de 2016 y que hasta la fecha de ejecución de la Audiencia de Alegatos (29 de diciembre de 2016) no han tendido casos en que los usuarios de la marca TUENTI se hayan acercado a realizar reclamos a los CAVs de OTECEL S.A. (...).”.

Respecto a las pruebas presentadas por la Operadora, el citado Informe Técnico señaló que, “(...) se ha procedido con la revisión de las pruebas presentadas, identificando que las mismas guardan relación con aspectos de índole comercial del manejo de la marca TUENTI y adicionalmente se incluyen listados de Islas TUENTI, así como de los CAU's y Call Centers de OTECEL S.A., argumentos que se considera no contribuyen en la defensa del prestado en relación al presupuesto de hecho sobre la base del cual se ha iniciado el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011, esto es: “... la operadora OTECEL S.A. no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año...”.

Sobre el análisis que antecede, el Informe Técnico concluyó que, “Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016, puesto que la misma no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año, siendo lo publicitado en hojas volantes y páginas Web por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter), contraviniendo de esta manera claras y expresas estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en lo establecido en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12), que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones).”.

El Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0002 de 07 de enero de 2017, contiene el correspondiente análisis legal, en base al cual, se consideró que el acto de apertura ha cumplido con todos los requisitos de fondo y de forma, por lo que es válido; y, que le correspondía a la empresa OTECEL S.A., probar la inexistencia de la infracción en la que se presume ha incurrido de acuerdo al Informe Técnico y Acto de Apertura referidos; razón por la cual, no son aceptables las alegaciones presentadas; recomendando a la Autoridad Administrativa emitir la resolución imponiendo la sanción económica correspondiente a la Operadora.

Con base en los informes técnico y jurídico que anteceden, el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, expidió la **Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017**, declarando que “la empresa Operadora OTECEL S.A., no recibe reclamos, ni atiende de manera presencial a usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos de usuarios de la marca TUENTI durante las 24 horas del día todos los días del año, por lo que es responsable de la infracción de segunda clase tipificada en el artículo Art. 118, letra b, número 6 de la citada Ley, **No disponer de servicios de información y asistencia para la atención de reclamos, de acuerdo con la normativa vigente y obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes.** Imponiéndole, de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, “la sanción económica de DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SIETE DÓLARES AMERICANOS CON 15/100 (USD 272.307,15), (...).”.

Los argumentos esgrimidos por la Operadora en el escrito que contiene el Recurso de Apelación, en su generalidad, son similares a los expuestos en el escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, los cuales fueron analizados dentro de los Informes Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0002 y Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0002; que sirvieron de base para la emisión del acto administrativo materia de esta impugnación.

De conformidad con el artículo 183 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, mediante providencia de 08 de mayo de 2017, la Dirección de Impugnaciones solicitó a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones emita un Informe Técnico respecto de los argumentos presentados por la recurrente en el escrito de apelación; mismo que fue respondido con memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0335-M de 02 de junio de 2017, que forma parte del siguiente análisis:

En cuanto al argumento "2.1. MARCA TUENTI", la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones en el citado memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0335-M indica que:

"Al respecto, se verifica que, el Presidente Ejecutivo de OTECEL, con oficio VPR-9229-2015 de 15 de mayo de 2015, ingresado en la ARCOTEL con documento Nro. ARCOTEL-2015-004100 el 20 de mayo de 2015, informa al Ministerio de Telecomunicaciones y a la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, lo siguiente:

"TELFÓNICA (OTECEL, S.A.), en el marco del Contrato de Concesión del Servicio Móvil Avanzado (SMA) suscrito con el Estado ecuatoriano en el año 2008, se complace en anunciarles el próximo lanzamiento de una nueva estrategia comercial mediante una SEGUNDA MARCA denominada "TUENTI" que estará dirigida al segmento joven (Millenials), que requieren una forma específica de planes y relacionamiento comercial, muy distinta a los esquemas tradicionales (...) TUENTI es una marca del grupo Telefónica fresca, joven, irreverente y con humor dirigida al segmento "Millennials", jóvenes digitales que tienen necesidades diferentes de comunicación y entretenimiento (...) En los próximos días pondremos en su conocimiento la oferta comercial de lanzamiento de TUENTI, que al ser un servicio prestado por OTECEL S.A., acorde con su Contrato de Concesión, cumplirá con todos sus requisitos".

Como se observa, si bien OTECEL reporta que la marca "TUENTI" es dirigida para el segmento joven "Millenials", que requieren de una forma específica de planes y relacionamiento comercial diferente a los esquemas tradicionales, no se especifica que la relación comercial se la realizará exclusivamente a través de plataformas digitales; por otro lado queda claramente establecido en el oficio VPR-9229-2015, el compromiso de que la oferta comercial de "TUENTI", al ser un servicio prestado por OTECEL cumplirá con todos los "requisitos" acorde el Contrato de Concesión suscrito el 20 de noviembre de 2008."

Criterio que es compartido por la Dirección de Impugnaciones, toda vez que la Operadora independientemente de las marcas que comercialice, debe cumplir estrictamente con las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión y en el ordenamiento jurídico vigente; por tanto, se considera que la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, de ninguna manera está imponiendo estandarizar a todas y cada una de las marcas, reduciendo la innovación y reduciendo la competencia, que en gran medida se soporta en la libertad empresarial para innovar, como así lo sostiene la recurrente.

Igualmente, "La importancia de la innovación y servicios on-line", relacionada con la industria de las telecomunicaciones con un enorme potencial multiplicador en la economía, no está en discusión, al contrario, el sector de las telecomunicaciones lo aprueba y ratifica, ya que entre los objetivos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones detallados en el artículo 3, justamente tienen que ver con: promover el desarrollo y fortalecimiento del sector de las telecomunicaciones; fomentar la inversión nacional e internacional, pública o privada para el desarrollo de las telecomunicaciones e incentivar el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones; no obstante lo que se reitera es que la Operadora debe cumplir con sus obligaciones constantes en el Título Habilitante, específicamente, para el caso materia de este análisis, las que corresponden a las Cláusulas doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12).

Respecto a los argumentos "2.2. FALTA DE TIPIFICACIÓN E IMPUTABILIDAD DE LA INFRACCIÓN PREVISTA EN ARTÍCULO 118 LITERAL b) NUMERAL 6) DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES"; y, "2.3. ILEGAL INTERPRETACIÓN EXTENSIVA POR PARTE DE LA COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LAS CLÁUSULAS 12.11 Y 12.12 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN", cabe señalar que, conforme las obligaciones



de los prestadores de servicios de telecomunicaciones establecidas en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, numeral 3, dispone que deben cumplir y respetar esta Ley, sus Reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidas por la ARCOTEL y el Ministerio Rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, así como lo dispuesto en los títulos habilitantes; en tal consideración la Operadora debió observar lo establecido en las Cláusulas doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12) del Contrato de Concesión, que disponen, entre otras obligaciones el recibir y atender los reclamos de los usuarios en los centros de atención al usuario; y, brindar todas las facilidades y atribuciones para gestionar cualquier clase de reclamos, en páginas electrónicas o en centros de llamadas (call center); condiciones éstas que no se han cumplido para el caso del servicio de la marca TUENTI.

El incumplimiento por parte de la Operadora, está tipificado como una infracción en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el artículo 118, letra b), numeral 6.

Por tanto, la autoridad de la ARCOTEL, de ninguna forma ha modificado el alcance de las disposiciones para pretender imponer una sanción a OTECEL S.A., como tampoco se ha realizado interpretaciones ilegales ni extensivas prohibidas por la Ley, como argumenta la recurrente.

Adicionalmente, no se puede hablar de interpretación de las cláusulas del Contrato de Concesión, toda vez que ésta, de acuerdo al inciso final del artículo 38 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es potestad exclusiva del Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La acción de control por parte de la ARCOTEL al cumplimiento de las cláusulas del Contrato de Concesión, de ninguna forma puede tildarse que constituye interpretación a las mismas; ya que se trata de una competencia que le impone el numeral 4 del artículo 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con el propósito de que las actividades y servicios que controla la ARCOTEL se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los títulos habilitantes.

En lo que refiere al argumento **"2.4. CLÁUSULAS QUE SE SOLICITÓ AL DIRECTORIO DE ARCOTEL LA INTERPRETACIÓN"**, la Operadora únicamente indica que con oficio VPR-14250-2017 de 06 de marzo de 2017, solicitó a la Presidencia del Directorio de la ARCOTEL, la interpretación de las obligaciones de la sociedad concesionaria establecidas en la Cláusula doce numeral doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12) del Contrato de Concesión suscrito el 20 de noviembre de 2008, ante el Notario Trigésimo Noveno del Cantón Quito, entre la Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía OTECEL S.A.

Al respecto, cabe indicar que siendo la interpretación de los títulos habilitantes una potestad del Directorio de la ARCOTEL, conforme lo establece el inciso final del artículo 38 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y toda vez que no se cuenta con la misma, no es procedente analizar este argumento.

En relación al argumento **"2.5. INCOMPETENCIA DE LA COORDINACIÓN ZONAL 2 DE ARCOTEL PARA INTERPRETAR CLAUSULAS CONTRACTUALES ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN"**, OTECEL S.A. manifiesta que luego de demostrar que no existía las conductas que inicialmente sirvieron de sustento para la emisión del Acto de Apertura, se pretende por medio de la Resolución apelada, innovar, modificar y cambiar los presupuestos que configuraron la presunta infracción, al señalar que la Operadora debe prestar todas las facilidades y atribuciones para gestionar todo tipo de reclamos, sin discriminación de marca, cuando ni la ley ni el contrato de concesión hace tal interpretación.

Sin embargo, esta Dirección procede a la revisión del expediente administrativo sancionador, observando que en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016, se hace referencia a los Informes Técnico y Jurídico de la Coordinación Zonal 2, los cuales concluyeron que la Operadora OTECEL S.A. **"no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles ni tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año, siendo lo publicado en hojas volantes y páginas Web por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter)";** y que esta conducta contravendría claras y expresas estipulaciones determinadas en el título habilitante, específicamente en su cláusula doce que habla de las obligaciones de la sociedad concesionaria y concretamente sus numerales doce punto once y doce punto doce.

Adicionalmente, la Resolución apelada, en el artículo 2 declara que OTECEL S.A. no recibe reclamos ni atiende de manera presencial a usuarios de la marca TUENTI a través de sus centros de atención al usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos de usuarios de la marca TUENTI, durante las 24 horas del día, todos los días del año.

En consecuencia, desde los Informes Técnico y Jurídico que sustentaron el citado Acto de Apertura hasta la emisión del acto administrativo sancionatorio, se basaron en la misma causal y no existen nuevos elementos o conductas que podrían haber provocado la indefensión de OTECEL S.A., todo lo cual fue debida y oportunamente notificado a la Operadora, a fin de que ejerza su legítimo derecho a la defensa garantizado en la Constitución de la República.

En el escrito de apelación, la recurrente menciona las cláusulas cuarenta y dos (42) y tres punto uno (3.1.) del Contrato de Concesión, en las cuales se habla del plazo máximo para la solución de quejas y reclamos; y, que la interpretación del contrato será conforme al sentido literal y obvio de las palabras y dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad; luego de lo cual la Operadora procede a interpretar por su parte las cláusulas contractuales doce punto once y doce punto doce, contradiciéndose en su criterio de que esta potestad únicamente le corresponde al Directorio de la ARCOTEL.

Finalmente, respecto al artículo 4 de la Resolución apelada, OTECEL S.A. considera que se modificó el contrato de concesión suscrito con el Estado ecuatoriano, argumento que no es valedero, ya que la ARCOTEL únicamente hace uso de sus competencias y atribuciones derivadas del ordenamiento jurídico vigente, que le dispone, entre otras, ejercer el control para el cumplimiento de lo establecido en el título habilitante suscrito con la Operadora; por lo que mal se puede indicar que con el acto administrativo sancionatorio se pretende cambiar el contrato de concesión; así como tampoco se ha generado la nulidad de pleno derecho de la Resolución que refiere el literal b) del artículo 129 del ERJAFE, como manifiesta la recurrente.

Ante el argumento **"2.6. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN LA CLÁUSULA 12.11. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: ATENCIÓN Y RECEPCIÓN DE RECLAMOS"**, en el que OTECEL S.A. manifiesta que: "(...) con los canales actualmente disponibles para la Atención y Recepción de Reclamos de la Marcas Movistar y TUENTI, cumple con los parámetros de calidad establecidos en el Anexo 5 del Contrato de Concesión, que son reportados trimestralmente al ARCOTEL y publicados en el SAAD (Sistema Automatizado con Acceso a través de la Internet) (...)", la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en el memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0335-M de 02 de junio de 2017, manifiesta:

"Esta Dirección realizó la evaluación de los parámetros de calidad de OTECEL, determinándose que, para los años 2015 y 2016, con relación a los indicadores relacionados con reclamos, y de acuerdo a los valores informados, se alcanzan los valores objetivos establecidos conforme las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio del 2014 para los parámetros de calidad PORCENTAJE DE RECLAMOS ENERALES (CÓDIGO (5.2) (1.2), TIEMPO PROMEDIO DE RESOLUCIÓN DE RECLAMOS (5.3) (1.3) y PORCENTAJE DE RECLAMOS DE FACTURACIÓN Y DÉBITO (5.5) (1.5).

En lo que respecta a la información enviada en el "anexo 1" se contabilizan en total 3870 registros desde el mes de septiembre de 2016 a febrero de 2017, de acuerdo al siguiente detalle:

MES-AÑO	No. Registros
sep-16	524
oct-16	818
nov-16	770
dic-16	887
ene-17	524
feb-17	347
TOTAL	3870"

En lo referente a los canales de atención al cliente a través de las 26 islas y los canales digitales que mantienen para la marca TUENTI, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en el citado memorando manifiesta:

"Con relación a lo señalado por OTECEL, se procedió el 31 de mayo de 2017 a ingresar al sitio Web <https://www.tuenti.ec/productos/puntos-de-venta/>, en el cual se despliega la siguiente pantalla:

(...)

Como se puede observar en la página se informa al usuario:

"En el mapa podrás encontrar todas las Islas Tuenti donde vendemos chips y recargas. Si te da pereza buscar, puedes ver el detalle acá (...) También puedes comprar tu chip o recarga en nuestras cadenas aliadas (...)"

Es decir, se informa que, en las islas "TUENTI" se venden chips y se realizan recargas, no mencionándose que se pueda realizar en dichas islas "consultas y reclamos".

Al seleccionar en el mapa una isla "TUENTI" se muestra la siguiente información:

(...)

Como se observa únicamente se informa acerca de la ubicación de la isla "TUENTI" y el horario de atención.

Al seleccionar el listado de islas "TUENTI" se muestra el siguiente archivo:

(...)

En la cabecera del archivo se indica: "ISLAS TUENTI (...) PUNTOS DE VENTA DE CHIP Y RECARGAS A NIVEL NACIONAL", siendo las mismas ubicadas en 14 ciudades de acuerdo al siguiente detalle:

Ciudad	Número de centros de venta y recargas
Ambato	1
Cuenca	1
Daule	2
Durán	1
Guayaquil	7
Ibarra	1
Libertad	1
Machala	1
Manta	1
Playas	1
Portoviejo	1
Quevedo	1
Quito	6
Santo Domingo	1

Considerando que, en las páginas Web antes consultadas no se observa que se mencione que la atención y gestión de reclamos se puede realizar de manera presencial en las islas "TUENTI" se procede a verificar en la página Web de "TUENTI" si existe dicha información en otros apartados, no encontrándose ninguna información al respecto, como se puede apreciar en el documento adjunto (Sección b.).

No obstante lo antes indicado, en la dirección electrónica <https://www.tuenti.ec/ayudas/>, se incluye el siguiente texto:

"También puedes visitarnos en nuestras Islas Tuenti, donde te ayudaremos con cualquier requerimiento", no estando claramente definido que a lo que se refiere es a la atención y gestión de reclamos.

Es necesario mencionar que, con oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0057-OF de 26 de enero de 2016, se solicita al Presidente Ejecutivo de OTECEL, lo siguiente:

"Me permito, informar que, la ARCOTEL ha procedido a realizar la actualización de las Proyecciones poblacionales y de Centros de Atención al Usuario que las operadoras del Servicio Móvil Avanzado deben tener habilitados conforme lo establecido en el Contrato de Concesión para el año 2015 (...) Por otra parte, como es de su conocimiento, los numerales 12.11 y 12.12 de la Cláusula 12 del Contrato de Concesión de OTECEL S.A., establecen: (...) Al respecto, y a fin de verificar el cumplimiento de estas obligaciones por parte de su representada, esta Agencia solicita remitir hasta el día jueves 04 de febrero de 2016, el detalle de Centros de Atención al Usuario



(CAUs) y de Call Centers que se encuentran operando a la fecha, conforme el formato adjunto denominado "FORMULARIO DETALLE DE CAUS.xlsx"

Es decir, la ARCOTEL notificó a OTECEL el número mínimo de Centros de Atención al Usuario que se deben mantener habilitados de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión para el año 2015, indicándose que, la ARCOTEL procederá a verificar los numerales 12.11 y 12.12 de la Cláusula 12 de su Contrato de Concesión, para lo cual se solicita el detalle de Centros de Atención al Usuario (CAUs) y de Call Centers que se encuentran operando."

En relación a los registros que constan en el "anexo 1" adjunto al trámite ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003763-E de 08 de marzo de 2017, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL realiza el siguiente análisis:

- **"Búsqueda de la información de reclamos de "TUENTI" en los reportes trimestrales de calidad relacionados con reclamos.**

Al respecto, se verifica en los reportes trimestrales FORMATO SMA-C-QoS-5.2 (1.2) y FORMATO SMA-C-QoS-5.3 (1.3), que se incluyen reclamos de la marca comercial "TUENTI", los cuales se reporta son ingresados a través del tipo de canal de reclamo "WEB / REDES SOCIALES" con el nombre de canal denominado "Atento Tuenti". No se encuentran reclamos presenciales de la marca "TUENTI", así como tampoco nombres de los canales de reclamo denominados "Islas Tuenti".

En el FORMATO SMA-C-QoS-5.5 (1.5) no se encuentran registros al realizar la búsqueda de la palabra "TUENTI".

En el Anexo (Sección e.) se puede observar el detalle de la verificación realizada.

- **Búsqueda de la información enviada en el "Anexo 1" en los reportes trimestrales relacionados con Reclamos.**

Al respecto, se escogió al azar seis (6) números, los cuales fueron buscados en los reportes FORMATO SMA-C-QoS-5.2 (1.2), FORMATO SMA-C-QoS-5.3 (1.3) y FORMATO SMA-C-QoS-5.5 del tercero y cuarto trimestre de 2016. Los números seleccionados son los siguientes: (...)

Cinco de los seis números no fueron encontrados dentro de los reportes correspondientes al IV Trimestre de 2016, siendo únicamente el número 978626160 encontrado en los reportes FORMATO SMA-C-QoS-5.2 (1.2) y FORMATO SMA-C-QoS-5.3 (1.3); sin embargo, se observa que en el "Anexo 1" el reclamo fue ingresado en la "ISLA CITYMALL" con "#INCIDENTE" "103416", mientras que, en los reportes cargados en el SAAD, se indica que el nombre del centro es "ATENTO TUENTI" y el canal de reclamos es "WEB / REDES SOCIALES" con número de trámite "103403".

En el Anexo (Sección f.) se puede observar el detalle de la verificación realizada.

Finalmente, se ha verificado en la fichas de calidad certificadas lo siguiente:

(...)

Como se observa, dentro de la certificación de los indicadores de calidad 5.2, 5.3 y 5.5 no constan como canales para ingreso de reclamos "Islas Tuenti" ni tampoco "ATENTO TUENTI", sin embargo de acuerdo a las fichas metodológicas certificadas sí se menciona al número *001 del Call Center, no obstante en el documento únicamente se nombra a "Movistar".

El argumento presentado por la recurrente, respecto a los parámetros de calidad del Anexo 5 del Contrato de Concesión que han sido analizados por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, no tienen relación con el cometimiento de la infracción materia del presente recurso administrativo, pues la infracción que se imputa es por "no recibir reclamos, ni atender de manera presencial a usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención a Usuarios en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención de reclamos de usuarios de la marca TUENTI durante las 24 horas del día todos los días del año", y no por el cumplimiento o incumplimiento de los parámetros de calidad.

Sobre el argumento **"2.7. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PREVISTA EN LA CLÁUSULA 12.12. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: INSTALACIÓN DE CENTROS ATENCIÓN AL USUARIO"**, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, con memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0335-M de 02 de junio de 2017, analiza en los siguientes términos:

"Es necesario mencionar que, con oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0057-OF de 26 de enero de 2016, se solicita al Presidente Ejecutivo de OTECEL, lo siguiente:

"Me permito, informar que, la ARCOTEL ha procedido a realizar la actualización de las Proyecciones poblacionales y de Centros de Atención al Usuario que las operadoras del Servicio Móvil Avanzado deben tener habilitados conforme lo establecido en el Contrato de Concesión para el año 2015 (...) Por otra parte, como es de su conocimiento, los numerales 12.11 y 12.12 de la Cláusula 12 del Contrato de Concesión de OTECEL S.A., establecen: (...) Al respecto, y a fin de verificar el cumplimiento de estas obligaciones por parte de su representada, esta Agencia solicita remitir hasta el día jueves 04 de febrero de 2016, el detalle de Centros de Atención al Usuario (CAUs) y de Call Centers que se encuentran operando a la fecha, conforme el formato adjunto denominado "FORMULARIO DETALLE DE CAUS.xlsx"

Es decir, la ARCOTEL notificó a OTECEL el número mínimo de Centros de Atención al Usuario que se deben mantener habilitados de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión para el año 2015, indicándose que, la ARCOTEL procederá a verificar los numerales 12.11 y 12.12 de la Cláusula 12 de su Contrato de Concesión, para lo cual se solicita el detalle de Centros de Atención al Usuario (CAUs) y de Call Centers que se encuentran operando.

En atención al oficio antes mencionado, OTECEL con oficio VPR-11381-2016 de 4 de febrero de 2016, en respuesta al Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, señala:

"Por otro lado, en el oficio ARCOTEL-CTC-2016-0057-OF se solicita remitir el detalle de Centros de Atención al Usuario y de Call Centers que se encuentran operando a la fecha. Por lo que adjunto a la presente se envía en medio digital la información requerida".

En el mencionado "medio digital" se reportaron 96 Centros de Atención al Cliente a nivel nacional (24 provincias), denominados en el archivo como "Nombre de Punto de Venta" y 2 Call Centers, sin embargo en dicha información no se encuentra información referente a las "Islas Tuenti", así como tampoco se realiza discriminación alguna en cuanto a los canales de atención para las marcas comerciales "MOVISTAR" y "TUENTI".

De lo anotado, el argumento de la recurrente no desvirtúa la infracción por la cual se le sancionó, que es la falta de recepción de reclamos y atención de manera presencial a los usuarios de la marca TUENTI a través de los CAUs y call center en los horarios establecidos en el título habilitante.

Referente al argumento **"2.8. RESPECTO A LOS USUARIOS Y ABONADOS.-** La Coordinación Zonal 2 pretende sustentar todo su argumento en base a una presunción de incumplimiento de las disposiciones del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en especial los numerales 1,3, 19, 28 que me permito citar a continuación para el respectivo análisis respecto de los deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones y de las cuales no tiene prueba alguna de que hayan sido violadas.- (...) Al respecto, me permito ser enfático al señalar que, en el presente caso, no se han incumplido ninguno de los deberes antes citados. Las Cláusulas contractuales se encuentran cumplidas en base a los parámetros de calidad que constan en el Anexo 5 y no puede alegarse ligeramente incumplimiento de parte de OTECEL S.A. de las obligaciones contractuales y en especial de los derechos de los usuarios y abonados del servicio tanto para la marca MOVISTAR como TUENTI, cuando no existe prueba alguna de aquello.", al respecto la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones en el memorando antes citado, manifiesta que:

"(...) se verifica en los reportes trimestrales FORMATO SMA-C-QoS-5.2 (1.2) y FORMATO SMA-C-QoS-5.3 (1.3), que se incluyen reclamos de la marca comercial "TUENTI", los cuales se reporta son ingresados a través del tipo de canal de reclamo "WEB / REDES SOCIALES" con el nombre de canal denominado "Atento Tuenti". No se encuentran reclamos presenciales de la marca "TUENTI", así como tampoco nombres de los canales de reclamo denominados "Islas Tuenti".



Finalmente, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL en el memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0335-M de 02 de junio de 2017 llegó a concluir que, "(...) luego del análisis de los argumentos técnicos; es criterio de la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones que, no son aceptables dichos argumentos; pues se evidenció que, OTECEL no recepta reclamos de usuarios de la marca comercial "TUENTI" en los Centros de Atención al Usuario y Call Center (*001) implementados por OTECEL, conforme el análisis realizado."

La recurrente pretende justificar una vez más, que sí dio cumplimiento a la obligación por la cual se le sancionó en el acto administrativo apelado, en base a los parámetros de calidad que no tiene relación con la falta de recepción de reclamos y atención de manera presencial a los usuarios de la marca TUENTI a través de los CAUS y call center, que es la causa por la cual se le sancionó mediante la Resolución materia de esta apelación.

Argumento que ya fue analizado también en el punto "2.6" del presente informe.

En lo concerniente al argumento "2.9. FALTA DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.", respecto al Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0002 de 26 de enero de 2017, considerado en la Resolución materia de esta apelación, fue solicitado dentro de la etapa de sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, con fundamento en el artículo 16 del Instructivo de Procedimiento Administrativo Sancionador de ARCOTEL, publicado en el Registro Oficial No.632 de 20 de noviembre de 2015, con el propósito de que personal técnico especializado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, analice la contestación, alegatos y pruebas presentadas por OTECEL S.A. al Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011.

Revisado dicho Informe, se observa que en ningún momento se ha innovado la prueba, sino únicamente se analizó la presentada por OTECEL S.A., sobre lo cual concluyó: "Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016, puesto que la misma no recibe reclamos de manera presencial de usuarios de la marca TUENTI a través de sus Centros de Atención al Usuario en días y horas hábiles y tampoco dispone de call center para atención a reclamos durante las 24 horas del día todos los días del año, siendo lo publicitado en hojas volantes y páginas Web por parte de la marca comercial TUENTI como canales de atención su página Web y redes sociales (Facebook y Twitter), contraviniendo de esta manera claras y expresas estipulaciones determinadas en el Título Habilitante, específicamente en lo establecido en sus numerales doce punto once (12.11) y doce punto doce (12.12), que guardan relación con las obligaciones determinadas en el Artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)."

Considerando que el Informe Técnico antes señalado, se requirió con fundamento en el Instructivo de Procedimiento Administrativo Sancionador de ARCOTEL, no constituye violación al debido proceso, ni dejó en indefensión a la recurrente. Todo lo contrario, éste fue requerido con el objeto de analizar técnicamente los alegatos, descargos y pruebas presentados por la recurrente.

Consecuentemente, en ninguna parte del proceso administrativo sancionador, se evidencia que la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, adicione nuevas obligaciones de cumplimiento a la Operadora, que no sean aquellas que se encuentran establecidas en el Contrato de Concesión y en la legislación vigente aplicable; en tal virtud el Acto de Apertura y la Resolución apelada, no carecen de motivación, como afirma OTECEL S.A. y por tanto no son nulos de pleno derecho.

En lo tocante al argumento "2.10. ATENUANTES CONFIGURADOS", la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el artículo 130 dispone que, "Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.
(...)
3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.

4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.

En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase. Esta disposición no aplica para infracciones de tercera y cuarta clase.”.

Con relación a la ocurrencia de la **atenuante 1**, el área jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL procedió a la revisión del Sistema de Infracciones y Sanciones institucional y de los archivos de esta Agencia, de la cual se evidenció que OTECEL S.A., no ha sido sancionada por la misma infracción con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual se aceptó tal atenuante; conforme se desprende de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, recurrida en apelación.

Los atenuantes 3 y 4 alegados por la recurrente, fueron analizados en su momento por parte de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, específicamente en los Informes Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0002 y Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0002, lo cual fue acogido en la Resolución materia de esta apelación.

Adicionalmente, se considera pertinente analizar lo manifestado por la Operadora respecto a la circunstancia **atenuante 3**, esto es, “Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción”, la cual indica que como plan de mejora ha implementado la atención y recepción de reclamos de clientes de la marca TUENTI en los CAVs de Movistar, a pesar que no se venden o prestan servicios de la Marca TUENTI. Aclarando que los reclamos serán registrados en el Sistema de Incidencias para su respectiva gestión con el Equipo de Atención de TUENTI, es decir un Ejecutivo de TUENTI se pondrá en contacto de manera inmediata para tramitar el requerimiento del Cliente y en lo que tiene relación al call center, señala que ha dado acceso al *001 a los clientes de TUENTI para que los reclamos sean enrutados a los canales de atención de TUENTI, mismos que serán registrados en el Sistema de Incidencias para su respectiva gestión con el Equipo de Atención de TUENTI, es decir un Ejecutivo de TUENTI se pondrá en contacto de manera inmediata para tramitar el requerimiento del Cliente.

Al respecto, cabe anotar lo manifestado por el profesor Agustín Gordillo en su obra “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”:

“(…) En la práctica a cada interesado le corresponde producir su propia prueba. (...) Su poca fe en la administración puede llevarlo a descuidar la producción de su propia prueba, a lo cual el comportamiento administrativo lo ayudará con inercia si él no activa sus pruebas, las produce privadamente y las incorpora sin más al cuerpo de las actuaciones administrativas. Él debe preconstituir privadamente toda la prueba que hace a su derecho, previendo y rebatiendo las posibles objeciones de la administración, e incorporarlas al expediente. Para ello deberá imaginar los argumentos que a la administración o a la justicia se le puedan ocurrir, introducir las cuestiones de hecho que hacen al sustento fáctico de su petición: De no ser rebatidas por la administración, establecerán un indicio probatorio a su favor.

En segundo lugar deberá aportar todos los demás medios de prueba que la realidad le permita, para sustentar ese mismo hecho y todas las demás particulares circunstancias del caso que hacen a su derecho. Si el particular, por esa dificultad real y falta justificada de fe, descuida su prueba en sede administrativa, encontrará en la justicia poca predisposición a facilitarle lo que no hizo en sede administrativa y entonces el expediente administrativo tal como él de hecho permitió que se construya, será en la práctica su principal prueba de cargo, tanto en la administración como en la justicia. Ello no significa, desde luego, que deba descuidar también la prueba judicial, lo que no haría sino magnificar su error inicial. Pero cada etapa que avanza sin actividad probatoria suya es una lenta y progresiva erosión de sus eventuales derechos. Esta es la primera gran lección empírica que el particular debe aprender en todas sus tratativas con la administración, a fin de asegurar sus derechos.”

“El sustento fáctico que se deriva de la prueba que con el alegato se ordena, modela y arguye, debe a su vez ser conducente, apropiado y proporcionado en derecho al objeto propuesto. Las excusas, disculpas, pedidos de gracia, meros resúmenes, relatorios o índices, alabanzas, etc. no son el medio normalmente apto para convencer a la autoridad, salvo casos muy excepcionales y extremos (...).”



Lo manifestado, tiene por objeto indicar que al no existir en el expediente documento alguno del cual se desprenda que un ejecutivo de la Compañía OTECEL S.A. haya dispuesto a los Centros de Atención al Usuario y Call Center de Movistar que procedan a atender y recibir los reclamos de clientes de la marca TUENTI, con el cual se prueba que la Operadora ha implementado la atención y recepción de reclamos de usuarios y abonados de la marca TUENTI, conforme lo establece el título habilitante, así como cualquier otra prueba que hubiere permitido a la Administración verificar lo manifestado por la recurrente; en tal consideración, toda vez que el artículo 82 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala que la subsanación para ser considerada como atenuante dentro del procedimiento administrativo sancionador **debe ser demostrada a través de cualquier medio físico o digital**, por lo que el solo argumento de la Operadora no constituye elemento suficiente para considerar dicho atenuante.

Adicionalmente, con memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0335-M de 2 de junio de 2017, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, indica que ha verificado que no se recepta reclamos de usuarios de la marca comercial "TUENTI" en los Centros de Atención al Usuario y Call Center (*001) implementados por OTECEL, lo que ratifica que no es factible aplicar dicha atenuante.

Sobre la **atenuante 4** "Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción"; la ARCOTEL, al hacer el análisis de las atenuantes en la Resolución impugnada, se ha determinado que no existe daño técnico causado y no se configura una reparación integral conforme lo establecido en el artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establece que la reparación integral implica la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.

En relación al argumento de que tampoco se ha aplicado el principio de proporcionalidad de la sanción considerando que no existe afectación ni perjuicio a los clientes, cabe indicar que el artículo 76 de la Constitución de la República dispone: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza."

Considerando que la infracción existe y que únicamente se podía considerar la atenuante 1, no existe argumento que soporte lo manifestado por la Operadora respecto a que la sanción económica impuesta no ha sido aplicada respetando el principio de proporcionalidad.

Cabe mencionar que el artículo 196 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE-, en referencia al principio de proporcionalidad, en su numeral 2, sostiene: "**Salvo lo previsto en la ley**, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (...)".

Así mismo, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en sus artículos 121 y 122 determina los rangos para el cálculo del monto de la sanción; y, además establece de manera clara ciertas circunstancias atenuantes y agravantes a tener en cuenta para la graduación de la sanción, en sus artículos 130 y 131; circunstancias que han sido valoradas en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002.

El principio de proporcionalidad se hace efectivo cuando las sanciones que determina la ley se equiparan a la infracción a la que fueron aplicadas. En el caso recurrido, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones determinó un hecho constitutivo de infracción según lo prescrito en el artículo 118 letra b, numeral 6 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; al cual, en uso de su competencia aplicó una de las sanciones establecidas en el artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro de los límites previstos en la citada Ley.

Por lo señalado en los párrafos anteriores, se observa que la Administración Pública se sujetó a la tipificación de la infracción constante en el artículo 118 "**Infracciones de segunda clase**", letra b, numeral 6; cuya sanción es la establecida en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "**2. Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% al 0,07% del monto de referencia**"; "Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del

que se trate.”; conforme se detalla en el memorando No. ARCOTEL-CTHB-2016-0198-M de 29 de septiembre de 2016, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, indicó al Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL que los ingresos totales obtenidos por la Compañía OTECEL S.A. correspondientes al Servicio Móvil Avanzado por el período 2015, son de **USD 596.837.583,23**, información presentada en el Formulario de Homologación de Ingresos, Costos y Gastos, presentado por la concesionaria OTECEL S.A. a la ARCOTEL, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-007004-E de 29 de abril de 2016. De igual manera se consideró la atenuante 1 aplicable al caso materia de este análisis; razón por la cual no es aceptable el argumento de la Compañía recurrente.

En lo jurídico se debe considerar que, en materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos y/o administrativos deben actuar ejerciendo solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la ley. En este sentido, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, ha actuado aplicando las normas y respetando el derecho al debido proceso, dando lugar a las garantías básicas, establecidas en el artículo 76 de la norma Suprema.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone, entre otros, que los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho a disponer y recibir los servicios de telecomunicaciones contratados de forma continua, regular, eficiente, con calidad y eficacia; a la atención y resolución oportuna de las solicitudes y reclamos relacionados con la prestación de los servicios contratados de conformidad con las regulaciones aplicables; y, 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.

Mientras que, el artículo 24 del mismo cuerpo legal señala que, entre otros, son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: garantizar el acceso igualitario y no discriminatorio a cualquier persona que requiera sus servicios; prestar el servicio de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes; 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; respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente; garantizar la atención y resolución oportuna de los reclamos formulados por sus abonados o usuarios, conforme los plazos que consten en la normativa o títulos habilitantes; y las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes.

El artículo 35 del “REGLAMENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN”, es muy claro al señalar que, los prestadores de servicios de telecomunicaciones, en la prestación del servicio, darán cumplimiento a lo establecido en sus títulos habilitantes y al ordenamiento jurídico vigente, para lo cual la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL realizará las acciones de supervisión y control correspondientes; y, en caso de incumplimiento por los prestadores, se aplicará el régimen sancionatorio correspondiente.

Por todo lo manifestado, la Administración en ningún momento ha lesionado derecho alguno, garantizado en la Carta Magna; razón por la cual se considera que los argumentos expuestos por la recurrente no le eximen de su responsabilidad respecto del hecho que le fuera imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0011 de 29 de noviembre de 2016; de igual manera se concluye que con los argumentos aportados en el recurso de apelación, la Compañía OTECEL S.A. no justifica que está exenta de su responsabilidad frente a sus abonados/clientes-usuarios y ante la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Por lo indicado, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, emitió la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, tomando en consideración el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en estricta observancia de los derechos de protección relativos a las garantías básicas y reglas propias del debido proceso en ejercicio de sus atribuciones y competencias legales con la debida

motivación y cumpliendo con los requisitos de forma y fondo previstos en la Ley y normativa vigente para su expedición.”.

En el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0066 de 03 de julio de 2017, se concluyó lo siguiente:

“En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis precedentes, en aplicación del artículo 76, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, se determina que habiendo establecido la responsabilidad de la Compañía OTECEL S.A., en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 118, letra b numeral 6 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con la concurrencia de una circunstancia atenuante determinada en el artículo 130, numeral 1, le corresponde recibir la sanción de acuerdo a lo previsto en el artículo 122, letra b del mismo cuerpo legal.

En conclusión, resulta improcedente aceptar el Recurso de Apelación planteado en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, toda vez que se ha verificado que dicho acto administrativo fue dictado con la debida motivación y competencia sin vulnerar las garantías básicas o reglas propias del debido proceso en el ámbito administrativo consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República; razón por la cual, encontrándonos dentro del término previsto para resolver, conforme lo disponen los artículos 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 115, numeral 5, letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, me permito recomendar al señor Director Ejecutivo de la ARCOTEL, niegue la apelación interpuesta por la Compañía OTECEL S.A.; y, en consecuencia, ratifique la Resolución ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”.

III. RESOLUCIÓN

Por el análisis que precede y en ejercicio de sus atribuciones legales, la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0066 de 03 de julio de 2017.

Artículo 2.- NEGAR el Recurso de Apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 08 de marzo de 2017, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003763-E.

Artículo 3.- RATIFICAR el acto administrativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-0002 de 10 de febrero de 2017, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 4.- DISPONER el archivo del presente Recurso de Apelación.

Artículo 5.- INFORMAR a la Compañía OTECEL S.A., que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad a lo establecido en el artículo 85 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, la letra a) del artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.

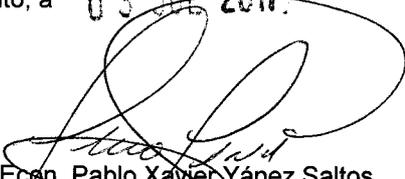
Artículo 6.- INFORMAR a la Compañía OTECEL S.A., que conforme a lo dispuesto en el artículo 156, numeral 3 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE y artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos, tiene derecho a impugnar esta Resolución ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que en el caso de interponerse una acción subjetiva o de plena jurisdicción el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notifica el presente el acto; o en el caso de acción objetiva o de anulación por exceso de poder, el plazo para proponer la demanda será de tres años, a partir del día siguiente a la fecha de expedición del presente acto.



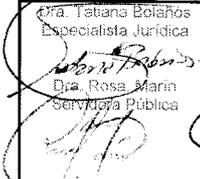


Artículo 7.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la Compañía OTECEL S.A., en sus oficinas ubicadas en el Centro Corporativo Ekopark, Torre 3 TELEFONICA, Av. Simón Bolívar y vía a Nayón de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, señalada por la recurrente para recibir notificaciones; a la Coordinación Técnica de Control; a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación Zonal 6; y, a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **03 JUL 2017.**


Econ. Pablo Xavier Yáñez Saltos
DIRECTOR EJECUTIVO

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
 Dña. Tatiana Bolaños Especialista Jurídica	 Abg. María Verónica Cárdenas Directora de Impugnaciones	 Abg. Sebastián Ramón Fernández Coordinador General Jurídico
 Dña. Rosa Marín Servidora Pública		