RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL -2016- 0242

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL DECLARA LA NULIDAD DE PLENO DERECHO A PARTIR DEL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Nro. ARCOTEL-2015-CZ2-0011 DE 27 DE AGOSTO DE 2015.

CONSIDERANDO:

I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1.- ADMINISTRADO Y ACTO IMPUGNADO

El 20 de noviembre de 2008, OTECEL S.A., y el Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, SENATEL, suscribieron el Contrato de Concesión del Servicio Móvil Avanzado y Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de terminales de telecomunicaciones de uso público; y, concesión de las Bandas de Frecuencias Esenciales.

1.2. ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución No. **ARCOTEL-2015-CZ2-0022** expedida el 25 de noviembre de 2015, por la Coordinación Zonal CZ2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, la cual fue notificada a la Compañía OTECEL S.A., el 26 de noviembre de 2015.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

2.1.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

*"**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) **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.- Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.- Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.- **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. (...). **8.** El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y*

*garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.- Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.- **9.** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...). El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso."* (Lo subrayado me pertenece)

"***Art. 76.-*** *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:* número **1:** *"Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes", (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) **m**) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".* (Subrayado fuera del texto original)

"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. 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."* (Lo subrayado me pertenece)

"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.****" (Lo resaltado me pertenece)*

"***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*

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

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."

"Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y **los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica." (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

La Constitución** y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, **prevalecerán** sobre cualquier otra norma jurídica **o acto del poder público." (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

***"Art. 426.-** Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. (...) Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidas en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos."* (Lo subrayado me pertenece)

2.1.2. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

***"Art. 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."*

"Art. 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." (Lo resaltado y subrayado me pertenece).

"Art. 126.- Apertura.-** Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador. Dicho acto deberá indicar (i) los hechos que presuntamente constituyen la infracción, (ii) la tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas, (iii) las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia, así como (iv) el plazo para formular los descargos.- **En este acto de apertura, se deberá adjuntar el informe técnico-jurídico que sustente el mismo." (Lo resaltado me pertenece).

***"Art. 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." (Lo resaltado y subrayado me pertenece).

"Art. 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."*

"Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.- *Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...)* ***"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.*** *(...)* ***12.*** *Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.".* (Lo resaltado y subrayado me pertenece).

2.1.3 REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

*"**Art. 6.- De la ARCOTEL.-** La ARCOTEL actuará, a través de su Directorio, del Director Ejecutivo; y, de sus organismos desconcentrados, conforme a las competencias atribuidas en la Ley y el presente Reglamento General.*

La máxima autoridad de dirección y regulación de la ARCOTEL es el Directorio; y, la máxima autoridad con facultad ejecutiva, de administración y de regulación es el Director Ejecutivo, quien ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la ARCOTEL; y, será en consecuencia el responsable de la gestión administrativa, económica, técnica regulatoria, en los casos previstos en la LOT, y operativa. (...)." (Lo resaltado y subrayado me pertenece).

"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."*

2.1.4 ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA:

"Art. 129.- Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; (Art. 76 de la Constitución vigente)
b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
c. Los que tengan un contenido imposible;
d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,
g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". (Lo subrayado me pertenece)

2.1.5 RESOLUCIONES DE LA ARCOTEL

2.1.5.1. Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, resolvió:

*"**Artículo 2.-** Aprobar la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presentada con el informe técnico señalado en el artículo precedente, conforme consta del Anexo 1 de la presente resolución."*

2.1.5.2. Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No.002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: *"Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes."*

2.1.5.3. Resolución No. ARCOTEL-2015-00132

La señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo 148, número 12 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, delegó atribuciones a distintas unidades de la ARCOTEL, dentro de las cuales se establecen las siguientes para la Coordinación Técnica de Control:

*"**2.2. COORDINACIÓN TÉCNICA DE CONTROL**.- En el ámbito de control del espectro radioeléctrico y de los servicios de las telecomunicaciones y de radiodifusión, el*

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

Coordinador Técnico de Control, tendrá las siguientes atribuciones: ***2.2.8. Coordinar la sustanciación, y resolver lo que en derecho corresponda, respecto a los recursos administrativos de apelación, correspondientes a los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados por las unidades desconcentradas."*** (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

*"**4.1. DIRECCIÓN JURÍDICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES.-** El Director Jurídico de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, tendrá las siguientes atribuciones en materia de Servicios de Telecomunicaciones: **4.1.2.** Sustanciar los recursos administrativos de apelación, correspondientes a los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados por las unidades desconcentradas, en cumplimiento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)."* (Lo subrayado me pertenece)

2.1.5.4 INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL

***"Art. 2.-** Toda persona natural o jurídica goza de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales, tales como: el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la contradicción de la prueba y la impugnación de los actos administrativos de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa complementaria.".*

***"Art. 5.-** En el ejercicio de la potestad sancionadora, se deben observar las disposiciones de la Constitución de la República, leyes, reglamentos, resoluciones y normas técnicas de carácter general de los diversos servicios sometidos a control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, como son:*

1. *Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General, una vez que sea expedido.*
2. *Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento.*
3. *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. (...)."*

***"Art. 12.- De la Impugnación.-** Las resoluciones de los Organismos Desconcentrados de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, derivadas de los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, serán impugnadas exclusivamente de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 134 de la referida Ley. (...).".*

***"Art. 21.- Emisión del Acto de Apertura.-** El documento, Acto de Apertura, deberá identificarse como tal, debiéndose especificar la Coordinación Zonal a la que responde el Organismo Desconcentrado que la emite, la numeración y la fecha en orden cronológico; y contendrá los elementos esenciales del o los hechos sancionables y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho a la defensa.*

El Acto de Apertura debe indicar:

a) El o los hechos que presuntamente constituyen la infracción;
b) La tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas;
c) Las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia; y,
d) El lapso de tiempo para formular los descargos de los que se crea asistido el presunto infractor.

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

El acto de apertura será elaborado por la Unidad Jurídica y remitido para la suscripción de la Autoridad Administrativa del Organismo Desconcentrado correspondiente. ***Se adjuntarán obligatoriamente, copia de los informes técnico y jurídico, con los anexos respectivos.*** *(...)."* (Lo remarcado no pertenece al texto)

"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 Director/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.- 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."* (Lo subrayado ésta fuera de texto)

En consecuencia, el Coordinador Técnico de Control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ejerce competencia para conocer, sustanciar y resolver el presente recurso de apelación, en cumplimiento del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de conformidad con las atribuciones establecidas en dicha Ley y en la delegación de atribuciones constante en la Resolución ARCOTEL-2015-0132 de 16 de junio de 2015.

III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

El Artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, preceptúa: *"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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...).".*(Lo subrayado me pertenece)

El artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevé que: "*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.".* (Lo subrayado me pertenece)

Por su parte, el artículo 85 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prevé que: "***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.".* (Lo subrayado me pertenece)

El trámite interno para la sustanciación del recurso de apelación en la vía administrativa, se encuentra previsto en los artículos 36 al 38 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL.

El 25 de noviembre de 2015, esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dictó la Resolución No. ARCOTEL-2015-CZ2-0022 declarando que la Operadora OTECEL S.A. incurrió en la infracción prevista en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, e impuso la sanción económica de primera clase, prevista en el artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, equivalente al 0,01187% del monto de referencia tomado del Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de servicio de Telecomunicaciones, esto es, USD $ 69.908,44 (SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHO DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS)

El 26 de noviembre de 2015, la Operadora OTECEL S.A., fue notificada en legal y debida forma con el contenido de la citada Resolución.

Mediante oficio S/N presentado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones el 16 de diciembre de 2015, con Hoja de Trámite No ARCOTEL-2015-016009, el señor José Manuel Casas Aljama, en calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de la Compañía OTECEL S.A., por intermedio de su abogado defensor debidamente autorizado dentro de la sustanciación del expediente, interpuso Recurso de Apelación a la Resolución No. ARCOTEL-2015-CZ2-0022 expedida el 25 de noviembre de 2015.

Con memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0021-M de 07 de enero de 2016, recibido en la Dirección Jurídica de Control de Telecomunicaciones en la misma fecha, la Coordinación Zonal CZ2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en atención al memorando No. ARCOTEL-DJCT-2016-007-M de 06 de enero de 2016, remitió copia certificada del expediente correspondiente al procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-2015-CZ2-0022.

Mediante Informe Jurídico Nro. IJ-DJCT-2016-0004 de 2 de marzo de 2016, la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de esta Agencia, emitió el criterio jurídico respectivo.

IV ANÁLISIS DE FONDO

4.1 RESOLUCIÓN APELADA

"1.2.1 La Coordinación Zonal CZ2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en la Resolución No. ARCOTEL-2015-CZ2-0022 dictada el 25 de noviembre de 2015, declaró y dispuso lo siguiente:

> *"**Artículo 2.- DETERMINAR** que la empresa Operadora OTECEL S.A. cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791256115001, con domicilio en la Avenida República E7-16 y la Pradera del Distrito Metropolitano de Quito, al no haber desvirtuado lo determinado en el Informe Técnico IT-DCS-C-2015-0100, de 5 de agosto del 2015 y el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0011, de 27 de agosto del 2015, es responsable de la infracción determinada en el artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: "Art. 117.-Infracciones de Primera Clase.-b.*

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones", esto, por no haber cumplido con la obligación constante en el artículo 24 numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: "11. Implementar el acceso, en forma gratuita, a los servicios de emergencia, determinados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en forma adicional para el caso de los servicios tales como el servicio móvil avanzado, cumplir con la entrega de información relacionada con la localización geográfica aproximada de una llamada", además en la sustanciación del procedimiento no se aceptó a trámite las excepciones planteadas por la empresa Operadora OTECEL S.A.

Artículo 3.- IMPONER (sic) *empresa Operadora OTECEL S.A. cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Alijama, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791256115001, con domicilio en la Avenida República E7-16 y la Pradera del Distrito Metropolitano de Quito, de conformidad con el artículo 117 de la LOT, la sanción prevista en el artículo 121 como de primera clase de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, equivalente al 0,01187% del monto de referencia tomado del Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de servicio de Telecomunicaciones, esto es, SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHO DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (USD $ 69.908,44), valor que deberá ser cancelado en Unidad Financiera Administrativa de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situado en la calle Amzonas (Sic) N40 71 y Gaspar de Villarroel de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el plazo de 30 días calendario, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.*

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

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

4.2. ARGUMENTOS DE LA OPERADORA

La Operadora OTECEL S.A., interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-CZ2-0022, mediante oficio S/N ingresado a la Agencia de

Regulación y Control de las Telecomunicaciones el 16 de diciembre de 2015 con Documento No. ARCOTEL-2015-016009, argumentando, en lo principal, lo siguiente:

- Nulidad del proceso, por haber sido sustanciado por autoridad manifiestamente incompetente.
- Violación del derecho a la defensa.
- Existencia de información diminuta en el Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-0100.
- Respecto a la ejecución del protocolo de pruebas sin participación de la Operadora.
- Respecto a los errores técnicos en el protocolo de pruebas.
- Metodología de evaluación del rendimiento y grado de precisión.

V MOTIVACIÓN

5.1. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Considerando el contenido de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2015-0022; lo manifestado por la Operadora en su oficio de impugnación; así como las piezas del expediente ARCOTEL-2015-CZ2-0011; en mérito de los autos, la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, dentro del ámbito de su competencia, emite el siguiente criterio;

"4.1.1. VERIFICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA, conforme al argumento de la operadora OTECEL S.A.

En su escrito de apelación OTECEL S.A., señala lo siguiente:

> *"(...) no se ha entregado el Anexo 3 del Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-0100, que tendría los lineamientos para la ejecución de las pruebas a nivel nacional (...) en la página 27 de la Resolución, ARCOTEL señala que se debe considerar lo siguiente:*
>
> *"(...) la empresa OTECEL S.A. reconoce que mediante correo electrónico de fecha 24 de agosto, el Ing. Luis Suárez, funcionario de ARCOTEL, remitió el archivo CONSOLIDADO NACIONAL_OTECEL.xlsx, en el que consta el detalle de las llamadas efectuadas por ARCOTEL para determinar el cumplimiento de las Resoluciones TEL-623-28-CONATEL-2013, TEL-455-15-15-CONATEL-2014 y TEL-970-29-CONATEL-2014.*
>
> *La empresa Operadora de SMA OTECEL S.A., recibió la información referida el 24 de agosto del 2015 y dio contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, con fecha 17 de septiembre de 2015, es decir, luego de 18 días y argumentó, no haber contado ni con el tiempo ni con la información adecuada para contestar el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador.".*

En este sentido la Operadora, sostiene:

> *"(...) Respecto a la información remitida por correo electrónico por el Ing. Luis Suárez, es necesario aclarar nuevamente que ARCOTEL en ningún momento ha confirmado que esa información constituye la información de*

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

sustento en base a la cual se emitió el Informe Técnico IT-DCS-C-2015-0100; (...)".

Con relación al acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador, el artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala:

> *"(...) en este acto de apertura, se deberá adjuntar el informe técnico-jurídico que sustente el mismo".*

Revisado el expediente administrativo se encuentra que el 27 de agosto de 2015, el titular del organismo desconcentrado de la ARCOTEL, Coordinador Zonal 2, emite el "ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-2015-CZ2-0011, GEOLOCALIZACIÓN DE LAS LLAMADAS DE EMERGENCIA 911/SMA –RUC 1791256115001 – TRAMITE LEGAL", en cuya página cinco, señala:

> *"...Remito adjunto copia del Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-00100, realizado por personal (sic) la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones y copia del Informe Jurídico No. ARCOTEL-2015-NJCZ2-A-011, realizado por la Unidad Jurídica del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, que pasan a constituir sustento motivador del presente acto.".*

En el acto de apertura nada se dice respecto a que se adjuntan y remiten copias de los anexos al Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-0100 de 5 de agosto de 2015, en el que, textualmente se señala:

> *"...4.4.1. Procedimiento*
>
> *De manera de estandarizar el proceso de verificación en campo realizado por las coordinaciones zonales de la ARCOTEL, se remitieron lineamientos para la ejecución de pruebas a nivel nacional, los cuales se incluyen en el anexo 3 del presente informe".*

La empresa operadora OTECEL S.A. en su escrito de 17 de septiembre de 2015, con documento No. ARCOTEL-2015-011249, al presentar su contestación, solicita pruebas y formula alegatos al acto de apertura del procedimiento sancionador, y con relación a la falta de entrega del Anexo 3, señala lo siguiente:

> *"...Como podrá apreciar señor Coordinador, en el Informe se hace referencia a la existencia de un Anexo 3, documento del cual OTECEL S.A. desconoce por completo su contenido, por tanto, mal puede ejercer su derecho de defensa, pues no puede presentar ninguna prueba de descargo respecto del mismo. Esto es de suma gravedad porque constituye una flagrante violación del derecho constitucional a la defensa de mi representada...".*

No obstante que el presente procedimiento administrativo sancionador fue iniciado el 27 de agosto de 2015, es importante considerar que en el "INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES- ARCOTEL", aprobado con Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, en el artículo 21, se señala:

"...El acto de apertura será elaborado por la Unidad Jurídica y remitido para la suscripción de la Autoridad Administrativa del Organismo Desconcentrado correspondiente. Se adjuntarán obligatoriamente, copia de los informes técnico y jurídico, con los anexos respetivos.".

El organismo desconcentrado, en providencia de 21 de septiembre de 2015, dispone entre otras diligencias la apertura del término de prueba, pero nada dice respecto de la no entrega del Anexo 3, al presunto infractor (OTECEL S.A.).

Visto el informe jurídico ARCOTEL-JCZ2-R-0022 de 24 de noviembre de 2015 con relación al argumento de OTECEL S.A., se señala:

- *"En primer lugar la empresa OTECEL S.A. reconoce que mediante correo electrónico de fecha 24 de agosto, el Ing. Luis Suárez, funcionario de ARCOTEL, remitió el archivo CONSOLIDADO NACIONAL_OTECEL.xlxs, en el que consta el detalle de las llamadas efectuadas por ARCOTEL para determinar el cumplimiento de las resoluciones TEL-623-28-CONATEL-2013. TEL-455-15-15(sic)-CONATEL-2014 y TEL-970-29-CONATEL-2014 (...)*

- *El hecho de que la misma empresa se refiera a que conoció el archivo CONSOLIDADO NACIONAL_OTECEL.xlxs, presume su conocimiento y apreciación, teniendo tiempo para preparar y ejercer la defensa; por lo tanto la alegación que se ha realizado respecto de la información diminuta y que no ha podido ejercer su derecho a la defensa, no es aceptada a trámite en el procedimiento.".*

El citado informe Jurídico fue acogido en todas sus partes en la Resolución ARCOTEL-CZ2-2015-0022 de 25 de noviembre de 2015.

Al respecto se observa que el procedimiento administrativo sancionador, inició mediante acto de apertura de 27 de agosto de 2015, por lo cual, el señalar que mediante correo electrónico de 24 de agosto de 2015, ya se remitió la información en formato electrónico, es inadmisible puesto que, el procedimiento administrativo sancionador no había iniciado aún, por un lado, y por otro, en cualquier circunstancia, el organismo desconcentrado debió cumplir con lo dispuesto en el inciso final del artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y remitir al presunto infractor, junto con el acto de apertura, los informes técnico-jurídico que lo sustenten, con los anexos como parte integrante de dichos informes; lo cual era obligatorio y no discrecional y su omisión sin duda, afecta el debido proceso y el derecho a la defensa.

4.1.2. VERIFICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA DEL EXPEDIENTE DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZ2-2015-0022.

De la revisión del expediente se constata las siguientes novedades:

- *A fojas 35 del expediente consta la providencia de 21 de septiembre de 2015, denominada "Acto de apertura de prueba y despacho de prueba anunciada" por medio de la cual se verifica que la CZ2 abre el término de causa a prueba; siendo lo correcto abrir el término para evacuación de la prueba según lo dispone el Art. 127 de la LOT; esta situación crea confusión en OTECEL, empresa que por medio del oficio s/n, ingresado a esta Agencia con trámite ARCOTEL-2015-0011657, el 24 de septiembre de 2015, solicita que se practiquen algunas diligencias adicionales a las pedidas en su escrito de contestación al acto de*

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

apertura; solicitud que se niega mediante providencia denominada "Acto de termino (sic) de prueba" de 13 de octubre de 2015.

- *En la letra C) de la providencia citada se dispone la práctica de dos diligencias (C1, C2) dirigidas tanto al ECU 911, como a la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones respectivamente, cuya práctica no consta en el expediente.*

- *En la letra D) de la mencionada providencia se fija día y hora para la audiencia solicitada por OTECEL en su escrito de contestación al acto de apertura. No consta documento alguno que permita determinar si dicha diligencia fue llevada a cabo, por esta razón en esta fase del proceso impugnativo no es posible analizar, en mérito de lo actuado, lo relativo a este pedido de la operadora. De fojas 37 a 43 del expediente consta una presentación impresa de power point que no se ha agregado formalmente al expediente.*

- *Según providencia de 09 de noviembre de 2015, se prorroga el término para resolver en virtud de necesitarse mayores elementos de convicción. La CZ2 señala que: "... se ha procedido a solicitar información a las empresas operadoras de telefonía móvil como a otros organismos del Estado con el objeto de determinar la verdad Material.". No constan en el expediente los requerimientos de información a los que se hace referencia, excepto por el oficio No. SIS-DG-2015-1165 suscrito por la Dirección General del Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, de 20 de noviembre de 2015.*

- *No constan en el expediente los anexos que sustentan el Informe Técnico IT-DCS-C-0100, pese a que del memorando ARCOTEL-DCS-2015-0481-M de 14 de agosto de 2015, al cual se adjunta dicho informe, se hace constar: "Anexos: Adj.: Informes técnicos y sus anexos (físico y Cds)."; situación que imposibilita, en esta fase del proceso impugnativo, hacer un análisis en mérito de lo actuado conforme lo dispone el Art. 134 de la LOT.*

Al encontrarse que existen vicios insubsanables de nulidad de pleno derecho en la sustanciación del Procedimiento Administrativo Sancionador de conformidad al Art. 129 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, y que los mismos corresponden ser declarados desde el acto de apertura, no es pertinente pronunciarse sobre los demás argumentos esgrimidos por la operadora."

Con base en las Consideraciones Generales y Análisis de Forma; Fundamentos Jurídicos; Trámite de la Apelación; y Análisis de Fondo de los argumentos jurídicos de la operadora que preceden, en ejercicio de sus atribuciones legales, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones – ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y **ACOGER** el criterio jurídico contenido en el Informe Jurídico Nro. IJ-DJCT-2016-0004 de 2 de marzo de 2016, presentado por el Director Jurídico de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 2.- DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO a partir del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-2015-CZ2-0011 de 27 de agosto de 2015 que concluyó con la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

0022 de 25 de noviembre de 2015; a fin de asegurar la observancia del debido proceso y derecho a la defensa, consagrados en la Constitución de la República, con fundamento en los Arts. 11, 424 y 426 de la Carta Fundamental, en concordancia con el Art. 129, letra a) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Artículo 3.- DISPONER que la Dirección de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución en las oficinas de OTECEL S.A., ubicadas en la Avenida Republica E7-16 y la Pradera, de la ciudad de Quito, Provincia de Pichincha, en la persona de José Manuel Casas Aljama, en calidad de Presidente Ejecutivo, o en el correo electrónico Lonny.espinoza@telefonica.com del Dr. Lonny Espinoza Simancas, legalmente autorizado para el efecto; así como a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones; a la Coordinación General Administrativa Financiera; y, a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para los fines pertinentes

Notifíquese y cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 10 MAR 2016

Ing. Fred Andrey Yánez Ulloa
COORDINADOR TÉCNICO DE CONTROL
POR DELEGACIÓN DE LA DIRECTORA EJECUTIVA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
-ARCOTEL-

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
Ab. Vanessa Escobar	Dr. Gustavo Guerra	Ab. Esteban Burbano Arias DIRECTOR JURÍDICO DE CONTROL DE TELECOMUNICACIONES

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. T. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977