

RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL -2016- 0 420

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ACEPTA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA OTECEL S.A.; Y, REVOCA LA RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006 EXPEDIDA EL 08 DE ENERO DE 2016, POR LA COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA ARCOTEL.

CONSIDERANDO:

I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1. TÍTULO HABILITANTE - ADMINISTRADO

Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado y Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público; y, de uso de las Bandas de Frecuencias Esenciales, celebrado el 20 de noviembre de 2008, entre el Estado ecuatoriano, a través de la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del ex CONATEL, con la compañía OTECEL S.A. el cual se encuentra vigente. Por tanto, el administrado dentro de este procedimiento es la compañía OTECEL S.A. (en adelante simplemente OTECEL).

1.2. ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución Nro. **ARCOTEL-CZ2-2016-006** expedida el **08 de enero de 2016**, por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, Resolución que fue debidamente notificada a la compañía OTECEL el 12 de enero de 2016.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

-AUTORIDAD Y COMPETENCIA-

2.1. 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.- 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. (...)." (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: "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: 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." (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original).

“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. (...)”. (Lo subrayado y resaltado me pertenece).

“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 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. (...)”

2.2. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES (publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial Nro. 439 de 18 de febrero de 2015)

“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.”.

“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 subrayado 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).

2.3. REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES (Decreto Ejecutivo Nro. 864 de 28 de diciembre de 2015, publicado en el Suplemento al Registro Oficial Nro. 676 de 25 de enero de 2016)

“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. (...).”

“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.” (Lo resaltado me pertenece).

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

“Art. 96.- Actos Propios.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.” (Lo subrayado me pertenece).

“Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.-

1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o

sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. (Lo subrayado me pertenece).

2. La Administración Pública Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

2.5. RESOLUCIONES DE LA ARCOTEL

2.5.1 Resolución Nro. 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.”.

2.5.2 Resolución Nro. 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.”.

2.5.3 Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132 de 16 de junio de 2015.

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 y Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones:

“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 Coordinador Técnico de Control, tendrá las siguientes atribuciones: 2.2.1. Suscribir todo tipo de documentos necesarios para la gestión de la Coordinación Técnica de Control, en el ámbito de sus competencias. (...) 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).

2.6 INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL (RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, publicado en el R. O. Nro. 632 de 20 de noviembre de 2015)

“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

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;
- d) El lapso de tiempo para formular los descargos de los que se crea asistido el presunto infractor.

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. (...).”

“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 me pertenece).

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 de los artículos 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 85 de su Reglamento General, de conformidad con las atribuciones establecidas en dicha Ley y en la delegación constante en la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-0132 de 16 de junio de 2015.

III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

- El 22 de octubre de 2015, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-2015-CZ2-0030, con sustento en el Informe Técnico Nro. ICT-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015, que contiene el resultado del control sobre la “NOTIFICACIÓN DE SERVICIOS DE CRECIMIENTO COMERCIAL-SEGMENTO EMPRESAS”; y, en el Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-2015-JCZ2-A-0030.
- El 08 de enero de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006, determinando que la compañía OTECEL S.A. incurrió en la Infracción de Primera Clase, letra b), número 16 prevista en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al incumplir la obligación determinada en el Art. 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que consiste en no notificar a la ARCOTEL las tarifas con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en

vigencia de las mismas; y, le impuso la sanción pecuniaria de SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHO DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$69.908,44).

- El 12 de enero de 2016, la Operadora OTECEL fue notificada en legal y debida forma con el contenido de la citada Resolución.
- El abogado Andrés Donoso Echanique en calidad de Procurador Judicial de la compañía OTECEL, mediante escrito ingresado el 01 de febrero de 2016, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con Documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-001747-E, dirigido a los señores del **Directorio Ejecutivo** de la ARCOTEL, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016; y, solicitó: "... *que se sirva señalar fecha y hora, con la finalidad de ser recibidos en audiencia con (sic) para exponer de mejor manera nuestros argumentos*".
- El abogado Andrés Donoso Echanique en calidad de Procurador Judicial de la compañía OTECEL, mediante escrito ingresado el 02 de febrero de 2016, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con Documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-001797-E, y dirigido a la señora Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, dentro del término legal corrige la apelación presentada ante el Directorio de la ARCOTEL el 01 de febrero de 2016; y, solicita que la interposición del Recurso de Apelación en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016, **se entienda que fue presentada ante la Directora Ejecutiva.**
- A través de Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0331-M de 22 de marzo de 2016, la Coordinación Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en atención al memorando Nro. ARCOTEL-DJCT-2016-0067-M de 17 de marzo de 2016, remitió a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, copia certificada del expediente correspondiente al procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la emisión de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006.
- A través de Oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0287-OF de 28 de marzo de 2016, la ARCOTEL comunicó a la Operadora que al amparo de lo dispuesto en el artículo 76, número 7, letras c) y h), de la Constitución de la República del Ecuador, señaló día y hora para la realización de la Audiencia solicitada para que pueda exponer sus argumentos.
- En atención a lo previsto en el procedimiento del recurso de apelación, la Coordinación Técnica de Control según Memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0130-M de 28 de marzo de 2016, solicitó a la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL, emitir el criterio técnico correspondiente.
- Del acta de la Audiencia agregada al expediente, consta que la misma se efectuó el 1 de abril de 2016, a las 15h15, ante el Coordinador Técnico de Control, Director Jurídico de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, y servidoras de la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL, con la intervención de los funcionarios de OTECEL S.A., quienes se ratificaron en los argumentos presentados durante la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador ante la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL y en el escrito de impugnación. A la referida Acta se anexó también una impresión de la presentación en power point.
- El abogado Lonny Espinoza Simancas, suscribiendo en calidad de Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., mediante escrito ingresado en la ARCOTEL con el Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-005617-E el 5 de abril de 2016, fuera del término concedido

aprueba y ratifica la intervención en la Audiencia de los señores: Esteban Villalba y Fernando Palacios.

Se debe resaltar que la Operadora disponía de tres días contados a partir de la fecha de realización de la Audiencia, para legitimar la comparecencia de sus funcionarios en la misma, esto es, **hasta el 4 de abril de 2016**.

- Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2016-0164-M de 11 de abril de 2016, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de esta Agencia, emitió el criterio técnico respectivo.
- Mediante Informe Jurídico Nro. IJ-DJCT-2016-009 de 15 de abril 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

El Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006 dictada el 08 de enero de 2016, declaró y dispuso lo siguiente:

“Artículo 1.- ACOGER los informes Técnico y Jurídico constantes en los Memorandos Nos. ARCOTEL-CZ2-2015-0980-M, del 22 de diciembre del 2015 y ARCOTEL-2015-JCZ2-R-006, 08 de enero del 2016, suscritos por los profesionales técnico y jurídico respectivos.

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 ICT-DCS-C-2015-042, de 25 de junio del 2015 y el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0030, de 22 de octubre de 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. Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título (sic) 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 determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que al respecto manifiesta: ‘Art. 65.- Notificación y vigencia. Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones... La notificación oportuna de las tarifas no implica aceptación o aprobación de las mismas, y quedan a salvo las acciones de supervisión y control que correspondan.’; además, en la sustanciación del procedimiento administrativo no se aceptó a trámite las excepciones planteadas por la empresa Operadora OTECEL S.A. y que presentó el abogado Fabián Corral.

Artículo 3.- IMPONER (sic) empresa Operadora OTECEL S.A. cuyo representante legal es el señor José Manuel Casas Aljama, empresa concesionaria para prestar el Servicio de Móvil Avanzado, (...) de conformidad con el artículo 117 de la LOT, la sanción económica 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) (...)."

4.2 ARGUMENTOS DE LA OPERADORA

La Operadora OTECEL S.A., en el escrito ingresado a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el Documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-001747-E de 1 de febrero de 2016, mediante el cual interpuso Recurso de Apelación a la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006, expone argumentos de carácter tanto técnico como jurídico, alegando en lo principal, lo siguiente:

"(...) 2. APELACIÓN.-

Por no estar de acuerdo con la Resolución ARCOTEL-2016-CZ2-006 y, en uso del derecho que me conceden el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y la cláusula CINCUENTA Y OCHO, número CINCUENTA Y OCHO PUNTO UNO (58.1) del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado de 20 de noviembre de 2008, y dentro del término contractual, APELO de la Resolución en mención, ante la ARCOTEL, para que la deje sin efecto alguno, apelación que formulo en los siguientes términos:

2.1 Inexistencia del incumplimiento.-

En el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-2015-CZ2-0030 se alega que "[L]a operadora OTECEL S.A. hasta la presente fecha no ha notificado a la ARCOTEL, las Soluciones integrales que se encuentran publicadas en la página electrónica de la operadora, dentro del segmento EMPRESAS.

- <https://www2.movistar.com.ec/site/empresas/movil-empresas/crecimiento-comercial.html>

Al respecto, OTECEL S.A., mediante escrito ingresado el 17 de noviembre de 2015, con número de trámite ARCOTEL-2015-014448, informó lo siguiente:

Mediante oficio VPR-9484-2015 recibido en ARCOTEL el 11 de junio de 2015 con Hoja de Trámite Nro. 005484, respecto de las Soluciones Integrales: "Aplicación Fuerza de Ventas, Smart USSD, Interactive Message, Smart SMS, Smart Screen" aclaró que estos productos constituyen soluciones integrales ofertadas al segmento corporativo orientadas al desarrollo y producción de las empresas, las cuales están sujetas a cambios y condiciones de acuerdo a requerimientos y necesidades específicas de cada cliente. (...).

Es importante señalar que el Art. 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que "Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones...". (El subrayado me pertenece). Sin embargo, para el Segmento Corporativo no se han definido aún los formatos ni los mecanismos.

Cabe recalcar que actualmente ARCOTEL se encuentra definiendo los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo, en base a las propuestas realizadas por las Operadoras Móviles. Al respecto, OTECEL S.A. ha enviado su propuesta a la ARCOTEL (ex SUPERTEL) mediante oficios: VPR-7276-2014 ingresado el 25 de septiembre de 2014 con HT-08918, y VPR-10117-2015 ingresado el 18 de agosto de 2015 en ARCOTEL con HT-009488. Una vez que se cuente con los formatos, OTECEL S.A. procederá con la respectiva notificación.

Vale recordar que el artículo 96 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) - Actos Propios - establece que "Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa

cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.”. (Lo subrayado es mío)

Por lo tanto, si la ARCOTEL todavía no ha definido los formatos mediante los cuales se pide la información que ahora se alega no presentada (por la falta de esos mismos formatos), la autoridad competente no puede declarar el incumplimiento a razón del artículo 96 del ERJAFE antes citado. Más aún, debe subsanar su propia falla definiendo los formatos tal como lo manda el artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Se solicita el archivo del procedimiento administrativo sancionador Nro. ARCOTEL-2015-CZ2-0030, en virtud de que hasta la presente fecha ARCOTEL no ha definido los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo (como se ha dicho anteriormente), conforme lo establecido en el propio artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Referente de este análisis realizado por OTECEL S.A., el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, determina que en efecto no se han establecido los formatos y mecanismos de notificación para el segmento corporativo, textualmente en la página (12) de la Resolución Nro. ARCOTELCZ2-2016-006 se señala: “...considerando que al momento no se encuentran establecidos los formatos y mecanismos de notificación de este tipo de productos, corresponde al área jurídica establecer la aplicabilidad del citado Artículo para el presente caso.”. (El subrayado me pertenece).

El Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece: “Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones...”. (El subrayado me pertenece).

El área jurídica de ARCOTEL interpreta lo citado en el Art. 65 de la siguiente forma:

- En su primera parte dispone: Las tarifas deberán ser notificadas a la ARCOTEL, con 48 horas de anticipación a su entrada en vigencia.
- Hasta aquí se establece una obligación y como tal su cumplimiento debe ser acatado por parte de la empresa operadora, lo cual no puede quedar a la discrecionalidad de obediencia o no.

Ahora para aclarar más el asunto veamos la segunda parte en la que aparentemente existen confusiones y hacen relación a que la obligación de notificar podrá hacerse a través de medios electrónicos o bajo formatos o mecanismos previamente establecidos por ARCOTEL.

La obligación de notificar es de la empresa operadora y esta la puede hacer:

- Por medios electrónicos.
- Bajo formatos y mecanismos establecidos por ARCOTEL.

Pero la obligación de notificar se la debe cumplir por cualquier forma, ya que la notificación consiste en poner en conocimiento de otra parte, comunicar por cualquier medio alguna disposición, resolución o situación de manera oficial.

Sobre lo citado por el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, es importante señalar que el Art. 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que respecto de la notificación se lo debe hacer “... a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones...”.

Entre lo citado en el Art. 65, tenemos una Y, lo cual vincula cada aspecto requerido en el artículo en cuestión:

1. a través de medios electrónicos y
2. bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

9
1

Es decir, que para dar cumplimiento a lo señalado en el Art. 65 debe cumplirse las dos partes, ya que son vinculantes. Sin embargo, el Área Jurídica de ARCOTEL realiza una interpretación errónea del Art. 65, interpretando como si las obligaciones fueran separadas, cuando en este caso, deben ir de la mano.

En virtud de lo expuesto, se solicita el archivo de la RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZ2-2016-006, ya que hasta la presente fecha ARCOTEL no ha definido los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo, conforme lo establecido en el propio artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y lo ratificado por el Área Técnica de la Coordinación zonal 2 de ARCOTEL, en la página (12) de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-006. (...)

AUDIENCIA EFECTUADA EL 1 DE ABRIL DE 2016:

El abogado Andrés Donoso Echanique en calidad de Procurador Judicial de la compañía OTECEL, mediante escritos ingresados en la ARCOTEL con Documentos Nos. ARCOTEL-DGDA-2016-001747-E y ARCOTEL-DGDA-2016-001797-E, el 01 y 02 de febrero de 2016, respectivamente; interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016; y, solicitó: "... que se sirva señalar fecha y hora, con la finalidad de ser recibidos en audiencia con (sic) para exponer de mejor manera nuestros argumentos".

El Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, mediante Oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0287-OF de 28 de marzo de 2016, notificado en legal y debida forma a la compañía OTECEL S.A., el 30 de marzo de 2016; dispuso que la Audiencia solicitada por la Operadora se realice el día viernes 01 de abril de 2016 a las 15h00, a fin de que pueda exponer de manera verbal sus argumentos.

El día señalado para el efecto, en la sala de sesiones de la Coordinación Técnica de Control, tuvo lugar la Audiencia solicitada por la compañía OTECEL S.A., en observancia a las garantías básicas del debido proceso previstas en el Art. 76, número 7, letras c) y h) de la Constitución de la República del Ecuador, y considerando los artículos 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 85 de su Reglamento General.

El Econ. Esteban Villalba y el Ing. Fernando Palacios a nombre de OTECEL S.A. replican los argumentos presentados durante la sustanciación del Procedimiento Administrativo Sancionador ante la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL y en su escrito de impugnación; haciendo énfasis en:

- INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO POR INDEFINICIÓN DE FORMATOS POR PARTE DE ARCOTEL.
- QUE LA PROPIA AREA TÉCNICA DE LA CZ2 RECONOCE LA INEXISTENCIA DE FORMATOS.
- LA UNIDAD JURÍDICA DE LA CZ2 HACE UNA MALA INTERPRETACIÓN DEL ART. 65 DE LA LOT.
- EL ART. 68 DEL REGLAMENTO GENERAL A LA LOT ESTABLECE QUE LA NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE TARIFAS A LA ARCOTEL OBLIGA A LOS OPERADORES DECLARADOS CON PODER DE MERCADO.
- EN EL CASO QUE LA ARCOTEL PERSISTA EN SANCIONAR A OTECEL SE CONSIDERE QUE LA SALIDA COMERCIAL DE LOS PRODUCTOS RELACIONADOS A ESTE HECHO FUE EL 9 DE DICIEMBRE DE 2014, FECHA ANTERIOR A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.
- SOLICITAN EL ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO.

El Coordinador Técnico de Control dispuso que se agregue al expediente en forma física y digital la presentación realizada y concede el término de tres días (hábiles) contados a partir de la presente fecha, para que los comparecientes legitimen su comparecencia, de conformidad con el Art. 42 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL.

3. MOTIVACION:

3.1. ANÁLISIS TÉCNICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

La Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante **Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2016-0164-M de 11 de abril de 2016**, emitió su criterio técnico, del cual se transcribe lo siguiente:

“3. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN DE CONTROL DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES:

En función de la respuesta recibida por parte de la operadora, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, en relación a la parte técnica, manifiesta lo siguiente:

Esta Dirección de Control mediante Informe de Control Tarifario Nro. ITC-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015, observó que el día 05 de mayo de 2015, en la página Web de OTECEL S.A. en el siguiente link: <https://www2.movistar.com.ec/site/empresas/movil-empresas/crecimiento-comercial.html>, se encontraba publicada en la parte de EMPRESAS, la información de SOLUCIONES INTEGRALES de CRECIMIENTO COMERCIAL; y, que esta información no ha sido notificada a la ARCOTEL.

El artículo 65 de la LOT establece que:

‘Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. La notificación oportuna de las tarifas no implica aceptación o aprobación de las mismas, y queda a salvo las acciones de supervisión y control que correspondan.’

En el primer párrafo de dicho artículo se establece la obligatoriedad de la notificación de las tarifas; en el segundo párrafo señala que estas notificaciones podrán realizarse a través de medios electrónicos Y bajo formatos Y mecanismos previamente establecidos por la ARCOTEL, es decir, las notificaciones deben cumplir los tres requisitos establecidos (medio electrónico, formato y mecanismo).

- *OTECCEL en la comunicación S/N, ingresada a esta ARCOTEL con Trámite ARCOTEL-GDA-2016-001797-E de 02 de febrero de 2016, en la apelación de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-006, señaló entre otras cosas, lo siguiente:*

‘Mediante oficio VPR-9484-2015 recibido en ARCOTEL el 11 de junio de 2015 con Hoja de Trámite Nro. 005484, respecto de las Soluciones Integrales: “Aplicación Fuerza de Ventas, Smart USSD, Interactive Message, Smart SMS, Smart Screen” aclaró que estos productos constituyen soluciones integrales ofertadas al segmento corporativo orientadas al desarrollo y producción de las empresas, las cuales están sujetas a cambios y condiciones de acuerdo a requerimientos y necesidades específicas de cada cliente. Estas soluciones comprenden desarrollos a nivel de aplicaciones de software y conectividad, así como algún componente vinculado a la prestación de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos, etc.), el Servicio Móvil Avanzado es una pequeña parte de la solución. En este sentido, no se ajustan a los Formatos establecidos para la notificación de planes móviles (FORMATO RT-PLT-01) y promociones móviles (FORMATO RT-PR-01) utilizados para el segmento masivo o individual.’

‘(...) hasta la presente fecha ARCOTEL no ha definido los formatos de notificación y publicación de la oferta para el segmento corporativo.’ (El resaltado me pertenece)

Sobre este particular, es evidente que la operadora tiene clara la obligación de notificar sus “servicios integrales” debido a que, forman parte de un determinado servicio sobre el cual se aplica tarifas de acuerdo a los requerimientos y necesidades específicas de cada cliente.

- Por otra parte, en el análisis realizado por el área técnica de la Coordinación Zonal 2, señala “que la operadora OTECEL S.A. no ha desvirtuado técnicamente el cometimiento del hecho señalado en el presente procedimiento, debido a que, para acceder a los productos de soluciones integrales ofertados por OTECEL S.A., los clientes requieren hacer uso de servicios de telecomunicaciones (voz, SMS, datos, etc.) por los cuales deben pagar tarifas o precios, mismas que deben ser notificadas en base a lo señalado por el Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sin embargo, considerando que al momento no se encuentran establecidos los formatos y mecanismos de notificación de este tipo de productos, corresponde al área jurídica establecer la aplicabilidad del citado Artículo para el presente caso”. (el subrayado me pertenece) (...)

Al análisis emitido por el área jurídica de la Coordinación Zonal 2, OTECEL en la comunicación del Recurso de Apelación presentado con comunicación S/N ingresada con Trámite ARCOTEL-DGDA-2016-001797-E de 02 de febrero de 2016, manifestó que:

“Entre lo citado en el Art. 65, tenemos una Y, lo cual vincula cada aspecto requerido en el artículo en cuestión:

1. a través de medios electrónicos y 2. bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones Es decir, que para dar cumplimiento a lo señalado en el Art. 65 debe cumplirse las 2 partes, ya que son vinculantes. Sin embargo, **el Área Jurídica de ARCOTEL, realiza una interpretación errónea del Art. 65, interpretando como si las obligaciones fueran separadas, cuando en este caso, deben ir de la mano.**” (El resaltado me pertenece)

En base a los argumentos expuestos, esta Dirección ha observado que no puede darse el cumplimiento de una disposición a medias, en este caso del Artículo 65 de la LOT, debido a que, al momento de la elaboración del informe ICT-DCS-042 de 25 de junio de 2015, no consideró que los prestadores de servicios no cuentan con los formatos y mecanismos para cumplirla.

Por otra parte, en el Acta de la Audiencia del Recurso de Apelación, efectuada el 08 de enero de 2016, la operadora entre otras cosas hizo énfasis en:

“EL ART. 68 DEL REGLAMENTO GENERAL A LA LOT ESTABLECE QUE LA NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE TARIFAS A LA ARCOTEL OBLIGA A LOS OPERADORES DECLARADOS CON PODER DE MERCADO.”

En base a lo citado, el Artículo 68 del Reglamento General de la LOT, textualmente señala que:

“Art. 68.- Notificación y publicación de tarifas de los clientes.- Para la notificación de planes tarifarios, tarifas y promociones para los clientes, se estará a lo establecido en las regulaciones que emita la ARCOTEL.

Sin perjuicio de lo anterior, los operadores declarados con poder de mercado o preponderantes deberán notificar a la ARCOTEL y publicar en su sitio web, todas las tarifas que tengan suscritas con los clientes de servicios de telecomunicaciones, incluido radiodifusión por suscripción. (...)”

Considerando lo señalado en el artículo anterior, se debe aclarar a OTECEL S.A. que la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016, se inició por un posible incumplimiento a lo establecido en el artículo 65 de la LOT; más no al artículo 68 del Reglamento General a la LOT que menciona la operadora.

Finalmente, corresponde al área regulatoria de la ARCOTEL emitir los formatos y mecanismos no solo para el servicio de SMA, sino para todos de servicios de telecomunicaciones, con la finalidad que los prestadores puedan dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

4. CONCLUSIÓN

Dando respuesta al memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0129-M de 28 de marzo de 2016 de la Coordinación Técnica de Control, esta Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones ha revisado y analizado técnicamente los argumentos presentados por la

operadora, mismos que justifican que se acepte el pedido de apelación interpuesto por OTECEL S.A. en contra de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016". (Lo remarcado me pertenece).

3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante **Informe Jurídico Nro. IJ-DJCT-2016-009 de 15 de abril de 2016**, considerando el contenido de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006, lo manifestado por la Operadora OTECEL en su oficio de impugnación, y las piezas del expediente, emitió su criterio jurídico, del cual se transcribe lo siguiente:

"SOBRE LA INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO:

En la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006 expedida el 08 de enero de 2016 por parte de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, se declaró la responsabilidad de la compañía OTECEL S.A., en la comisión de la infracción de Primera Clase, letra b. número 16 por no haber cumplido con la obligación determinada en el Art. 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de notificar a la ARCOTEL con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las tarifas; con sustento en el INFORME DE CONTROL TARIFARIO DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO Nro. ICT-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015, elaborado por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción.

Es importante señalar que el Art. 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que: 'Las tarifas deberán ser notificadas a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las mismas. Esta notificación podrá realizarse a través de medios electrónicos y bajo formatos y mecanismos previamente establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (...)'.

Sin embargo, se debe resaltar que tanto la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, así como la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL, señalan expresamente que esta Agencia no ha definido aún los formatos relacionados con el Segmento Corporativo ni los mecanismos señalados en la disposición legal citada.

SOBRE LA VALIDEZ DEL INFORME TÉCNICO Nro. ICT-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015:

La Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, en el Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2016-0164-M de 11 de abril de 2016, sobre el argumento de inexistencia del incumplimiento presentado por OTECEL en su escrito de apelación, indica que: 'En base a los argumentos expuestos, esta Dirección ha observado que no puede darse el cumplimiento de una disposición a medias, en este caso del Artículo 65 de la LOT, debido a que, al momento de la elaboración del informe ICT-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015, no consideró que los prestadores de servicios no cuentan con los formatos y mecanismos para cumplirla'.

Por otra parte, con respecto al argumento de OTECEL expuesto en la Audiencia realizada el 01 de abril de 2016, relacionado con el artículo 68 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, en el Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2016-0164-M de 11 de abril de 2016, expresa que: "...se debe aclarar a OTECEL S.A., que la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016, se inició por un posible incumplimiento a lo establecido en el artículo 65 de la LOT; más no al artículo 68 del Reglamento General a la LOT que menciona la Operadora."

Finalmente, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción en su criterio técnico sobre el Recurso de Apelación interpuesto por OTECEL concluye que: "ha revisado y analizado técnicamente los argumentos presentados por la

operadora, mismos que justifican que se acepte el pedido de apelación interpuesto por OTECEL S.A. en contra de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016”.

De los antecedentes y análisis expuestos, se determina el reconocimiento por parte de la propia Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, de que elaboró el INFORME DE CONTROL TARIFARIO DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO Nro. ICT-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015, sin considerar que los prestadores de servicios no contaban con los formatos y mecanismos para cumplir la obligación de notificar a la ARCOTEL con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las tarifas, dispuesta en el Art. 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Lo manifestado evidencia además de la existencia de errores y omisiones en el Informe Técnico Nro. ICT-DCS-C-2015-042, la existencia de errores e inconsistencias al momento de realizar el análisis y de elaborar el Informe Jurídico ARCOTEL-2015-JCZ2-A-0030 previo a la emisión del Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-2015-CZ2-0030 por parte de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

En consecuencia, al constituir los Informes Técnico y Jurídico la prueba de cargo que aportó la administración y el sustento para el inicio y sustanciación del procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la expedición de la Resolución impugnada, se considera que dichos errores y omisiones constituyen vicios en la sustanciación del procedimiento por parte del Organismo Desconcentrado. Al respecto se debe indicar que se requiere de la certeza de los hechos imputados y la certeza del juicio de culpabilidad, para que la prueba de cargo constituya sustento suficiente para imponer una sanción. En este contexto, el Informe Técnico Nro. ICT-DCS-C-2015-042 de 25 de junio de 2015, al no gozar de fuerza probatoria no debe ser valorado como prueba suficiente para desvanecer la presunción de inocencia de la Operadora OTECEL.

En virtud de estos errores y omisiones, se desprende la inexistencia del hecho imputado, y por lo tanto también del incumplimiento, los cuales han sido indebidamente atribuidos a la Operadora en el Acto de Apertura del procedimiento administrativo sancionador Nro. ARCOTEL-2015-CZ2-0030 de 22 de octubre de 2015, considerando que los argumentos han sido justificados técnicamente a fin de que se acepte el pedido de apelación interpuesto en contra de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-006 de 08 de enero de 2016.

Por lo tanto, no amerita abundar en el análisis de los demás argumentos jurídicos esgrimidos por la Operadora en la Audiencia realizada el 01 de abril de 2016, relativos a que: La Unidad Jurídica de la CZ2 hace una mala interpretación del Art. 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; el Art. 68 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que la notificación y publicación de tarifas a la ARCOTEL obliga a los operadores declarados con poder de mercado; y que en el caso que la ARCOTEL persista en sancionar a OTECEL se considere que la salida comercial de los productos relacionados a este hecho fue el 9 de diciembre de 2014, fecha anterior a la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; más aún, considerando que el recurso debe resolverse únicamente en mérito de los autos.

CONCLUSIÓN:

Se concluye entonces que, la existencia de errores, omisiones e inconsistencias en los Informes Técnico y Jurídico, afectaron la validez de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006, por lo tanto dicho acto administrativo constituye una actuación del poder público que carece de eficacia jurídica.

En consecuencia, resulta procedente la aceptación del Recurso de Apelación interpuesto por OTECEL S.A. en contra de la Resolución impugnada, así como revocar y dejar sin efecto la misma en todas sus partes, en observancia del debido proceso consagrado en la Constitución de la República, y de lo dispuesto en el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL y los artículos 96 y 170 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva”.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y **ACOGER** los criterios técnico y jurídico contenidos en el Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2016-0164-M de 11 de abril de 2016 y en el Informe Jurídico Nro. IJ-DJCT-2016-009 de 15 de abril de 2016, presentados por los Directores de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, y Jurídico de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, respectivamente.

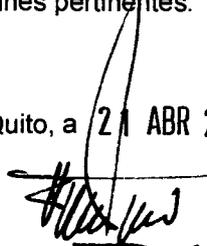
Artículo 2.- ACEPTAR el Recurso de Apelación interpuesto por la compañía OTECEL S.A., mediante escritos presentados con Documentos Nos. ARCOTEL-DGDA-2016-001747-E y ARCOTEL-DGDA-2016-001797-E, el 01 y 02 de febrero de 2016, respectivamente; y en consecuencia, **REVOCAR Y DEJAR SIN EFECTO la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-006 expedida el 08 de enero de 2016**, por la Coordinación Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 3.- ESTABLECER que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad con el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

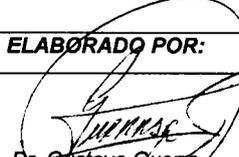
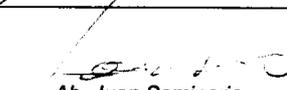
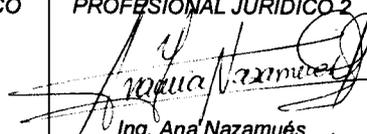
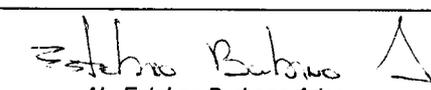
Artículo 4.- DISPONER que la Dirección de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la compañía OTECEL S.A., en la persona de su representante legal, en sus oficinas ubicadas en la Av. República E7-16 y de La Pradera esquina, Edificio TELEFÓNICA-MOVISTAR, 9no. Piso de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, dirección señalada por la recurrente para recibir notificaciones; así como a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones; a la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; 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 **21 ABR 2016**



Ing. Fred Andrey Yáñez 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:
 Dr. Gustavo Guerra PROFESIONAL JURÍDICO 2	 Ab. Juan Seminario PROFESIONAL JURÍDICO 2  Ing. Ana Nazamués PROFESIONAL TÉCNICO 1	 Ab. Esteban Burbano Anas DIRECTOR JURÍDICO DE CONTROL DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES  Ing. Ana Valdivieso Black DIRECTORA DE CONTROL DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN