

RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-2016- 0685

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES -ARCOTEL- DECLARA LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 DE 29 DE ABRIL DE 2016.

CONSIDERANDO

I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1.- TÍTULO HABILITANTE – ADMINISTRADO

Previa autorización del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, el 26 de agosto de 2008 la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, y la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL suscribieron el 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, el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir del 27 de agosto de 2008. Por tanto, el administrado o interesado dentro de este procedimiento es la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL.

1.2. ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 expedida el 29 de abril de 2016, por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, la cual fue notificada a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, el 5 de mayo de 2016, según se desprende del memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0536-M de 6 de mayo de 2016, que consta a fojas 149 del expediente del respectivo procedimiento administrativo sancionador.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

AUTORIDAD Y COMPETENCIA

2.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se registrá 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. (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)”. (Negrita fuera del texto original).

“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. (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) 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.** (Negrita y 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.” (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. (...)”.

“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.” (Subrayado fuera del texto original).

“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.” (Negrita fuera del texto original).

“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.”

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.** (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“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 establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.” (Subrayado fuera del texto original).

2.2 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Art. 20.- Obligaciones y Limitaciones.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, determinará las obligaciones específicas para garantizar la calidad y expansión



de los servicios de telecomunicaciones así como su prestación en condiciones preferenciales para garantizar el acceso igualitario o establecer las limitaciones requeridas para la satisfacción del interés público, todo lo cual será de obligatorio cumplimiento.

Las empresas públicas que presten servicios de telecomunicaciones y **las personas naturales o jurídicas delegatarias** para prestar tales servicios, **deberán cumplir las obligaciones establecidas en esta Ley, su reglamento general y las normas emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para garantizar la calidad, continuidad, eficacia, precios y tarifas equitativas y eficiencia de los servicios públicos.** (Negrita fuera del texto original).

“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. (...)”.

“Art. 118.- Infracciones de segunda clase. (...) b. Son infracciones de segunda clase **aplicables a poseedores de títulos habilitantes** comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) 11. El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.” (Negrita fuera del texto original).

“Art. 121.- Clases.- Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera: (...) 2. **Infracciones de segunda clase.-** La multa será de entre el 0,031% al 0,07% del monto de referencia. (...)”.

“Art. 122.- Monto de referencia. Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate. (...)”.

“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.**

El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“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. (...)”.

“Art. 129.- Resolución. El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas. (...)”.

“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.”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“**Art. 142.-** 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.”. (Subrayado fuera del texto original).

2.3 ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA - ERJAFE-

“**Art. 122.- Motivación.**

1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.”.

“**Art. 129.- Nulidad de pleno derecho.**

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

a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; (...)

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.”. (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

2.4 RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.5.1 Resolución Nro. 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.”.

2.5 ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL Nro. 09-05-ARCOTEL-2016 Y PUBLICADO EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL Nro. 800 DE 19 DE JULIO DE 2016.



El artículo 10, numeral 1.3.2.3, y acápites II y III letra b), establecen que son atribuciones y responsabilidades del Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otras: "(...) b) Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública. (...)". (Subrayado fuera del texto original).

2.6 INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL Nro. 632 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2015

"Art. 1.- El presente instructivo tiene por objeto normar la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, para el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida legalmente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; (...)".

"Art. 3.- El Procedimiento Administrativo Sancionador será iniciado, sustanciado y resuelto por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conformado por las Coordinaciones Zonales, quienes determinarán la existencia de una infracción y, de ser el caso, impondrán las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa aplicable."

2.7 CRITERIO JURÍDICO SOBRE APLICACIÓN DE RÉGIMEN LEGAL

Mediante memorando Nro. ARCOTEL-CAJ-2016-0090-M de 08 de abril de 2016, el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la ARCOTEL, sobre la consulta efectuada por la Coordinación Técnica de Control en relación a "qué régimen, contractual o legal, debe aplicarse para los procedimientos administrativos sancionadores por parámetros de calidad (...)", concluyó: "**Con fundamento en la normativa citada, el análisis realizado, es conclusión de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica que, el régimen aplicable para las relaciones Estado-Administrado en función de los contratos de concesión (...) es el legal debiendo estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y no al régimen contractual, pues así lo manda la Constitución y demás normas que forma parte de este análisis.**" (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

En consecuencia, la Directora Ejecutiva 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 y 148, número 8 de la de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

- ✚ El trámite interno para la sustanciación del recurso de Apelación en la vía administrativa, se encuentra previsto en los artículos 134 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, y 85 de su Reglamento General, así como en los artículos 36, 37 y 38 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de ARCOTEL, en todo aquello que no contrarie las normas legales y reglamentarias.
- ✚ El 20 de enero de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó el Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-0011, con sustento en el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-00115 de 30 de de septiembre de 2015 que contiene la verificación de cumplimiento de parámetros de calidad, establecidos en las Resoluciones Nros. TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio de 2014 de la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, correspondiente al primer y segundo trimestre del 2015.
- ✚ El 29 de abril de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dictó la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 en la cual se determinó que la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL,



- "(...) al no haber desvirtuado lo determinado en el acto (sic) de Apertura al Procedimiento ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de enero de 2016, es responsable de la infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que tipifica en su Art. 118 letra b) como de Segunda Clase, numeral 11 que manifiesta: "11: El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."; y, le impuso la sanción pecuniaria de USD \$ 655.616,07 (SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS DIECISEIS DÓLARES CON SIETE CENTAVOS).*
- ✦ A fojas 149 del expediente del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, consta que la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, fue notificada en legal y debida forma el 5 de mayo de 2016, con el contenido de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055.
 - ✦ Teodoro Maldonado Guevara, en su calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, mediante oficio Nro. GR-0985-2016 ingresado en la ARCOTEL el 26 de mayo de 2016 con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-008391-E, dirigido a la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, interpuso "RECURSO DE APELACIÓN" en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016.
 - ✦ El Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, mediante memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0224-M de 16 de junio de 2016, solicitó a la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones debido a su necesidad emitir el informe técnico en el ámbito de su competencia, respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación presentada y que a su vez remita la respuesta a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones.
 - ✦ Con memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2016-0312-M de 6 de julio de 2016, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones solicita a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, se amplíe el plazo concedido mediante memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0224-M de 16 de junio de 2016, por cuanto considera necesario realizar un análisis más profundo del indicador 5.1 "Relación con el cliente".
 - ✦ A través del oficio Nro. ARCOTEL-CTC-2016-0716-OF de 14 de julio de 2016, la Coordinación Técnica de Control, comunica a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL., que: *"esta Coordinación Técnica de Control ha dispuesto la suspensión por diez días (10) hábiles hasta la emisión del Informe Técnico requerido, del término máximo establecido en el inciso segundo del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para resolver el presente Recurso de Apelación por considerarse determinante y obligatoria la emisión del Informe Técnico de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, para la sustanciación y resolución del mismo, de conformidad a lo manifestado en el artículo 115, número 5, letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-."*
 - ✦ Con memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0015-M de 29 de julio de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, solicita a la Dirección de Impugnaciones, se conceda un plazo adicional de 5 días hábiles para la emisión del informe técnico, por lo delicado de dicho criterio.
 - ✦ Mediante providencia de 3 de agosto de 2016, la Dirección de Impugnaciones al amparo del último inciso del artículo 18 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL, concede la prórroga en el término de 5 días hábiles, para que remita el Informe Técnico respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación presentada.
 - ✦ La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0046-M de 10 de agosto de 2016, emitió el informe técnico respectivo.

- ✚ Mediante Providencia de 2 de septiembre de 2016, el Director de Impugnaciones de la ARCOTEL dispuso: "**PRIMERO.-** Que la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones amplíe y aclare el Informe Técnico contenido en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0046-M de agosto 10 de 2016.- **SEGUNDO.-** En virtud del requerimiento antes señalado, por ser determinante en el contenido de la resolución, al amparo de lo señalado en el artículo 115 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para resolver en diez (10) días hábiles. (...)".
- ✚ En atención a la providencia de 2 de septiembre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0101-M de 13 de septiembre de 2016, emitió el informe técnico pertinente.
- ✚ A través del Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-IJ-CJDI-2016-0008 de 14 de septiembre de 2016, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, emitió el criterio jurídico pertinente.

IV ANÁLISIS DE FONDO

4.1 RESOLUCIÓN APELADA

El Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, luego de la sustanciación del respectivo procedimiento administrativo sancionador, en ejercicio de sus atribuciones y dentro de la esfera de su jurisdicción y competencia, dictó la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 el 29 de abril de 2016, en la que se resolvió lo siguiente:

"(...) **Artículo 2.- DETERMINAR** que la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, al no haber desvirtuado lo determinado en el acto (sic) de Apertura al Procedimiento ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de enero de 2016, es responsable de la infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que tipifica en su Art. 118 letra b) como de Segunda Clase, numeral 11 que manifiesta: "11: El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."

Artículo 3.- IMPONER a la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC No. 1791251237001, de conformidad con el artículo 121 número 2 de la LOT, la sanción económica prevista como de segunda clase, aplicando el monto de referencia tomado del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0055-M-, de 08 de marzo de 2016, en el que se informa a la Coordinación Zonal 2 la declaración del impuesto a la renta de la empresa CONECEL S.A., correspondiente al ejercicio económico 2014 para el Servicio Móvil Avanzado (SMA); lo cual de una suma de, SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS DIECISEIS DÓLARES CON SIETE CENTAVOS (\$ 655.616,07) (...)"

4.2 ARGUMENTOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

La Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055, mediante oficio Nro. GR-0985-2016 ingresado el 26 de mayo de 2016 en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-008391-E, argumentando en lo principal, lo siguiente:

"(...) IV. DE LOS PARÁMETROS DE CALIDAD Y SU IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

A través del Informe Técnico No. IT-DST-C-2015-0115, del Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-011 realizado por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, se constató que CONECEL "(...) no habría alcanzado el valor objetivo señalado en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 por el lapso de dos períodos trimestrales consecutivos I y II



trimestre de 2015, lo cual conlleva un posible incumplimiento conforme lo establece la Cláusula 52.1 literal b) del Contrato de Concesión (...) Ahora bien, es evidente que no se alcanzó el valor objetivo, sin embargo como es de su conocimiento, tal incumplimiento se debe a razones totalmente ajenas a la responsabilidad de CONECEL, en tal sentido nuestra (sic) representado (sic) en un sinnúmero de ocasiones, y por ser más precisos a través de los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, solicitamos y recomendamos a vuestra Autoridad, que analice la escala aplicada, y de ser el caso la misma sea modificada hacia la escala anterior, toda vez que se constató la existencia de problemas encontrados en los parámetros de calidad, lo que hacía que dicha obligación sea de **imposible cumplimiento por nuestra parte**, conforme se lo indicará a continuación. **Imposibilidad de cumplimiento.** Señora Directora, la escala de tipo Likert es una escala psicométrica comúnmente utilizada en cuestionarios, o encuestas de investigación, cuando respondemos a un elemento de un cuestionario elaborado con la técnica de Likert, lo hacemos especificando el nivel de acuerdo o desacuerdo con una declaración (elemento, ítem o reactivo).- Una escala es una serie de ítems o frases que han sido cuidadosamente seleccionados, de forma que constituyan un criterio válido, fiable y preciso para medir de alguna forma los fenómenos sociales, en este caso se intenta medir de manera fehaciente la opinión de un abonado, usuario/cliente en relación al servicio prestado por la operadora, en este sentido, la respuesta que brinda el individuo debe ser en base a una escala que se conforma en alternativas claras y que expresen aspectos, positivos, negativos y un punto neutro, este equilibrio es fundamental para medir encuestas. Cada escala que se plantee colocar como alternativa de respuesta debe declarar no sólo las dos posturas extremas, sino también graduar las intermedias. A medida que la escala gane en sensibilidad, ganará también en precisión.- Ahora bien si se analiza la nueva escala, la misma no posee un equilibrio lógico entre los parámetros TOP TWO BOX, y BOTTOM TWO BOX, ya que el aspecto BUENO, está en la mitad de la escala, es decir cumple la función del aspecto NEUTRO, y la calificación REGULAR distorsiona con su posición entre los aspectos negativos.

Excelente	5
Muy Bueno	4
Bueno	3
Regular	2
Malo	1

Es de precisar, que en la elaboración de la encuesta y herramienta de medición ARCOTEL cometió ciertos errores metodológicos, entre los principales son los siguientes:

1. Levantar una encuesta en base a preguntas con contenido Técnico, terminología que el abonado, usuario/cliente desconoce, por ejemplo un cliente promedio no entiende cual es la diferencia entre los siguientes términos disponibilidad, accesibilidad, integridad y retenibilidad del servicio móvil.
2. La medición cambio de ser Nacional, a Provincial, aquí la desventaja es que existe grandes probabilidades que las operadoras no logren cumplir con la muestra y el nivel de confianza, al menos para aquellas operadoras con menor posición de mercado.
3. Escalas de Medición no equilibradas, cuando el estándar señala que una escala debe ser:

Puntuación	Significado
1	Completamente en desacuerdo
2	En desacuerdo
3	Neutro
4	De acuerdo
5	Completamente de acuerdo

4. No se realizó la validación del instrumento de medición, paso que implica cumplir con la revisión de la redacción, entretenimiento y cumplimiento de los parámetros que se desean medir; para certificar que la encuesta mide lo que a debe medir, particular que debió ser revisado por los profesionales del campo.
5. No se ejecutó un Pre-Test, con una muestra de clientes, abonados/usuarios, con la finalidad de garantizar la confiabilidad de la medición, y la consistencia de las afirmaciones y escala de medición, frente a la interpretación de los encuestados.



Como consecuencia de los errores metodológicos descritos se creó un sesgo y margen de error entre las encuestas, y esto puede ser comparado porque CONECEL fue la única empresa que acató la disposición de ARCOTEL de medir el parámetro de calidad mediante lo dispuesto en la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014.- Señor Coordinador, como podrá observar, nuestras precisiones señaladas supra, fueron debidamente puestas en su consideración por medio de los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015 (Anexo 1) sin embargo hasta el momento no hemos recibido respuesta ni mucho menos pronunciamiento alguno, como recordará el artículo 25, numeral 3 de la LOT, menciona que es un derecho de los prestadores de servicios de las telecomunicaciones: "(...) Recibir de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, atención oportuna y motivada de sus peticiones". Queda claro pues, que jamás recibimos respuesta por parte de la ARCOTEL, pese a que están obligados a realizarlas, en tal sentido intentamos demostrar que nuestra pretensión no fue el dejar de remitir reportes, sino el que se acoja nuestras inquietudes para que se modifique y analicen los parámetros como tantas veces ya se ha mencionado, ya que son de imposible cumplimiento. (...) es definitivo el hecho de que todo acto administrativo para ser válido, debe haber sido emitido cumpliendo los requisitos que expresamente la ley establece. Así lo ha manifestado el Dr. Patricio Secaira al decir que "se sostiene que un acto administrativo es completo cuando su validez y eficacia son evidentes, Pero sin duda la validez y la eficacia del acto administrativo son cuestiones que si bien están relacionadas son diferentes" (...) Podemos afirmar entonces que la RESOLUCIÓN TEL-042-01-CONATEL-2014, por la cual se fija nuevos parámetros de calidad y que sirve como fundamento para sancionar a CONECEL por presunto incumplimiento de estos indicadores, llevó consigo un objeto imposible el cuál fue comunicado a la autoridad de Telecomunicaciones de forma oportuna (...) A modo de conclusión, afirmamos que RESOLUCIÓN TEL-042-01-CONATEL-2014, mediante la cual la Coordinación Zonal 2 se basó para sancionar a CONECEL por el presunto incumplimiento de parámetros de calidad, tiene un objeto imposible, por cuanto la escala de calificación que consta en dicha normativa, provoca interpretaciones por parte del abonado, a ciertas opciones; lo cual genera un sesgo cuyo resultado es una medición no real de satisfacción del usuario, (...)

- **Aplicación del Principio de Favoralidad**

El Informe Técnico No. IT-DST-C-2015-0115 elaborado por la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones y que forma parte del Acto de Apertura por el cual se dio inicio al Proceso Administrativo Sancionador finalizado con el Acto Impugnado, es enfático al mencionar que la operadora CONECEL: "(...) no habría alcanzado el valor objetivo señalado en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 por el lapso de dos períodos trimestrales consecutivos I y II Trimestre de 2015, lo cual conlleva un posible **incumplimiento conforme lo establece la Cláusula 52.1 literal b) del contrato de concesión** suscrito entre CONECEL S.A. y la Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 26 de agosto de 2008" (Lo resaltado y en negrilla nos corresponde).

Ahora bien, el Contrato de Concesión, al cual la ARCOTEL hace referencia, en su Cláusula 55 establece como sanción para este tipo de incumplimiento una amonestación escrita. Sin embargo, en el Acto de Apertura elaborado por el Organismo Desconcentrado Zonal 2 de la ARCOTEL, su Autoridad establece como presunta sanción al incumplimiento contractual por parte de CONECEL, la multa correspondiente a las infracciones de segunda clase (...) conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.- Frente a esta realidad, es evidente, que nos encontramos frente a dos instrumentos legales que tipifican el mismo acto en el mismo sujeto, sin embargo disponer sanciones abiertamente diferentes, siendo un caso extremadamente gravoso: La Constitución de la República, previendo este escenario, manifiesta en su Artículo 76, numeral (sic) 5 y 7, (...)

- **De la Correcta Sanción a la Presunta Infracción (...)**

En consideración a que existen dos sanciones respecto de un mismo supuesto acto, su Autoridad está en la obligación de que en la posible sanción a mi representada, lo haga conforme a los principios y garantías consagrados en la Carta Magna y marco normativo, así como a la jurisprudencia y la doctrina, esto es aplicando la ultractividad el Contrato de Concesión, en función del principio de favorabilidad, pues este cuerpo normativo contempla la sanción que más favorece al imputado.- Interpongo el presente argumento indubio pro administrado y aplicación del principio de



favorabilidad, de manera subsidiaria, en caso de considerar vuestro despacho proseguir con el curso del expediente, conforme al Artículo 426 de la Carta Magna (...)

VI. PRETENSIÓN

Por lo expuesto, solicitamos a Usted Señora Directora en su calidad de superior jerárquico que en relación al ACTO ADMINISTRATIVO que contiene la Resolución Nro. ARCOTEL-2016-CZ2-0055 notificada a CONECEL el 5 de mayo de 2016, en la que se resolvió determinar la responsabilidad de la infracción determinada en el artículo 118, Letra b), numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones e imponer la sanción por la cantidad de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS DIECISEIS DÓLARES CON SIETE CENTAVOS (USD \$ 655.616,07) se sirva disponer:

- a) Se acepte el presente Recurso de Apelación sobre la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-055, en cuanto los fundamentos indicados.
- b) Se archive el Procedimiento Administrativo Sancionatorio que finalizó con la Resolución ARCOTEL-2016-CZ2-0055 y por tanto se reverse los valores consignados por objeto de la multa impuesta. (...)

4.3 MOTIVACION

4.3.1. ANÁLISIS JURÍDICO

La Dirección de Impugnaciones de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-IJ-CJDI-2016-0008 de 14 de septiembre de 2016, considerando el contenido de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055; lo manifestado por la operadora en su oficio de impugnación y las piezas del expediente, emitió el criterio jurídico, del cual se transcribe lo siguiente:

"El procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la Resolución impugnada, fue sustanciado de conformidad con el trámite previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

◆ TÉRMINO PARA PRESENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

Teodoro Maldonado Guevara, en su calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, (según consta del poder especial elevado a Escritura Pública el 22 de diciembre de 2015, ante la Notaría Vigésima Tercera del cantón Guayaquil, cuya copia anexa), mediante oficio Nro. GR-0985-2016 ingresado el 26 de mayo de 2016 a las 13:30, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-008391-E, **APELA** a la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016, la cual fue notificada¹ el 5 de mayo de 2016, según desprende del memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0536-M de 6 de mayo de 2016, que consta a fojas 149 del expediente del procedimiento administrativo sancionador **dentro del término de quince (15) días** previsto en el inciso primero del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que se ha procedido a considerar su respuesta, en observancia de sus derechos constitucionalmente protegidos, particularmente de la tutela² efectiva y del debido proceso, a través de lo cual se asegura la efectiva realización del principio de contradicción.

¹ Art. 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-: "(...) **Art. 66.- VIGENCIA.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia** con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho." (Negrita y subrayado fuera del texto original).

² COMPENDIO DE EXTRACTOS DE FALLOS Y RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES JUDICIALES Y RESOLUCIONES NORMATIVAS. Tomo VI, 2014, Procuraduría General del Estado. Caso Nro. 0384-12-EP Corte Constitucional. Fuente (Registro Oficial) Suplemento I Nro. 289 de 15/07/2014, pág. 142 "(...) En cuanto al ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo ha mencionado la Corte, conforme el artículo 75 de la Constitución de la República, este comprende el acceso gratuito a la justicia, el obtener una resolución fundada en derecho y el conseguir la ejecución integral de la sentencia, en forma oportuna. En tal circunstancia, cuando la resolución o resoluciones que se

◆ **OPERADORA SEÑALA NO HABER RECIBIDO RESPUESTA A OFICIOS**

En el oficio presentado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-008391-E, se enuncia:

"(...) Como consecuencia de los errores metodológicos descritos se creó un sesgo y margen de error entre las encuestas, y esto puede ser comparado porque CONECEL fue la única empresa que acató la disposición de ARCOTEL de medir el parámetro de calidad mediante lo dispuesto en la resolución TEL-042-01-CONATEL-2014. Señor Coordinador, como podrá observar, nuestras precisiones señaladas supra, fueron debidamente puestas en su consideración por medio de los oficios N° GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015 (Anexo 1), sin embargo hasta el momento no hemos recibido respuesta ni mucho menos pronunciamiento alguno, como recordará el artículo 25, numeral 3 de la LOT, menciona que es un derecho de los prestadores de servicios de las telecomunicaciones: "(...) Recibir de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, atención oportuna y motivada de sus peticiones". Queda claro pues, **que jamás recibimos respuesta por parte de la ARCOTEL**, pese a que están obligados a realizarlas, en tal sentido intentamos demostrar que nuestra pretensión no fue el dejar de remitir reportes, sino el que se acoja nuestras inquietudes para **que se modifique y analicen los parámetros como tantas veces ya se ha mencionado, ya que son de imposible cumplimiento;** (...)" (Negrita fuera del texto original).

La defensa planteada, gira en torno a los oficios Nros. GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, con los que la operadora ha solicitado a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones la modificación de los parámetros de calidad que constan en las Resoluciones Nros. TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014, y TEL-0458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014, los mismos que no han sido contestados, contrariando uno de los derechos de los prestadores establecido en el artículo 25 numeral 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Sobre este tema a fojas 104 y 105 (v) del expediente del procedimiento administrativo sancionador, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL en memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0482-M de 21 de abril de 2016, manifiesta:

"(...) cabe señalar que mediante oficio **Nro. ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF de 4 de enero de 2016**, la ARCOTEL da respuesta a los oficios N° GR-0999-2015, GR-1301-2015, GR-1539-2015 y GR-2100-2015, señalando textualmente lo siguiente: (...) la prestadora del servicio móvil avanzado CONECEL S.A., solicitó se realice la revisión y modificación del índice de calidad codificado como SMA-C-QoS5.1 (1.1) denominado ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO (RELACIÓN CON EL CLIENTE). Al respecto y luego de realizado el análisis pertinente, me permito manifestar lo siguiente: (...) En relación a la solicitud de revisión de la escala vigente de medición del indicador en cuestión, cabe señalar, que comparándola con la escala utilizada anteriormente a pesar de ser tablas con diferentes graduaciones, mantienen una metodología común de medición (escala de 1 a 5) y un objetivo similar de conocer desde la perspectiva del usuario su grado de satisfacción con el servicio, el trato que se le dio durante sus consultas reclamos u otros y la percepción en general sobre la facturación a continuación se realizará un breve análisis de la tabla de graduación actual:

GRADO	CALIFICACIÓN
Excelente	5
Muy bueno	4
Bueno	3
Regular	2
Malo	1

Donde se puede observar que los niveles para alcanzar el valor objetivo señalado son "Bueno" con calificación de 3; "Muy Bueno" con calificación de 4 y "Excelente" con calificación de 5; obtener estos valores de calificación en los distintos ítems de los que consta la encuesta de percepción del usuario del servicio, significa que, el abonado/cliente o usuario tiene una percepción positiva del servicio, del

expidan no son de fondo o se fundan en normas arbitrariamente inconstitucionales, tales resoluciones resultan arbitrarias o irrazonables, puesto que no cumplen con la exigencia constitucional expresada. (...)" (Subrayado fuera del texto original).



trato que se le dio durante la tramitación de sus consultas, reclamos u otros y la percepción en general sobre la facturación, sucediendo lo contrario cuando el usuario percibe como "Regular" con calificación de 2 y "Malo" con calificación de 1, que puede significar que el usuario está disconforme con la forma como se le presta el servicio, de cómo se resolvieron sus dudas, reclamos y si la facturación está conforme a lo acordado entre las partes. Si bien, pueden existir casos en los que las personas tengan diferencias en la percepción de los temas evaluados, por ello se concedió un error máximo de 5%. En general la percepción del abonado, cliente o usuario se basa en el servicio que reciben y como lo reciben en los diferentes aspectos vinculados con dicha prestación, lo cual **depende netamente de la prestadora**. De lo expuesto se desprende que, luego de analizados las observaciones realizadas por la empresa CONECEL S.A., del parámetro de calidad del servicio móvil avanzado de codificación SMA-C-QoS-5.1 (1.1) de denominación ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO (RELACIÓN CON EL CLIENTE), se ha demostrado que la **tabla de graduación del parámetro de calidad está de acuerdo al objetivo por el cual se actualizó ese parámetro en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014** y su modificación la Resolución TEL-458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014; adicionalmente cabe recalcar que la fórmula para obtener el valor objetivo del parámetro contiene todos los cálculos necesarios para la consecución del valor objetivo. (...)"

De lo expuesto se evidencia que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en atención a los oficios Nros. GR-0999-2015; GR-1301-2015; GR-1539-2015 y GR-2100-2015, respecto de la modificación y análisis de los parámetros de calidad, dio contestación mediante oficio Nro. **ARCOTEL-DRS-2016-0001-OF de 4 de enero de 2016**, negando el pedido solicitado y ratificando la escala o tabla de graduación del índice de calidad, del indicador 5.1. ENCUESTA DE PERCEPCIÓN DEL USUARIO (RELACIÓN CON EL CLIENTE), aprobado mediante Resolución Nro. TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014, y modificación realizada a través de la Resolución Nro. TEL-0458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014.

Por lo indicado vale aclarar que sin perjuicio de que la ARCOTEL hubiere modificado los parámetros de calidad establecidos en las Nros. TEL-042-01-CONATEL-2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014, el nuevo acto administrativo comienza a regir o surte efecto a partir de su notificación, nada tiene que ver con las situaciones pasadas, la norma nueva no puede aplicarse con retroactividad a la resolución anterior, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 7 del Código Civil en armonía con el artículo 66 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-.

◆ **ANTECEDENTE FACTICO, HECHO O CONDUCTA QUE IMPULSA EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO**

Mediante memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0577-M de 2 de octubre de 2015, la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, puso en conocimiento del Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-00115 de 30 de septiembre de 2015, que contiene la verificación de la información trimestral que la Operadora CONECEL S.A., debe reportar en el sistema automatizado con acceso a través de Internet (SAAD), correspondiente a la verificación del cumplimiento de los índices de calidad establecidos mediante Resoluciones Nros. TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014, correspondiente al primer y segundo trimestre del año 2015.

El Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL a través de la nota marginal de 19 de octubre de 2015, inserta en el memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0577-M de 2 de los mismos mes y año, dispone al Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL "proceder trámite pertinente" del citado documento, al cual se anexa el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-00115, emitido por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones.

En el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-00115 de 30 de septiembre de 2015, consta como antecedente el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-00110 de 28 de agosto de 2015, en el cual se concluye entre otros aspectos lo siguiente:

"La operadora CONECEL S.A., de acuerdo a los valores informados en el Formato SMA-C-QoS-5 "Parámetros de Calidad General" a través de su SAAD para el primer trimestre del 2015, cumple con varios de los valores objetivos establecidos conforme las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014

del 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio de 2014, sin embargo se presentan las siguientes observaciones:

ITEM	PARÁMETRO	PERÍODO	OBSERVACIÓN
1	Relación con el cliente	I TRIMESTRE 2015	La operadora no cumple el valor objetivo en las 24 provincias del Ecuador

(...)"

En el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-00115, emitido por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, entre otros aspectos, se concluye y recomienda:

"La operadora CONECEL S.A., de acuerdo a los valores informados en el Formato SMA-C-QoS "Parámetros de Calidad General" a través de su SAAD para el segundo trimestre del 2015, cumple con varios de los valores objetivos establecidos conforme las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 del 27 de junio de 2014, sin embargo se presentan las siguientes observaciones:

ITEM	PARÁMETRO	PERÍODO	OBSERVACIÓN
1	Relación con el cliente	II TRIMESTRE 2015	La operadora no cumple el valor objetivo en las 24 provincias del Ecuador

(...)

La Operadora CONECEL S.A., conforme se indica en el informe técnico Nro. IT-DCS-C-2015-00110 de 28 de agosto de 2015 no alcanzó el valor objetivo del indicador 5.1 para las provincias del Ecuador, no alcanzando tampoco dicho valor para el segundo trimestre de 2015, conforme se detalla en el presente informe, por lo cual no habría alcanzado el valor objetivo señalado en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 del 10 de enero de 2014 por el lapso de **dos períodos trimestrales consecutivos I y II Trimestres de 2015** (...)

RECOMENDACIONES (...) Con relación al indicador 5.1 "Encuesta de Percepción del Usuario (Relación con el cliente)", se recomienda remítir copia de los informes técnicos IT-DCS-C-2015-00110 e IT-DCS-C-2015-00115 a la Coordinación Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para que de considerarlo pertinente se apertura un proceso administrativo; (...)" (Negrita y subrayado fuera del texto original).

♦ FUNDAMENTO DE HECHO QUE CONSTA EN LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

A fojas 147 del expediente del procedimiento administrativo sancionador, en la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016, consta: "**1.2 FUNDAMENTO DE HECHO.-** Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0577-M, de 02 de octubre de 2015, el Director de Control de Servicios de Telecomunicaciones, Subrogante, pone en conocimiento el Informe Técnico Nro. IT-DCS-C-2015-0115, de 30 de septiembre de 2015, por el cual se hace la verificación de la información trimestral y semestral que la Operadora CONECEL S.A. debe reportar en el sistema automatizado con acceso a través de Internet (SAAD), relativo a los parámetros de calidad.

El objetivo de la actividad de control es verificar que la operadora CONECEL S.A., haya publicado en el SAAD los reportes de los nuevos índices de calidad para el SMA y cumpla con los valores objetivos para cada uno de los mismos, conforme a las resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014, de 27 de junio de 2014, así como comprobar que los reportes de calidad del servicio estén de acuerdo a los que exige la ARCOTEL. (...)

El Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-0115, concluye en su página 35 que la operadora CONECEL S.A., de acuerdo a los valores informados en Formato SMA-CQoS, "Parámetros de calidad General", a través del SAAD, para el segundo trimestre del 2015 cumple con varios valores objetivos establecidos en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014, sin embargo se presenta la siguiente observación:



ITEM	PARÁMETRO	PERÍODO	OBSERVACIÓN
1	Relación con el cliente	II TRIMESTRE 2015	La operadora no cumple el valor objetivo en las 24 provincias del Ecuador

♦ **ACTO DE APERTURA Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-011**

Merece un especial análisis el contenido del Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-011 (sic) de 20 de enero de 2016, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con la cual se inicia el procedimiento administrativo sancionador; en la página 2 del citado acto de apertura se señala: "El Informe No. IT-DSC-C-2015-0115, concluye en su página 35 que la operadora CONECEL S.A., de acuerdo los valores informados en Formato SMA-CQoS, "Parámetros de Calidad General", a través de su SAAD, para el segundo trimestre cumple con varios valores objetivos establecidos en las Resoluciones TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014, sin embargo se presenta la siguiente observación:

ITEM	PARÁMETRO	PERÍODO	OBSERVACIÓN
1	Relación con el cliente	II TRIMESTRE 2015	La operadora no cumple el valor objetivo en las 24 provincias del Ecuador

(...)"

Además en la página 8 del acto de apertura se enuncia lo siguiente:

"ANÁLISIS JURÍDICO. Como consecuencia de los antecedentes de hecho, que vienen determinados por el Informe Técnico IT-DCS-C-2015-00115, elaborado por la Dirección General de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y por las normas constitucionales, legales y reglamentarias, se ha podido determinar las siguientes circunstancias:

- La existencia de competencia de esta Coordinación Zonal para conocer e iniciar el presente procedimiento administrativo.
- El posible cometimiento de una infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como de segunda clase por no cumplir con lo valores objetivo (sic) de los parámetros de calidad contenidos en el título habilitante y en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- La posible sanción aplicable en caso de comprobarse la infracción determinada dentro del presente procedimiento administrativo.
- Esta determinado el procedimiento a seguir en la tramitación de esta causa y que es el determinado en la Ley. (...)"

Por lo expresado antes se colige que el Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-011 (sic) de 20 de enero de 2016, hace referencia únicamente a que la Sociedad Concesionaria CONECEL S.A., no habría cumplido el valor objetivo trimestral del indicador 5.1 Encuesta de Percepción del Usuario (Relación con el cliente) en las 24 provincias del Ecuador, para el segundo trimestre de 2015, y no toma en cuenta al incumplimiento del valor objetivo trimestral del indicador 5.1. Encuesta de Percepción del Usuario (Relación con el cliente) en las 24 provincias del Ecuador, para el primer trimestre del año 2015, tal como se desprende de los Informes Técnicos Nros. IT-DCS-C-2015-00110 e IT-DCS-C-2015-00115 de 28 de agosto y 30 de septiembre de 2015, respectivamente, trimestre que debió ser considerado para aplicación de dos normas distintas, que para el caso que nos ocupa dicho trimestre debió ser tomado en cuenta a partir del 18 de febrero de 2015, fecha en la cual se expide la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en observancia del artículo 193 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- que señala: "Irretroactividad. 1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. (...)".

La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL en forma previa a emitir el Acto de Apertura, debió desarrollar un análisis prolijo, preciso y detallado para determinar el elemento fáctico, procediendo luego a realizar una operación lógica jurídica, y subsumir de manera argumentada el hecho reportado



a las disposiciones legales, lo que le habría permitido establecer la calificación jurídica³ de la infracción, alcanzando los niveles de concreción necesarios para la tipificación efectiva, circunstancia que el presente procedimiento administrativo sancionador no ha ocurrido. Al revisar el análisis que consta en el Acto de Apertura con la que se inicia el procedimiento administrativo sancionador, se aprecia una incorrecta y equívoca explicación de la relación de la conducta de operadora con la norma inobservada.

◆ ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Como consta en la Resolución impugnada Nro. CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016, concluido el procedimiento se determinó que la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL al no haber desvirtuado lo determinado en el Acto de Apertura al Procedimiento ARCOTEL-CZ2-2015-011 (sic) de 20 de enero de 2016 incurrió en la infracción tipificada en el artículo 118, letra b), numeral 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y se impuso la sanción pecuniaria de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS DIECISEIS DÓLARES CON SIETE CENTAVOS (\$ 655.616,07) conforme lo previsto en los artículos 121, inciso primero y número dos, y 122 inciso primero del mismo cuerpo legal.

A fojas 128 del expediente del procedimiento administrativo sancionador, en la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055, concretamente dentro del análisis jurídico se señala lo siguiente: "(...) **g**) Una vez motivada adecuadamente la actuación de esta Coordinación Zonal desde el punto de vista de las diversas leyes que rigen el funcionamiento, así como el hecho de la protección del servicio del usuario en la provisión de servicios de telecomunicaciones y que son un deber primordial del Estado, **es necesario que se considere lo siguiente:**

- Antecedentes del hecho.- Los antecedentes del hecho que originaron el presente procedimiento administrativo están dados en primer lugar, en las actividades de control que realiza la ARCOTEL, en uso de sus competencias y atribuciones determinadas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que se origina en el Informe Técnico No. IT-DCS-C-2015-0115, de 30 de septiembre del 2015, el mismo que señala que la empresa operadora CONECEL S.A., **no habría alcanzado el valor objetivo durante dos períodos consecutivos** de los establecidos en la Resolución TEL-042-CONETEL-2014 (sic), en lo que tiene que ver con el índice de calidad "Relación con el Cliente".

Posteriormente se emite un informe jurídico, lo que lleva a la emisión del Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-011, de 20 de enero de 2016, el mismo se ha notificado a la empresa operadora, conforme Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0083-M, de 25 de enero de 2016.

- Relación con el derecho.- **Esta conducta de la empresa CONECEL S.A. está considerada como contraria a la legislación vigente**, así como las disposiciones y pronunciamientos dados por la ARCOTEL y se ha fundamentado en lo siguiente. (...). (Negrita fuera del texto original).

En el contenido del Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-011 (sic) de 20 de enero de 2016, y de la Resolución Nro. CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016, se observa una ambigüedad en razón de que en el acto de apertura únicamente hace referencia a que la Operadora CONECEL S.A., no habría cumplido el valor objetivo trimestral del indicador 5.1 Encuesta de Percepción del Usuario (Relación con el cliente) en las 24 provincias del Ecuador, para el segundo trimestre de 2015, en tanto que en la resolución aludida se considera que la Sociedad Concesionaria CONECEL S.A., no habría alcanzado el valor objetivo durante dos períodos consecutivos de los establecidos en la

³ SOTOMAYOR LUCIA. 2007. El Procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. España; Editorial Arazandi, S.A.; p. 116. "La jurisprudencia afirma de manera constante esta exigencia en el procedimiento administrativo sancionador (...) 'si en (...) (la información sobre acusación) no se contiene (...) la calificación jurídica (...), se lesionan las garantías básicas de dicho procedimiento sancionador con la consiguiente vulneración de las contenidas en el art. 24.2 CE. Es por ello, exigible, a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que (...) (la acusación) contenga los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa; en suma que (...) se determinen con precisión los caracteres básicos de la infracción cuya comisión se atribuye al inculpaado".



Resolución TEL-042-CONATEL-2014, en lo que tiene que ver con el índice de calidad "Relación con el Cliente".

De lo transcrito en la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016, se evidencia que el motivo del procedimiento administrativo sancionador es por no cumplir el valor objetivo trimestral del indicador 5.1. Encuesta de percepción del usuario (Relación con el cliente) en las 24 provincias del Ecuador, tanto del primer como segundo trimestre del año 2015, (**dos periodos consecutivos**) establecidos en las Resoluciones Nros. TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014 y TEL-0458-16-CONATEL-2014 de 27 de junio de 2014, respecto de cual se deduce que la sanción económica impuesta a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, correspondería a los dos trimestres consecutivos, lo cual aplicado a las normas de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones con fines de establecer la infracción y sanción respectiva, motivaría el incumplimiento del artículo con el artículo 76, número 3, de la Constitución de la República, en armonía con el artículo 193 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-.

Al aplicar la Coordinación Zonal de la ARCOTEL una norma legal que establece una infracción y su correspondiente sanción, de forma retroactiva sin que la misma beneficie al administrado, ha violado normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- y de la Constitución de la República del Ecuador, causaría la nulidad absoluta o de pleno derecho de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016.

En este contexto la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL debió aplicar el procedimiento administrativo sancionador, la infracción, la sanción y la normativa jurídica vigente a la fecha de la comisión de la presunta infracción, sobre aquella conducta u omisión posterior a la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Lo expuesto anteriormente evidencia la falta de motivación en la Resolución impugnada y, en consecuencia, al ser esencial para la vigencia del derecho a la defensa provoca indefensión.

En virtud de lo cual se establece que la motivación de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016, carece de la relación coherente entre la enunciación de las normas y los hechos particulares produciéndose la nulidad absoluta o de pleno derecho de dicho acto administrativo, según lo consagra el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, en armonía con los artículos 122 y 129 número 1, letra a) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-, situación que se manifiesta desde el Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-2015-011 (sic) de 20 de enero de 2016.

Al encontrarse que existen vicios insubsanables de nulidad de pleno derecho en la sustanciación del Procedimiento Administrativo Sancionador y que los mismos corresponden ser declarados desde el acto de apertura, no es pertinente pronunciarse sobre los demás argumentos esgrimidos por la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL.

CONCLUSIÓN

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis precedente, en aplicación del número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se considera pertinente declarar la nulidad absoluta o de pleno derecho de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016 emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, a fin de garantizar la observancia del debido proceso consagrado en el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, con fundamento en el número 3 del artículo 11, 424 y 426 de la Norma Suprema, en armonía con los artículos 122 y 129 número 1, letra a) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-, situación que se manifiesta desde el Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-2015-011 (sic) de 20 de enero de 2016."

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 sociedad concesionaria 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.- ACEPTAR el Recurso de Apelación presentado por la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, mediante oficio Nro. GR-0985-2016, ingresado en la ARCOTEL el 26 de mayo de 2016 con el documento Nro. ARCOTEL-DGDA-2016-008391-E, en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 de 29 de abril de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL; y, en consecuencia **DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO** de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0055 expedida el 29 de abril de 2016.

Artículo 2.- INFORMAR a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad a lo establecido en la letra a) del artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE-.

Artículo 3.- DISPONER a través de la Unidad de Gestión Documental y Archivo, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL, en el domicilio ubicado en la Avenida Amazonas Nro. 6017 y Río Coca, edificio ETECO, piso 3, en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, y correos electrónicos tmaoldonado@claro.com.ec, pfalconc@claro.com.ec, amachucm@claro.com.ec y lguerrap@claro.com.ec, según consta de autos; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación General Jurídica; a la Dirección Técnica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones; a la Dirección de Impugnaciones; 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 **16 SEP 2016**

ua roau

Ing. Ana Proaño De La Torre

DIRECTORA EJECUTIVA

**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
(ARCOTEL)**

ELABORADO POR	REVISADO POR	APROBADO POR
<p><i>Juan Seminario</i> Ab. Juan Seminario Esparza ESPECIALISTA</p>	<p><i>Dr. Alberto Yépez Tamayo</i> Dr. Alberto Yépez Tamayo DIRECTOR DE IMPUGNACIONES</p>	<p><i>Dr. Juan Poveda Camacho</i> Dr. Juan Poveda Camacho COORDINADOR GENERAL JURÍDICO</p>