

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2017- 0302

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL DESESTIMA LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-016 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.

I. CONSIDERACIONES GENERALES**1.1. TÍTULO HABILITANTE Y ACTO IMPUGNADO**

El 20 de noviembre de 2008, ante el Notario Trigésimo Noveno, del cantón Quito, se suscribió un Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público y Concesión de las Bandas de Frecuencias Esenciales, entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir del 30 de noviembre de 2008. Por tanto, el administrado o interesado dentro de este procedimiento es la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A.

Mediante escrito ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E de 12 de diciembre de 2016, el abogado Lonny Fabián Espinoza Simancas, Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., interpuso ante la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, el Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-016 de 16 de noviembre de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

1.2. COMPETENCIA

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

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

Con Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en ejercicio de la atribución establecida en el



artículo 146, número 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, designó a la ingeniera Ana Vanessa Proaño De La Torre, como Directora Ejecutiva de la ARCOTEL.

Mediante Resolución No. 09-05-ARCOTEL-2016 de 20 de junio de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 800 de 19 de julio de 2016, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones expidió el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en cuyo artículo 10, se establece lo siguiente:

"1.3.2.3. Gestión de Impugnaciones.

(...)

II. Responsable: Director/a de Impugnaciones.

III. Atribuciones y responsabilidades:

(...)

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

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

1.3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Constitución de la República del Ecuador manda:

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

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

(...)

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

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

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

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

(...)

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

"Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor."



"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que 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:

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

(...)

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

(...)

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

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

"Art 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."

"Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. (...)"

"Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

(...)

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

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

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

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

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



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

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

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

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

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.- En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior (...).”

Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone:

“Artículo 2.- Ámbito.

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

“Artículo 3.- Objetivos.

*Son objetivos de la presente Ley:
(...)*

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

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

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

- 1. A disponer y recibir los servicios de telecomunicaciones contratados de forma continua, regular, eficiente, con calidad y eficacia.*
- 2. A escoger con libertad al prestador del servicio, el plan de servicio, así como a la modalidad de contratación y el equipo terminal en el que recibirá los servicios contratados.
(...)*
- 5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. La información también se proveerá en el idioma de relación intercultural predominante del*



abonado, cliente o usuario, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

(...)

8. A la facturación y tasación correcta, oportuna, clara y precisa, de acuerdo con las normas aplicables; no es admisible ninguna modalidad de redondeo. La entrega de facturas o estados de cuenta podrá realizarse a domicilio o por vía electrónica, a elección del abonado, cliente o suscriptor. - La entrega de facturas o estados de cuenta a través de internet, correo electrónico o cualquier otro medio digital o electrónico no tendrá costo y procederá únicamente previa aceptación expresa y escrita del abonado, cliente o suscriptor, en la cual, el mismo manifieste su aprobación para reemplazar la entrega física de su factura.

(...)

12. A que en la contratación de servicios se respeten los derechos constitucionales, legales y reglamentarios de los abonados, clientes y usuarios, de acuerdo con las condiciones generales o de ser el caso, modelos que apruebe y publique la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

(...)

17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes, contra los incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable.

18. A acceder a cualquier aplicación o servicio permitido disponible en la red de internet. Los prestadores no podrán limitar, bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de internet o en general de sus redes u otras tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales. Se exceptúan aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de contenidos, aplicaciones, desarrollos o servicios disponibles, o por disposición de autoridad competente. Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas, para efectos de garantizar el servicio. (...)."

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

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

(..)

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

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

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

(...)

17. No limitar, bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, priorizar ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de Internet o en general de sus redes u otras tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales, salvo las excepciones establecidas en la normativa vigente. Se exceptúan aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de



contenidos, o por disposición de autoridad competente. Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas para efectos de garantizar el servicio.

18. Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas. (...)."

"Artículo 116.- Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.

El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.

La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes. (...)."

"Artículo 118.- Infracciones de segunda clase.

(...)

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

(...)

5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.

(...)."

"Artículo 121.- Clases.

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

(...)

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

"Artículo 122.- Monto de referencia.

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

"Artículo 125.- Potestad sancionadora.

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

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

"Artículo 130.- Atenuantes.

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



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

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

“Artículo 134.- Apelación.

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

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

“Artículo 142.- Creación y naturaleza.-

Créase la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes.”.

“Artículo 144.- Competencias de la Agencia.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

(...)

7. Normar, sustanciar y resolver los procedimientos de otorgamiento, administración y extinción de los títulos habilitantes previstos en esta Ley. (...).”.

“Artículo 147.- Director Ejecutivo.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción del Directorio.- Con excepción de las competencias expresamente reservadas al Directorio, la o el Director Ejecutivo tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y vídeo por suscripción.- Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en esta Ley, su Reglamento General y las

normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.”.

“Artículo 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.-

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

(...)

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

(...)

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

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece:

“Art. 55.- De los derechos de los usuarios.- Los derechos de los usuarios son irrenunciables, se encuentran establecidos en la LOT, en la ley que norma la defensa del consumidor, sus reglamentos, demás normativa que emita la ARCOTEL, y en los respectivos contratos.”.

El Instructivo Para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL señala:

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

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

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

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

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

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

1.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN

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



II. TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

- 2.1** Mediante oficio No. ARCOTEL-CTC-2016-0288-OF de 29 de marzo de 2016, el Coordinador Técnico de Control de la ARCOTEL, manifiesta al señor Manuel Casas Alijema, Presidente Ejecutivo de la Compañía OTECEL S.A.:

"(...) La Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, dentro de su ámbito de competencia, ha recibido reclamos de abonados/clientes-usuarios del Servicio Móvil Avanzado, respecto de la recepción de mensajes masivos en sus terminales móviles, sin autorización previa (...)

Con estos antecedentes, y tomando como referencia la Normativa Vigente, la ARCOTEL requiere conocer información relacionada con los procedimientos e infraestructura utilizada para el envío de SMS masivos; la que se detalla a continuación, y que deberá presentarse dentro de los 8 (ocho) días hábiles, posteriores a la recepción del presente documento en las oficinas de la Operadora (...)."

- 2.2** Mediante oficio No. VPR-11866-2016 ingresado con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-005751-E de 7 de abril de 2016, en la ARCOTEL, el Vicepresidente Regulatorio de la Compañía OTECEL S.A, solicita:

"(...) En respuesta al oficio ARCOTEL-CTC-2016-0288-OF de fecha 29 de marzo de 2016, mediante el cual se solicita información respecto de las plataformas para SMS masivos; OTECEL S.A. solicita una prórroga de ocho (8) días hábiles contados a partir de la caducidad del primer plazo establecido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (...)."

- 2.3** Mediante oficio No. ARCOTEL-CTC-2016-0341-OF de 13 de abril de 2016, el Coordinador Técnico de Control, autorizo un plazo solicitado por la operadora.

- 2.4** Mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-006388-E de 18 de abril de 2016, la Gerente de Estrategia Regulatoria de la Compañía OTECEL S.A., remite la información requerida y manifiesta:

"(...) En respuesta a su oficio No. ARCOTEL-CTC-2016-0288-OF de fecha 29 de marzo de 2015, (...) adjunto la siguiente información: (...)"

En cuanto a algunos puntos que no están claros, solicitamos que su autoridad se digne en realizar las aclaraciones necesarias para poder suministrar la información solicitada: (...)."

- 2.5** Mediante oficio No. ARCOTEL-DCS-2016-0240-OF de 26 de mayo de 2016, en respuesta al escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-006388-E de 18 de abril de 2016 suscrito por la Gerente de Estrategia Regulatoria de la Compañía OTECEL S.A., la Directora de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la ARCOTEL, manifiesta:

"(...) Por lo expuesto, se requiere que la información solicitada, se presente y entregue a la ARCOTEL hasta el día 1 de junio de 2016; los funcionarios de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, ejecutarán una inspección en las instalaciones de OTECEL S.A. en la ciudad de Quito, el día 3 de junio de 2016 a las 9:30; para lo cual es necesario la presencia del personal que conozca dichas plataformas, que tenga los accesos a las diferentes plataformas que conforman su sistema y el total conocimiento de los procedimientos utilizados en el servicio de mensajería Premium (...)."

- 2.6** Mediante oficio No. VPR-12333-2016 ingresado con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-009050-E de 8 de junio de 2016 a la ARCOTEL, la Gerente de Estrategia Regulatoria y

Relaciones Institucionales de la Compañía OTECEL S.A., en respuesta al oficio No. ARCOTEL-DCT-2016-0240-OF de 26 de mayo de 2016, entre otros aspectos manifiesta:

"(...) Me permito señalar que, debido a un error involuntario, no se incluyeron los mencionados contratos en la primera entrega realizada por OTECEL S.A. Es importante aclarar también que dentro del documento REPORTE CONTENIDOS ARCOTEL.xlsx se asocia a uno de los Servicios de Valor Agregado con Movistar. Dado que Movistar no es un integrador con el que se tenga un contrato debido a que OTECEL S.A. mismo no se incluye como un contrato adicional. (...).

La información aquí entregada no incluye tablas, logs y campos utilizados, ya que conforme lo discutido en la reunión telefónica mantenida el día jueves 2 de junio de 2016, dicha información deberá ser entregada hasta el día 9 de junio del presente año (...)."

- 2.7 El 9 de junio de 2016, se suscribió el "Acta de Inspección Actividades de Control", con el asunto: "Servicios de Valor Agregado de Audiotexto que se Prestan Por Medio De Mensajería Premium", suscrito por representantes de la ARCOTEL y la Compañía OTECEL S.A.
- 2.8 El 24 de junio de 2016, se suscribió el "Acta de Inspección Actividades de Control", con el asunto: "Servicios de Valor Agregado de Audiotexto que se Prestan Por Medio De Mensajería Premium", suscrito por representantes de la ARCOTEL y la Compañía OTECEL S.A.
- 2.9 A través de memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0045-M de 10 de agosto de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones remite al Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0005 de 5 de agosto de 2016, en el cual se concluye lo siguiente:

"(...) 7.- CONCLUSIÓN:

No fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>, sin embargo, la Operadora OTECEL S.A., previo el envío del link de descarga realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, cliente o usuario; adicionalmente, la Operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo y de la entrega de contenido. Además se verificó que se realizaron cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado; no se recibió ningún mensaje con el contenido diario que ofrecía la Operadora en los mensajes previos a la suscripción del servicio (...)."

- 2.10 En el Informe Jurídico No. ARCOTEL JCZO2-A-2016-0008 de 31 de agosto de 2016, elaborado por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, se concluyó:

"(...) Por lo expuesto, es criterio de esta Unidad que se inicie en contra de la compañía OTECEL S.A., el procedimiento administrativo sancionador de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.- Con el criterio expuesto, remito a usted señor Coordinador Zonal 2, un proyecto de Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, para su consideración y suscripción (...)."

- 2.11 La Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en base a los informes técnico y jurídico que anteceden, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-2016-0008 de 01 de septiembre de 2016, en contra de la Compañía OTECEL S.A., por existir la presunción de haber cometido la infracción que se transcribe en el siguiente análisis legal:

"(...) En ejercicio de las referidas atribuciones legales y con sustento en lo expuesto, el área técnica de la ARCOTEL ha procedido a realizar el control respectivo y a elaborar el INFORME DE

VALIDACIÓN DE PRUEBAS Y PROCEDIMIENTO UTILIZADO POR OTECEL S.A. PARA OFRECER SERVICIOS DE VALOR AGREGADO A TRAVÉS DE SMS PREMIUM, conforme se detalla en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, de 05 de agosto de 2016, detectando en las pruebas de validación cuyos resultados constan en el citado informe, que no fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>, sin embargo, la Operadora OTECEL S.A., previo el envío del link de descarga realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, cliente o usuario; adicionalmente, la Operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios; previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo y de la entrega de contenido. Además se verificó que se realizaron cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado; no se recibió ningún mensaje con el contenido diario que ofrecía la Operadora en los mensajes previos a la suscripción del servicio. Conducta con la cual, no habría observado los derechos del abonado, cliente o usuario y las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, expresamente señalados en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, relacionados con la factura correcta, oportuna, clara y precisa de los servicios expresamente contratados y efectivamente prestados; por lo que, de confirmarse la existencia del hecho y la responsabilidad de la operadora OTECEL S.A., podría incurrir en la infracción de **segunda clase** tipificada en el **artículo 118 letra b) número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**, cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la Ley en referencia (...); adicionalmente la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL otorgó a la Compañía OTECEL S.A., el término de quince días laborables contados a partir del día hábil siguiente al de la fecha de recepción de la notificación del Acto de Apertura, con el cual se inicia el procedimiento administrativo sancionador, para que conteste los cargos que se le atribuyen, en acatamiento de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso, en el ámbito administrativo. Acto de Apertura que fue notificado el 02 de septiembre de 2016, conforme consta en el recibido impreso en el Certificado de Entrega de la misma fecha y en el memorando No. ARCOTEL-CZ02-2016-0131-M de 5 de septiembre de 2016.

2.12 Mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E, de 23 de septiembre de 2016, en la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones el abogado Lonny Espinoza Simancas, Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., dio contestación al Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, en el cual presentó alegatos, información de descargo y solicitó que se realice diligencias probatorias.

2.13 En providencia de 26 de septiembre de 2016, emitida dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador, el Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, dispuso:

"(...) 2. Por corresponder al estado del trámite (...) y por cuanto, el presunto infractor ha aportado y solicitado pruebas, se abre el periodo de quince (15) días hábiles para su evacuación.- (...)."

2.14 Mediante memorando No. ARCOTEL-CTHB-2016-0198-M de 29 de septiembre de 2016, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, en relación al monto de referencia de la Compañía OTECEL S.A., informó al Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL:

"(...) Los ingresos totales obtenidos por la compañía OTECEL S.A. correspondiente al Servicio Móvil Avanzado por el período 2015, son de USD 596.837.583,23. (...)."

2.15 El 04 de octubre de 2016, se suscribió el Acta de la Audiencia, solicitada por el Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E de 23 de septiembre de 2016.

2.16 El Informe Técnico No. IT-CZ02-AA-2016-0008 de 17 de octubre de 2016, elaborado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, sobre el análisis de la contestación, alegato y

pruebas de la Compañía OTECEL S.A., al Acto de Apertura del procedimiento administrativo sancionador, realizó la siguiente conclusión:

*"Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016, puesto que de las pruebas realizadas por la ARCOTEL, cuyos resultados se presentaron en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, motivante del citado Acto de Apertura, se desprende que no se pudo ejecutar la descarga del contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado, es decir, la operadora realizó un cobro por un servicio no prestado."*

- 2.17** Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0016 de 15 de noviembre de 2016, la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2, respecto del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, recomendó:

"Siendo el momento procesal oportuno, dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-A-2016-0008 emitido el 01 de septiembre de 2016, se recomienda a la Autoridad Administrativa emitir la resolución imponiendo la sanción establecida en la letra e."

- 2.18** La Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió la Resolución Sancionadora No. ARCOTEL-CZO2-2016-016 de 16 de noviembre de 2016, en la que resolvió:

"Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0008 de 17 de octubre de 2016 e Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0016 de 15 de noviembre de 2016, emitidos por las áreas técnicas y jurídicas de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la compañía OTECEL S.A., realizó el cobro por un servicio no prestado, ya que de las pruebas realizadas por la ARCOTEL se determinó que el usuario no pudo ejecutar la descarga del contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado, por lo que, es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, configurándose la comisión de la infracción de segunda clase, prescrita en el Art. 118, letra b, número 5 de la citada Ley. **"Cobrar por servicios no contratados o no prestados"**.

Artículo 3.- IMPONER a la compañía OTECEL S.A., de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de USD 272.307.15/100 dólares de los Estados Unidos de América (USD DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SIETE DÓLARES 15/100 (USD \$ 272.307,15) cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo. (...)"

Artículo 4.- DISPONER a la compañía OTECEL S.A., que cumpla con la obligación de aplicar a sus abonados, clientes, usuarios o suscriptores, la facturación y cobro de las tarifas por los servicios que hayan sido expresamente contratados y efectivamente prestados, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

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

2.19 La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, notificó la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-0016, a la Compañía OTECEL S.A., el 21 de noviembre de 2016, conforme consta en el memorando No. ARCOTEL-CZ02-2016-0413-M de 22 de noviembre de 2016.

2.20 Mediante escrito recibido en esta Institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E de 12 de diciembre de 2016, el señor Lonny Fabián Espinoza Simancas, en su calidad de Procurador Judicial de la Compañía OTECEL S.A., interpuso ante la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Recurso de Apelación en contra del acto administrativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016, en el cual entre otros aspectos señala:

“a) FALTA DE TIPIFICACIÓN E IMPUTABILIDAD DE LA INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 118, LITERAL b) NUMERAL 5) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su literal b) tipifica cuales son las infracciones de segunda clase, aplicables a los poseedores de títulos habilitantes y en el numeral 5, establece textualmente que constituye infracción la conducta positiva y manifiesta de ‘cobrar por servicios no contratados o no prestados’. Pese a que la Resolución señala que la información técnica remitida por mi representada no se la ‘considera en el presente análisis ya que no tiene relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0008’; es vital entender la funcionalidad del servicio prestado a CLUB DIVERSIÓN y cómo las pruebas son técnicamente inadecuadas para evaluarlo.

*Adicionalmente, se imputa la infracción prevista en el numeral 5) del literal b) del artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando **NO SE HA CONFIGURADO TAL INFRACCIÓN** (...)”.*

2.2 ATENUANTES CONFIGURADOS.-

La Coordinación Zonal no ha aplicado las atenuantes configuradas en el presente caso, no ha motivado su falta de aplicación y simplemente se remite a señalar de forma ambigua que ‘no las considera’ para efectos de aplicar la sanción impuesta mediante la Resolución NO. ARCOTEL-CZO2-2016-016 de 16 de noviembre de 2016.

En el presente caso, han efectivamente concurrido las atenuantes y sin perjuicio de aquello, la Autoridad de la Coordinación Zonal no ha realizado una valoración ni análisis respecto de la posibilidad de abstenerse a sancionar a mi representada violando la disposición antes citada y el principio de inocencia consagrado en la Constitución sin proporcionalidad alguna aplicando una sanción sin fundamento legal ni técnico. En el presente caso, los servicios cobrados fueron prestados con normalidad, respetando los derechos de los usuarios o abonados. No existe evidencia de perjuicio alguno que daba ser reparado, ni violación o agravante que haga que la



Autoridad de la Coordinación Zona tenga sustento para aplicar una sanción que no tiene razonabilidad ni proporcionalidad alguna. (...)

En base a los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que quedan expuestos, y de conformidad con el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, APELO, ante usted, señora DIRECTORA EJECUTIVA DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, como máxima autoridad de la Institución, para que, conforme lo expresado en el presente escrito se declare la nulidad de pleno derecho de la RESOLUCIÓN NO. ARCOTEL-CZO2-2016-016 de 16 de noviembre de 2016 y DEBIDAMENTE NOTIFICADA EL DÍA 21 DE NOVIEMBRE DE 2016, por las razones que quedan expuestas, y se apliquen los principios constitucionales y legales de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad e inocencia que consagra la Constitución Política.

En tal virtud, deberá declararla nula y archivar el presente procedimiento administrativo y dejarlo sin efecto

4. AUDIENCIA.-

Según lo prevé el artículo 151 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, solicito de forma expresa que se convoque a una audiencia para poder presentar ante su autoridad los alegatos y descargos de forma oral (...)."

- 1.23** En providencia de 09 de enero de 2017, el Director de Impugnaciones (S) de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, avocó conocimiento del citado Recurso de Apelación; y, requirió a la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, remita una copia certificada de todo el expediente administrativo sancionador del acto administrativo impugnado.
- 1.24** Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2017-0035-M de 12 de enero de 2017, el Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, remitió a la Dirección de Impugnaciones, copia debidamente certificada y foliada, del expediente administrativo sancionador.
- 1.25** Con providencia de 6 de marzo de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, dispuso: "(...) **PRIMERO:** Atendiendo lo solicitado, en el numeral 4 del escrito de impugnación presentado por la compañía OTECEL S.A., de conformidad con el artículo 151 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se señala para el día lunes 13 de marzo de 2017, a las 09h00, para que se realice la audiencia solicitada y formulen las alegaciones, presente documentos y justificativos que estimen procedentes. La diligencia se efectuará en el cuarto piso del edificio OLIMPO (Av. 9 de octubre N27-75 y Berlín de la ciudad de Quito), de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en la Dirección de Impugnaciones.- **SEGUNDO.-** De conformidad con el artículo 183 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, para que en el término de siete (7) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de esta providencia, remita el informe técnico respecto de los argumentos técnicos esgrimidos en la apelación presentada.- **TERCERO:** En virtud del requerimiento antes señalado, por ser determinante en el contenido de la resolución, al amparo de lo señalado en el artículo 115, numeral 5, letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para resolver en quince (15) días hábiles (...)."
- 1.26** Mediante memorando No. ARCOTEL-DEDA-2017-0407-M de 7 de marzo de 2017, la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones notificó al Director Técnico de Control de Servicios de Telecomunicaciones



de la ARCOTEL, con la providencia de 6 de marzo de 2017, en la que el Director de Impugnaciones (E) requirió el Informe Técnico respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación presentada.

1.27 Con providencia de 07 de marzo de 2017, el Director de Impugnaciones, delegó a la Dra. Verónica Huacho para que intervenga a su nombre en la audiencia solicitada por la Compañía OTECEL S.A.

1.28 Del Acta de la Audiencia agregada al expediente, consta que la misma se efectuó el 13 de marzo de 2017, a las 09H00, ante la Delegada del Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, con la intervención de la abogada de la compañía OTECEL S.A., quien se ratificó en los argumentos señalados en el escrito de impugnación.

1.29 Con memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0122-M de 14 de marzo de 2017, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, remite el Criterio Técnico en el cual se realiza el análisis de los argumentos presentados por la Compañía OTECEL S.A., mediante escrito recibido con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E, específicamente sobre los argumentos relacionados con el hecho imputado en el Acto de Apertura, expresando lo siguiente:

"(...) PRIMERA PARTE:

I. CONTESTACIÓN DE LA OPERADORA

(...) En el presente caso, no se efectuaron las pruebas con un criterio técnico, sino que se aplicaron pruebas de índole general para los servicios SMS PREMIUM, sin considerar la forma comercial y funcionalidad del servicio "CLUB DIVERSIÓN". Por lo tanto, resulta necesario aclarar que el "CLUB DIVERSIÓN" le permite al usuario acceder a un portal web, en el cual se presenta un menú con información de: Noticias, Horóscopos, Entretenimiento, Tips y Descargas. El precio por día es \$0.32 + impuestos. Cuando un usuario se suscribe a este servicio tiene disponible los siguientes beneficios:

- 1. Descargar contenidos en el portal web*
- 2. Acceso a todo el contenido disponible en este portal*

Además, al ser un portal web, el usuario puede acceder al mismo desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.) no únicamente desde un terminal celular.

Con oficio S/N, ingresado con número de documento ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E de fecha 12 de diciembre de 2016, en apelación a la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016; la operadora menciona:

*"(...) Es decir, desde que el cliente se suscribe al CLUB DIVERSION y realiza el pago respectivo tiene acceso al Portal Web, es importante aclarar que en este Servicio "CLUB DIVERSION"; el cliente **NO RECIBE EL CONTENIDO DEL CLUB DIVERSION MEDIANTE UN SMS DE TEXTO**, para acceder al contenido lo debe realizar a través de un portal web en el momento que el usuario lo desee.*

El SMS que recibe en forma diaria únicamente es informativo, pues el servicio se encuentra disponible en el Portal Web desde el momento de la suscripción y del cobro diario efectivo.

El servicio del CLUB MOVISTAR se encuentra disponible en el enlace <http://mobile.terra.com/sc/ec/clubdiversionmov/home/>, al cual accede el cliente y encuentra el siguiente Menú: (...)

II. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN TÉCNICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DE LA PRIMERA PARTE DEL ESCRITO PRESENTADO POR OTECEL S.A.

De lo mencionado en la primera parte, OTECEL S.A. manifiesta que, "(...) resulta necesario aclarar que el CLUB DIVERSION le permite al usuario acceder a un portal web, en el cual se presenta un menú con información de: Noticias, Horóscopos, Entretenimiento, Tips y Descargas ... Además, al ser un portal web, el usuario puede acceder al mismo desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.) no únicamente desde un terminal celular. (...)".

Al respecto, dicho argumento no se considera en el presente análisis ya que no tiene relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, dado que el análisis efectuado en el informe técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 se refiere al hecho de que la operadora cobró un servicio al usuario sin que exista la entrega efectiva del contenido, dado que el usuario no pudo efectuar descargas de contenido desde su terminal móvil que en el caso de las pruebas era de marca Apple, modelo: Iphone 4s, el cual luego de suscribirse al servicio y al tratar de realizar descargas del link <http://goo.gl/hxYJK7> recibido a través de SMS, se validó el siguiente mensaje dentro de la página antes mencionada:

"Estimado Usuario su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM"



Por otro lado, la operadora manifiesta que el SMS diario recibido por el usuario es únicamente informativo, puesto que el servicio como tal es proporcionado a través del portal web desde el momento de la suscripción, argumento contrario al mensaje de bienvenida al servicio, recibido cuando se efectuó la prueba (literal c) apartado 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVÉS DEL ENVÍO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005), en el que se indicó: "Bienvenido te acabas de suscribir a Club Diversión, recibirás diariamente 1 SMS. PrecioxDía \$0.32+imp. Para cancelar envía SALIR al 7676" (el resaltado en negrita y subrayado me pertenece).

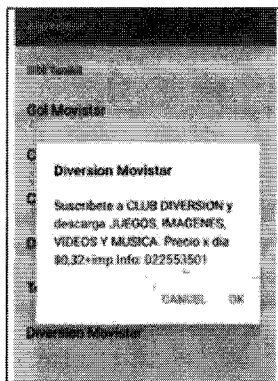
SEGUNDA PARTE:

I. CONTESTACIÓN DE LA OPERADORA

La operadora OTECEL S.A. entre otros aspectos en su escrito señala textualmente lo siguiente:



"ACTIVACIÓN CLUB DIVERSION: El canal de captación comercial hacia nuestros clientes habilitado para este servicio de CLUB DIVERSION, es a través del menú simcard Movistar, donde previo a la contratación y cobro del servicio, se despliega un mensaje con información del servicio, como la tarifa, frecuencia de cobro y un número telefónico en el cual el cliente puede obtener mayor información y solventar cualquier inquietud en relación al servicio:



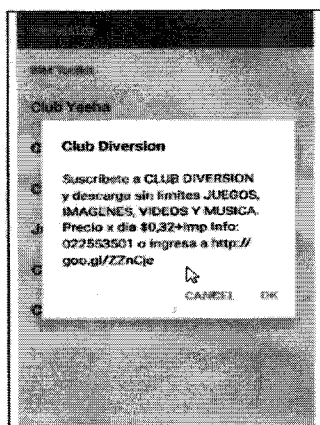
Es decir, que en el presente caso la autoridad al realizar las pruebas de funcionalidad del "CLUB DIVERSION", no efectuó aquellas que correspondían desde el punto de vista técnico, con el criterio adecuado, y de acuerdo a la funcionalidad y canal comercial del producto Efectivamente, la ARCOTEL comete los siguientes errores al realizar la validación:

1. En la prueba controlada y realizada por la ARCOTEL no se desplegó el mensaje de inicio indicado en el párrafo anterior, debido a que la suscripción al "CLUB DIVERSION" se realizó en forma directa ingresando el código corto, y no de la forma en la que los usuarios, clientes, o abonados acceden, de acuerdo al canal de captación comercial establecido por OTECEL S.A. (MENU SIMCARD MOVISTAR).

Esta información, para el acceso, fue obtenida por ARCOTEL del reporte entregado por OTECEL S.A. como parte de la Auditoria, de acuerdo a lo indicado en el numeral 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVES DEL ENVIO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016. Sin embargo, es preciso resaltar, **que esta forma de activación no está disponible para los clientes** pues NO se ha realizado comunicación en medios o campañas broadcast para captación de este servicio. El canal oficial y comercial para contratar este servicio es a través del **MENÚ SIMCARD MOVISTAR**, en el cual consta toda la información correspondiente al servicio.

Es decir, el canal SMS, si bien técnicamente se puede solicitar la activación del "CLUB DIVERSION", sin embargo, no es el canal de comercialización del producto, cabe recalcar que sobre este canal no tienen conocimiento los usuarios; en ese sentido lo afirmado por la Coordinación Zonal 2 en el párrafo final de la pág. 28 de la Resolución Nro. ARCOTEL-2016-016, **ES INCORRECTO**.

Sin embargo de lo anterior, y sin que constituya aceptación de infracción alguna, y como una mejora, OTECEL S.A. a la fecha, ha incluido en el mensaje de menú simcard de "Club Diversión" la URL en la cual se puede acceder a información de Términos y Condiciones, como se puede verificar a continuación:



II. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN TÉCNICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DE LA SEGUNDA PARTE DEL ESCRITO PRESENTADO POR OTECEL S.A.

Sobre la base de lo manifestado por la operadora OTECEL S.A., en la segunda parte de su escrito, el canal de captación comercial habilitado para el servicio CLUB DIVERSION, es a través del menú simcard Movistar, donde previo a la contratación se despliega un mensaje con información del servicio, como la tarifa, frecuencia de cobro y un número telefónico (022553501) en el cual el cliente podría obtener mayor información y solventar cualquier inquietud en relación al servicio; sin embargo, en la prueba realizada por la ARCOTEL no se desplegó el mensaje de inicio en mención, debido a que la suscripción se ejecutó mediante activación directa por código corto (la operadora menciona que dicha modalidad de contratación no está disponible para los clientes pues no se ha realizado al respecto comunicación en medios o campañas broadcast) y no mediante el canal oficial (menú simcard Movistar).

Adicionalmente, OTECEL S.A. manifiesta que, la información de acceso al servicio fue obtenida por la ARCOTEL del reporte entregado por la operadora como parte de la validación efectuada, de acuerdo a lo indicado en el numeral 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVES DEL ENVIO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016.

En función de la explicación de OTECEL S.A. esta Dirección ha realizado la revisión de la información a la que hace referencia la operadora, verificando que la misma fue reportada por OTECEL S.A. mediante correo electrónico de fecha 14 de junio de 2016, mismo que se encuentra registrado en los antecedentes del mencionado informe y forma parte de sus anexos.

A la mencionada comunicación electrónica se adjuntó el archivo "Entrega Información 14 de junio de 2016.zip", mismo que, entre otros, incluye el documento "REPORTE CONTENIDOS ARCOTEL vf.xlsx", en el cual se verificó principalmente que el integrador "Terra" con su producto "TERRA Club Diversion", tenía un costo diario de \$ 0.36 (INC. IVA), un shortcode "7676" y mantenía los siguientes **canales de acceso habilitados**: CANAL SMS, CANAL WAP, CANAL WEB, CANAL SAT PUSH, CANAL SIMCARD y CANAL APP en el momento de ejecución de las pruebas (ver figura a continuación).



Nombre	Nombre Comercial	PRECIO/FRECUENCIA	Periodicidad	Contenido	Descripción	Subscripción	Fecha de Emisión	Fecha de Caducidad	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL
Metromovil	El Noticiero	0.26	Diario	Información Noticias	2485	33 NOTICIA	15/08/2014	01/02/2016	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Metromovil	CLUB DIVERCEL	0.26	Diario	Multicontenido	1771	2 JUEGOS	15/08/2014	03/02/2016	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Metromovil	CLUB 1770	0.26	Diario	Multicontenido	1770	0 AMOR	15/08/2014	03/02/2016	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Metromovil	Terra Cruz	0.18	Diario	Información Novela	2485	0 AZUCAR CEL	15/08/2014	21/01/2016	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Terra	TERRA Club Diversión	0.36	Diario	Multicontenido	7676	42837 D JUEGOS P	08/09/2014	12/01/2016	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Terra	TERRA Club Mundos	0.36	Diario	Multicontenido	7676	28014 MPLAY JUG	12/09/2014	12/01/2016	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Timew	TIMWE CLUB EA	0.34	Diario	Juegos	330	32170 VOLVER EA	12/09/2014	06/05/2015	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Pluzwireless	CLUB GENTE	0.34	Diario	Información Farandul	330	42479 SI NVRPW CS	23/09/2014	21/09/2015	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Ilseon	IRFUNK CLUB JUEGOS SA	0.34	Diario	Juegos	330	46688 MONTECASI	07/10/2014	11/11/2015	X	X	X	X	X	X	X	X	X

TERRA Club Diversión	0.36	Diario	X
----------------------	------	--------	---

7676

CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL	CANAL
SMS	WAP	WEB	SAT PUSH	IVR	USSD	SIMCARD	APP	
X	X	X						
X	X	X						
X	X	X						
X	X	X						
X	X	X	X					
X	X	X	X					
X	X	X						
X	X	X						
X	X	X						
X	X	X						

Con base en lo expuesto anteriormente, se determina lo siguiente:

- ✓ El "CANAL SIMCARD", no es el único medio a través del cual se puede acceder al servicio proporcionado por el integrador "Terra" con su producto "TERRA Club Diversión".
- ✓ El "CANAL SMS", fue informado a la ARCOTEL como uno de los medios totalmente válidos de contratación del servicio proporcionado por el integrador "Terra" con su producto "TERRA Club Diversión", y conforme las pruebas ejecutadas por la ARCOTEL se validó dicha afirmación, de tal forma que, se determina que no existe modo alguno en que el usuario que decida acceder al servicio mediante esta modalidad, pueda tomar conocimiento previo a la contratación, respecto de las condiciones del servicio prestado tal como lo manifiesta OTECEL S.A.

TERCERA PARTE:

I. CONTESTACIÓN DE LA OPERADORA

Adicionalmente, en su escrito, OTECEL S.A. manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...) 2. Por otra parte, el terminal que utilizó ARCOTEL para la prueba controlada, no era compatible (debido a su sistema operativo de acuerdo a lo señalado en las condiciones del servicio) para descargar el contenido del Portal Web, conforme se detalló en el SMS de texto (pág. 8 Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005) "Estimado Usuario su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM" (SIC), sin embargo el acceso al portal estaba disponible, y la descarga del contenido lo podía realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.), conforme lo señalado en las condiciones del servicio. Es decir, terminal utilizado por ARCOTEL no era compatible debido a su sistema operativo conforme lo señalado en las condiciones de funcionalidad del producto, aspecto que no es considerado por ARCOTEL durante la prueba controlada.

En consecuencia, la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL en la Resolución Nro. ARCOTEL-2016-016 de 16 de noviembre de 2016, no ha cumplido con los presupuestos técnicos para la evaluación de la funcionalidad del "CLUB DIVERSIÓN"

Es decir, no sólo pretende evaluar el funcionamiento del "CLUB DIVERSIÓN", sin entender sus características técnicas y comerciales y limitaciones, sino que al realizar las pruebas, no considera las advertencias que OTECEL S.A. realiza de forma clara y expresa, inclusive OTECEL S.A. durante la Audiencia del Acto de Apertura Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-008, realizó una prueba técnica en vivo

del producto "CLUB DIVERSIÓN", con la finalidad evidenciar las características técnicas, funcionales y comerciales del producto.

II. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN TÉCNICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DE LA TERCERA PARTE DEL ESCRITO DE OTECEL S.A.

La operadora manifiesta que "(...) el terminal que utilizó ARCOTEL para la prueba controlada, no era compatible (debido a su sistema operativo de acuerdo a lo señalado en las condiciones del servicio) para descargar el contenido del Portal Web, conforme se detalló en el SMS de texto (pág. 8 Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005) "Estimado Usuario su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM" (SIC), sin embargo el acceso al portal estaba disponible, y la descarga del contenido lo podía realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.), conforme lo señalado en las condiciones del servicio. (...) "

Con base en lo cual, se aclara lo siguiente:

- Respecto al mensaje de texto que a decir de la operadora OTECEL S.A. se encuentra incluido en la página 8 del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, es necesario resaltar que el mismo apareció dentro del link que remitió a través de sms OTECEL S.A. al usuario, mucho después de haber ejecutado la contratación, es decir, luego de realizado el cobro respectivo, y como se evidencia, hace referencia a, **"...su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM"** y no a, aspectos relacionados con que el terminal no era compatible debido al sistema operativo.
- Adicionalmente, se considera que dicho argumento carece de sustento técnico, puesto que el terminal usado en las pruebas ejecutadas sí soporta la tecnología GSM, lo cual deja sin sustento el mensaje que apareció durante las pruebas.
- Por otro lado, en el mensaje de texto recibido después del mensaje de bienvenida (posterior al cobro respectivo), descrito en el literal d) del apartado 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVÉS DEL ENVÍO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, se indicó: **"Con Club Diversión comienza a descargar ilimitadamente a: <http://goo.gl/hxYJK7>"**, sin embargo, como se evidenció en la ejecución de la prueba, no se pudo realizar la descarga del contenido, incumpliendo de este modo lo indicado en el antes citado mensaje y efectuando el cobro por un servicio que no fue efectivamente prestado.

CONCLUSIÓN:

En respuesta al pedido realizado mediante memorando ARCOTEL-DEDA-2017-0407-M de 7 de marzo de 2017, en referencia al Recurso de Apelación interpuesto por OTECEL S.A., en contra de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ02-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016, luego del análisis de los argumentos técnicos; es criterio de la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones que, no son aceptables dichos argumentos; pues se evidenció que, OTECEL S.A. realizó el cobro por un servicio no prestado, ya que de las pruebas realizadas por la ARCOTEL se determinó que el usuario no pudo ejecutar la descarga de contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado."

III. ANÁLISIS DE FONDO

3.1. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

La Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, a través de Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016, resolvió:

“Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0008 de 17 de octubre de 2016 e Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0016 de 15 de noviembre de 2016, emitidos por las áreas técnicas y jurídicas de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la compañía OTECEL S.A., realizó el cobro por un servicio no prestado, ya que de las pruebas realizadas por la ARCOTEL se determinó que el usuario no pudo ejecutar la descarga del contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado, por lo que, es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, configurándose la comisión de la infracción de segunda clase, prescrita en el Art. 118, letra b, número 5 de la citada Ley. “Cobrar por servicios no contratados o no prestados”.

Artículo 3.- IMPONER a la compañía OTECEL S.A., de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de USD 272.307.15/100 dólares de los Estados Unidos de América (USD DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SIETE DÓLARES 15/100 (USD \$ 272.307,15) cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo. (...).”

Artículo 4.- DISPONER a la compañía OTECEL S.A., que cumpla con la obligación de aplicar a sus abonados, clientes, usuarios o suscriptores, la facturación y cobro de las tarifas por los servicios que hayan sido expresamente contratados y efectivamente prestados, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

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

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

Mediante el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0042 de 20 de abril de 2017, se analiza el recurso de apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016, que en su parte pertinente, manifiesta:

“En el capítulo séptimo “Administración Pública”, nuestra norma fundamental en su artículo 226, consagra el principio de legalidad, el cual textualmente dispone:

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

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

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

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

De la revisión del expediente administrativo sancionador se desprende que, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, como parte de las actividades de control que ejecuta, realizó pruebas de verificación de los denominados Servicios de Valor Agregado, entre los cuales se encuentra el servicio de SMS Premium, a través de la red de la Operadora OTECEL S.A. y brindado por los denominados integradores.

En el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0005 de 5 de agosto de 2016, emitido por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, consta el detalle de los veinte integradores que brindan el servicio de SMS Premium a través de la Compañía OTECEL S.A. De acuerdo al listado se encuentra Movistar como parte de los integradores, dado que la operadora brinda servicios a través de sus plataformas.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejecutó pruebas al servicio de SMS Premium; utilizó terminales de uso comercial y SIM cards correspondientes a líneas de la Compañía OTECEL S.A., prepagado y pospagado.

El tipo de pruebas que se ejecutaron con la finalidad de validar los procedimientos utilizados por parte de la referida operadora, son:

- Suscripción
- Cobro
- Entrega de Contenido.

El referido Informe Técnico, realiza el análisis pertinente, con base a los elementos constitutivos obtenidos como resultado de las actividades y diligencias de investigación, llegando a concluir que: “No fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>, sin embargo, la Operadora OTECEL S.A., previo al envío del link de descarga realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, cliente o usuario; adicionalmente, la Operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo y de la entrega de contenido. Además se verificó que se realizarón (sic) cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado, no

se recibió ningún mensaje con el contenido diario que ofrecía la Operadora en los mensajes previos a la suscripción del servicio (...)"

Con sustento en el hecho reportado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0008 de 31 de agosto de 2016, cuyo análisis concluyó con el criterio de que se inicie en contra de la Compañía OTECEL S.A., el procedimiento administrativo sancionador de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En tal virtud, el 01 de septiembre de 2016, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dictó el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, en contra de la Compañía OTECEL S.A., por la presunta infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, literal b, numeral 5, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es, "Cobrar por servicios no contratados o no prestados", cuya sanción se encuentra establecida en los artículos 121 y 122 ibídem; otorgándole a la operadora el término de quince días contados a partir del día hábil siguiente al de la fecha de recepción de la notificación del Acto de Apertura, para que conteste los cargos que se le imputan, en acatamiento de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso en el ámbito administrativo. Dicho Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, fue notificado a la Compañía OTECEL S.A., el 02 de septiembre de 2016.

Con escrito de 23 de septiembre de 2016, ingresado en esta Institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E de la misma fecha, la Compañía OTECEL S.A., dio contestación al mencionado Acto de Apertura, presentando sus alegatos, información de descargo y solicitó que se realice diligencias probatorias que requirió para su defensa e invocó la concurrencia de atenuantes previstas en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a fin de que se le asigne la consecuencia jurídica prevista en la citada Ley.

El Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0008 de 17 de octubre de 2016 emitido por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, relacionado con el análisis de la contestación, alegatos y pruebas de la Compañía OTECEL S.A., al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, concluyó que: "(...) la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016, puesto que de las pruebas realizadas por la ARCOTEL, cuyos resultados se presentaron en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, motivante del citado Acto de Apertura, se desprende que no se pudo ejecutar la descarga del contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado, es decir, la operadora realizó un cobro por un servicio no prestado (...)" ; en el Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0016 de 15 de noviembre de 2016, emitido por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, contiene el correspondiente análisis legal, en el cual, se recomienda a la Autoridad Administrativa emitir la resolución declarando la responsabilidad de la Compañía OTECEL S.A., en la comisión del hecho atribuido en el citado Acto de Apertura, imponiendo la sanción económica que corresponde.

Con base en los informes técnico y jurídico respectivos, el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, expidió la **Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-016 de 16 de noviembre de 2016**, en la cual resolvió: "(...) DECLARAR que la compañía OTECEL S.A., realizó el cobro por un servicio no prestado, ya que de las pruebas realizadas por la ARCOTEL se determinó que el usuario no pudo ejecutar la descarga del contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado, por lo que, es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, configurándose la comisión de la infracción de segunda clase, prescrita en el Art. 118, letra b, número 5 de la citada Ley. "**Cobrar por servicios no contratados o no prestados**" (...). Imponiéndole, de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de USD 272.307,15/100 dólares de los Estados Unidos de América.

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

La apelación interpuesta por la Compañía OTECEL S.A., ha sido efectuada dentro del plazo establecido por las normas antes señaladas, esto es, dentro de los quince días hábiles que tenía para el efecto, toda vez que la Resolución materia de este análisis, ha sido notificada el 21 de noviembre de 2016 y el Recurso de Apelación fue presentado el 12 de diciembre de 2016, ante la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL; la compañía recurrente cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 180 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE; y, las formalidades del artículo 186 ibídem; razón por la cual, es admisible a trámite.

La Compañía OTECEL S.A., en su escrito de impugnación recibido en esta Institución con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E, señala: "(...) a) **FALTA DE TIPIFICACIÓN E IMPUTABILIDAD DE LA INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTICULO 118, LITERAL b) NUMERAL 5) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES.**- El artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su literal b) tipifica cuales son las infracciones de segunda clase, aplicables a los poseedores de títulos habilitantes y en el numeral 5, establece textualmente que constituye infracción la conducta positiva y manifiesta de "cobrar por servicios no contratados o no prestados". Pese a que la Resolución señala que la información técnica remitida por mi representada no se la "considera en el presente análisis ya que no tienen relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador NO. ARCOTEL-CZ02-2016-0008"¹; es vital entender la funcionalidad del servicio prestado a CLUB DIVERSIÓN y cómo las pruebas son técnicamente inadecuadas para evaluarlo. - Adicionalmente, se imputa la infracción prevista en el numeral 5) del literal b) del artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando **NO SE HA CONFIGURADO TAL INFRACCIÓN.** (...)".

Al respecto el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016, que consta fojas 51 del expediente del procedimiento administrativo sancionador, se encuentra debidamente sustentado ya que en él se relaciona un hecho¹ determinado, reportado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0045-M de 10 de agosto de 2016, el cual contiene el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016, que contiene las pruebas de verificación de los denominados servicios de valor agregado, entre los cuales se encuentra el servicio de SMS Premium, a través de la red de la Operadora OTECEL S.A. y brindado por los denominados integradores, de cuyo control la citada Dirección determinó que: "No fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>, sin embargo, la Operadora OTECEL S.A., previo al envío del link de descarga realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, cliente o usuario; adicionalmente, la Operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo y de la entrega de contenido. Además se verificó que se realizarón (sic) cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado, no se recibió ningún mensaje con el contenido diario que ofrecía la Operadora en los mensajes previos a la suscripción del servicio (...)", por lo que con dicha

¹ GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario Jurídico Elemental. Argentina. Editorial Heliasta; p. 184. "Hecho Acción. Acto Humano (...) Suceso acontecimiento. Asunto, materia. Caso que es objeto de una causa o litigio.". DROMI ROBERTO 2006. Derecho Administrativo. Buenos Aires. Editorial ciudad Argentina Hispania Libros; p. 431. "(...) Hecho Administrativo (...) es un acontecer que importa un hacer material, operación técnica o actuación física de un ente público en ejercicio de la función administrativa (...)".



conducta estaría inobservando los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y que de verificarse este hecho la sociedad concesionaria pudiera haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 118, letra b, numeral 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establece como infracción: "Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) 5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.", a la cual le corresponde recibir la sanción de acuerdo a lo previsto en los artículos 121, inciso primero y número dos; y, 122 inciso primero del mismo cuerpo legal.

Entonces, queda demostrado que se precisan en el Acto de Apertura, los fundamentos de hecho y se explica la pertinencia de la aplicación de los fundamentos de derecho que configurarían el incumplimiento constitutivo de la infracción; el mismo que a pesar de haber sido analizado anteriormente, se amplía con el siguiente gráfico:

- i. **HECHO:** (circunstancia material o fáctica) No fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>, sin embargo, la Operadora OTECEL S.A., previo al envío del link de descarga realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, cliente o usuario; no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo y de la entrega de contenido; se realizaron cobros por contenidos que no llegó al terminal por cuanto el mismo se encontraba apagado; y, no se recibió ningún mensaje con el contenido diario que ofrecía la operadora en los mensajes previos a la suscripción del servicio.



- ii. **FUNDAMENTOS DE DERECHO** (El Acto de Apertura debe ser Idóneo: Debe invocarse las normas vigentes.- Precisa: Identificar con exactitud la norma): Artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, relacionados con la facturación correcta, oportuna, clara y precisa de los servicios expresamente contratados y efectivamente prestados.



- iii. **INFRACCIÓN IMPUTADA** Artículos 118, letra b) número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cobrar por servicios no contratados o no prestados.



- iv. **SANCIÓN:** Le corresponde recibir la posible sanción económica de acuerdo a lo previsto en los artículos 121, inciso primero y número dos; y, 122 inciso primero de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 01 de septiembre de 2016, se aplican las normas jurídicas relacionadas con el hecho o circunstancia fáctica descrita en el memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0045-M de 10 de agosto de 2016, cuya copia se remitió a la Compañía OTECEL S.A., conjuntamente con el Acto de Apertura, al describirse en forma clara y certera tanto el hecho, infracción, como la posible sanción, debiendo entonces el Acto de Apertura contener como elementos mínimos el hecho imputado, la norma que se controla, la infracción y la posible sanción en la que podría incurrir, además se debe concebir al Acto de Apertura como medio, aviso o anuncio para poner en conocimiento del inculpado, la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, dentro del cual, y en aplicación de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso, en el ámbito administrativo, consagradas en la Constitución de República del Ecuador, tiene derecho a la legítima defensa, a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, a presentar justificativos y sobre todo,

comprende el derecho y garantía a obtener de los órganos del poder público decisiones fundadas, ajustadas a los hechos y al derecho.

La recurrente, en su escrito de impugnación recibido en esta Institución con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E, arguye que:

*“(...) En el presente caso, los servicios cobrados fueron prestados con normalidad, respetando los derechos de los usuarios o abonados. No existe evidencia de perjuicio alguno que deba ser reparado, ni violación o agravante que haga que la Autoridad de la Coordinación Zonal tenga sustento para aplicar una sanción que no tiene razonabilidad ni **proporcionalidad** alguna. (...) En base a los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho que quedan expuestos, y de conformidad con el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, APELO, ante usted, señora DIRECTORA EJECUTIVA DE LA AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, como máxima autoridad de la Institución, para que, conforme lo expresado en el presente escrito se declare la nulidad de pleno derecho de la RESOLUCIÓN NO. ARCOTEL-CZ02-2016-016 de 16 de noviembre de 2016 DEBIDAMENTE NOTIFICADA EL DÍA 21 DE NOVIEMBRE DE 2016, por las razones que quedan expuestas, y se apliquen los principios constitucionales y legales de legalidad, **proporcionalidad**, razonabilidad e inocencia que consagra la Constitución Política.”. (Negrita fuera del texto original).*

El artículo 76 de la Constitución de la República dispone: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”.

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

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en sus artículos 121 y 122 determina los rangos para el cálculo del monto de la sanción; y, además establece de manera clara ciertas circunstancias atenuantes y agravantes a tener en cuenta para la fijación de la sanción, en sus artículos 130 y 131; circunstancias que han sido valoradas en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0016.

El principio de proporcionalidad se hace efectivo cuando las sanciones que determina la ley se equiparan a la infracción a la que fueron aplicadas. En el caso recurrido, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones determinó un hecho constitutivo de infracción según lo prescrito en el artículo 118 letra b, numeral 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; al cual, en uso de su competencia aplicó una de las sanciones establecidas en el artículo 121 inciso primero y número dos; y, 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro de los límites previstos en la citada Ley.

Por lo señalado en los párrafos anteriores, se observa que la Administración Pública se sujetó a la tipificación de la infracción constante en el artículo 118 “**Infracciones de segunda clase**”, letra b, numeral 5; cuya sanción es la proporcionada en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “**1. Infracciones de segunda clase.-** La multa será de entre el 0,031% y el 0,07% del monto de referencia”; “Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate.”; conforme se detalla en la página ochenta y ocho (88) del expediente administrativo sancionador, en donde se consideró que, mediante memorando No. ARCOTEL-CTHB-2016-0198-M de 29 de septiembre de 2016, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, indicó al Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL que los ingresos totales obtenidos por la Compañía OTECEL son de **USD 596.837.583,23**, información presentada en el Formulario de Homologación de



Ingresos, Costos, Gastos por Tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión, correspondiente al año 2015. De igual manera se consideró los atenuantes aplicables al caso materia de este análisis; razón por la cual no es aceptable el argumento de la Compañía recurrente.

En lo jurídico se debe considerar que, en materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos y/o administrativos deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. En este sentido, se observa que se ha asegurado el derecho al debido proceso, dando lugar a las garantías básicas, establecidas en el artículo 76 de la Norma Suprema.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el artículo 22, reconoce a los abonados, clientes y usuarios, entre otros, el derecho a: "(...) 1. A disponer y recibir los servicios de telecomunicaciones contratados de forma continua, regular, eficiente, con calidad y eficacia. (...) 8. A la facturación y tasación correcta, oportuna, clara y precisa, de acuerdo con las normas aplicables; no es admisible ninguna modalidad de redondeo. La entrega de facturas o estados de cuenta podrá realizarse a domicilio o por vía electrónica, a elección del abonado, cliente o suscriptor. La entrega de facturas o estados de cuenta a través de internet, correo electrónico o cualquier otro medio digital o electrónico no tendrá costo y procederá únicamente previa aceptación expresa y escrita del abonado, cliente o suscriptor, en la cual, el mismo manifieste su aprobación para reemplazar la entrega física de su factura.(...) 12. A que en la contratación de servicios se respeten los derechos constitucionales, legales y reglamentarios de los abonados, clientes y usuarios, de acuerdo con las condiciones generales o de ser el caso, modelos que apruebe y publique la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...) 17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes, contra los incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable. 18. A acceder a cualquier aplicación o servicio permitido disponible en la red de internet. Los prestadores no podrán limitar, bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de internet o en general de sus redes u otras tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales. Se exceptúan aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de contenidos, aplicaciones, desarrollos o servicios disponibles, o por disposición de autoridad competente. Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas, para efectos de garantizar el servicio (...)". Todo lo cual es concordante con el capítulo noveno "**RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL USUARIO**", cláusula cuarenta y uno del contrato de concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado de la Compañía OTECEL S.A.

Por su parte, el artículo 24 del mismo cuerpo legal señala que son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: "(...) 2. Prestar el servicio de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes. (...) 3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes. 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...) 17. No limitar, bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, priorizar ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de Internet o en general de sus redes u otras tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales, salvo las excepciones establecidas en la normativa vigente. Se exceptúan aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de contenidos, o por disposición de autoridad competente. Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas para efectos de garantizar el servicio. 18. Medir, tasar y facturar



correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas. (...) 28. Las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes (...)”.

El artículo 36 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones define a los servicios de telecomunicaciones como aquellos servicios que se soportan sobre redes de telecomunicaciones con el fin de permitir y facilitar la transmisión y recepción de signos, señales, textos, video, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, para satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de los abonados, clientes, usuarios.

Concordantemente, la Ficha Descriptiva del Servicio de Telecomunicaciones “Móvil Avanzado” que consta en el Anexo del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, le describe o caracteriza como: “Servicio de telecomunicaciones del servicio móvil terrestre, que permite toda transmisión, emisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, voz, datos o información de cualquier naturaleza.”.

El artículo 35 del citado Reglamento, es muy claro al señalar que, los prestadores de servicios de telecomunicaciones, en la prestación del servicio, darán cumplimiento a lo establecido en sus títulos habilitantes y al ordenamiento jurídico vigente, para lo cual la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL realizará las acciones de supervisión y control correspondientes; y, en caso de incumplimiento por los prestadores, se aplicará el régimen sancionatorio correspondiente.

Por tanto, la Administración en ningún momento ha lesionado derecho alguno, garantizados en la Carta Magna; razón por la cual se considera que los argumentos expuestos por la interesada no le eximen de su responsabilidad respecto del hecho que le fuera imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 de 16 de noviembre de 2016, de igual manera se concluye que con los argumentos aportados en el recurso de apelación, la Compañía OTECEL S.A., no justifica que está exenta de su responsabilidad frente a sus abonados/clientes-usuarios y ante los organismos de regulación, administración y control de las telecomunicaciones, aun cuando haya contratado o subcontratado con terceros la prestación de los servicios a los que está obligada.

Por lo indicado, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, emitió la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016, tomando en consideración el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en estricta observancia de los derechos de protección relativos a las garantías básicas y reglas propias del debido proceso en ejercicio de sus atribuciones y competencias legales con la debida motivación y cumpliendo con los requisitos de forma y fondo previstos en la Ley y normativa vigente para su expedición.

5.- CONCLUSIÓN:

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis expuestos, esta Dirección considera que la Compañía OTECEL S.A. no desvirtúa los argumentos expuestos en el escrito que contiene el Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016, ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E de 12 de diciembre de 2017; en consecuencia, la Directora Ejecutiva en uso de sus facultades, debería proceder a desestimar y en consecuencia rechazar las pretensiones contenidas en el Recurso de Apelación interpuesto.”.

IV. RESOLUCIÓN

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

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger los Informes: Técnico constante en el memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0122-M de 14 de marzo de 2017; y, Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0042 de 20 de abril de 2017.

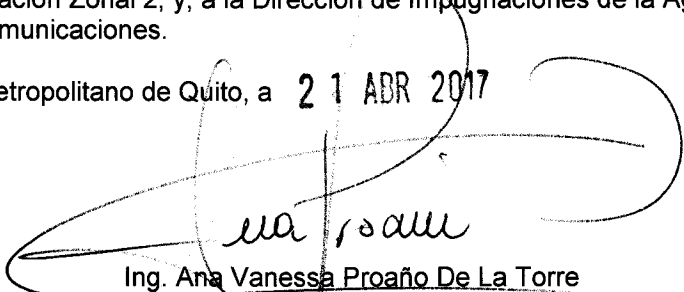
Artículo 2.- DESESTIMAR y en consecuencia rechazar las pretensiones contenidas en el Recurso de Apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., ingresado el 12 de diciembre de 2016, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007613-E; en consecuencia, **RATIFICAR** la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0016 de 16 de noviembre de 2016.

Artículo 3.- INFORMAR a la Compañía OTECEL S.A., 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 4.- INFORMAR a la Compañía OTECEL S.A., que conforme a lo dispuesto en el artículo 156, número 3 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, tiene derecho a impugnar esta Resolución en vía judicial.

Artículo 5.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la Compañía OTECEL S.A., en sus oficinas ubicadas en la ciudad de Quito, Av. República y de la Pradera esquina, Edificio Movistar, Quinto Piso, señalada por la recurrente para recibir notificaciones; a la Coordinación Técnica de Control; a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación Zonal 2; y, a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **21 ABR 2017**


Ing. Ana Vanessa Proaño De La Torre

DIRECTORA EJECUTIVA

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

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
Dra. Verónica Huacho Rodríguez Servidora Pública 7 	Abg. Juan Semihario Esparza Director de Impugnaciones (E) 	Dr. Gustavo Quijano Peñafiel Coordinador General Jurídico 