

RESOLUCIÓN-TEL-900-27-CONATEL-2014

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONATEL

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República, establece: "**Artículo 213.-** Las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley."

Que, el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, establece en el artículo 118, respecto al procedimiento administrativo para las sanciones lo siguiente: "Corresponde al Superintendente de Telecomunicaciones aplicar las sanciones a las infracciones previstas en la ley, graduando su aplicación según las circunstancias, considerando el perjuicio causado al mercado o a los usuarios y el grado de culpabilidad.-La imputación de una infracción será notificada al infractor o infractores mediante boleta entregada en el domicilio del infractor, en el artículo 124 lo siguiente: "Los actos administrativos de las autoridades y organismos encargados de la administración y regulación de las telecomunicaciones están sometidos a las normas, recursos y reclamaciones del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva."

Que, en el Contrato de Concesión para la Prestación de 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, celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y OTECEL S.A el 20 de noviembre de 2014, se establece lo siguiente:

En la cláusula 12 (Obligaciones generales), numeral 12.28 que es obligación de la empresa: "Prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos"; en la Cláusula 51 (Normas Generales), numeral 51.1 que: "En el evento de que la Sociedad Concesionaria incurra en uno de los incumplimientos descritos en la Cláusula Cincuenta y dos (52) del presente Contrato, la SUPTEL impondrá las sanciones a que hubiera lugar, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en la Cláusula cincuenta y siete (57) del presente Contrato."; en la Cláusula 52 (Incumplimientos Contractuales), numeral 52.2 que no puede "j) Cobrar tarifas por encima de los techos tarifarios aprobados o en forma distinta a lo pactado de conformidad con los numerales 12.28, 44.3 y 44.8"; en la Cláusula 57, numeral 57.1 que "Si la SUPTEL tuviere indicios o conociere por cualquier medio que la Sociedad concesionaria estuviera incurso en uno o más incumplimientos contractuales, abrirá un expediente e iniciará el proceso de determinación de incumplimiento contractual mediante la expedición de la Boleta Única que contendrá el presunto incumplimiento cometido, el cual será notificado por escrito a la Sociedad Concesionaria.- La Boleta Única deberá contener una descripción detallada del presunto incumplimiento, así como las razones jurídicas y fácticas en que se funda el inicio del procedimiento."; en el numeral 57.2 que "...c) Vencidos los términos señalados en los literales anteriores, o no habiéndose contestado la Boleta Única, en mérito de todo cuanto conste en el expediente administrativo, la SUPTEL en el término máximo de doce (12) días resolverá en forma motivada lo que corresponda. La Resolución que emita la SUPTEL respecto de los incumplimientos contractuales deberá ceñirse a lo establecido en el presente Contrato. En caso de imponerse una sanción será exclusivamente de entre las establecidas en el presente Contrato."; y, en la Cláusula 56 (Atenuantes, Agravantes y Gradación de las sanciones), numeral 56.1, que son atenuantes: "b) Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción".

7  
P  
A

Que, mediante Resolución No. ST-2014-0306, de 18 de agosto de 2014, la Superintendencia de Telecomunicaciones, resolvió:

**“Artículo 1.- DECLARAR que OTECEL S.A. no cumplió con las condiciones pactadas con el usuario al aplicar la promoción “Paquete Noche”, activada el día 7 de febrero de 2014 correctamente en la línea celular 0998427021, a través del envío de un solo SMS, debido a que descontó \$ 2 del saldo total de la línea por la activación de la promoción, en lugar del \$ 1 acordado a través del SMS “Estimado Cliente la contratación de su paquete NOCHE por \$ 1 (Incluido Imp) está siendo procesada. Recibirá un SMS de confirmación; de esta manera la Sociedad Concesionaria cobró una tarifa distinta a la pactada e incumplió su obligación estipulada en la Cláusula DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) del Contrato de Concesión, incurriendo en el Incumplimiento de Segunda Clase previsto en la CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS, letra j) ibídem.**

**Artículo 2.- IMPONER a la empresa OTECEL S.A. la sanción económica de SETENTA MIL SETECIENTOS VEINTE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 70.720,00) equivalente a 208 SBMU's, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula CINCUENTA Y CINTO PUNTO DOS del Contrato de Concesión...”.**

Que, la empresa OTECEL S.A., mediante escrito s/n ingresado en la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con trámite No. SENATEL-2014-009570, el 12 de septiembre de 2014, dirigido al Señor Presidente del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución No. ST-2014-0306 de 18 de agosto de 2014, expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Que, conforme con el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, suscrito con la empresa OTECEL S.A. y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 20 de noviembre de 2008, cláusula 58, en caso de que el concesionario no esté de acuerdo con la resolución de sanción de la Superintendencia de Telecomunicaciones, esta se la puede apelar ante el CONATEL en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación o impugnarla en la vía contencioso administrativa, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Este contrato, en el Anexo 1 de Definiciones, además indica, que el cómputo de los plazos y términos se sujeta al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por lo tanto, corresponde al CONATEL, resolver sobre el fondo del acto recurrido por OTECEL S.A.

Que, la SENATEL admitió a trámite el recurso planteado a la Resolución ST-2014-0306 de 18 de agosto de 2014, y que se ha instruido a las Direcciones Generales Jurídica, de Planificación de las Telecomunicaciones y Servicios de Telecomunicaciones, para que se emita el Informe Técnico y Jurídico del caso analizando cada uno de los argumentos en los que OTECEL S.A., fundamenta su petición ante el CONATEL.

Que, en el presente caso se trata de una infracción contractual que conforme el capítulo Décimo Segundo, Incumplimientos Contractuales y Sanciones del Contrato de Concesión, el procedimiento de determinación de incumplimientos contractuales e imposición de sanciones le corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones, organismo que en el ámbito de sus atribuciones legales estableció que OTECEL S.A. al haber descontado \$ 2 del saldo total de la línea celular 0998427021 por la activación de la promoción, en lugar del \$ 1 acordado a través del SMS “Estimado Cliente la contratación de su paquete NOCHE por \$ 1 (Incluido Imp) está siendo procesada. Recibirá un SMS de confirmación”, la empresa cobró una tarifa distinta a la pactada e incumplió su obligación estipulada en la Cláusula 12.28, incurriendo en el Incumplimiento de Segunda Clase previsto en la cláusula 52, letra j) del contrato de concesión.

Que, revisadas las argumentaciones de OTECEL S.A., se establece que el eje central de su argumentación es que la SUPERTEL no consideró, ni tomó en cuenta al momento de aplicar la sanción, el atenuante constante en la cláusula 56.1 del Contrato: “b) Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción”, por lo que solicita se considere este atenuante; señala además, que no existió culpa grave de los casos previstos en el Código Civil, lo cual es preciso probar; que se tenga en cuenta la diligencia con

la que actuó la empresa para remediar el asunto; y, que se aplique el derecho de proporcionalidad consagrado en el artículo 76 de la Constitución por cuanto el valor total de afectación del error en esta promoción "PAQUETE NOCHE" fue de \$ 1.064 y la sanción impuesta por la SUPERTEL es de \$ 70.720,00 equivalente a 208 SBMU's, es decir, la multa que se impuso es del 1.5 POR MIL en relación al error lo que se traduce en que la multa es equivalente a 665 veces la afectación del error de la prestadora, por lo que se pide al CONATEL que la multa sea revisada y reducida en un monto adecuado y proporcional al valor total del error. Se solicita además se deje sin efecto la sanción en la forma y monto.

Que, revisado el expediente se verifica que la SUPERTEL determinó que no se podía considerar como medida de remediación frente al usuario, las medidas correctivas aplicadas por la operadora a partir del 1 de abril de 2014, por cuanto la promoción ya no estaba vigente, esto en función de la definición que utilizó la SUPERTEL en su razonamiento respecto del término "remediar" que se define como: *"Socorrer una necesidad o urgencia". "Librar, apartar o separar de un riesgo". "Evitar que suceda algo de que pueda derivarse algún daño o molestia."*

Que, debió haberse considerado el atenuante descrito en la cláusula 56.1, letra b): *"Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción"* teniendo en cuenta que la definición mencionada no consta en el Anexo de Definiciones del Contrato de Concesión celebrado con OTECEL S.A., y que se debe estar al sentido literal y obvio de las palabras del Contrato de Concesión, pues las "medidas correctivas" que aplicó la operadora fueron implementadas inclusive antes del inicio del proceso de juzgamiento, pues se instruyó con el Informe No. ICT-DST-2014-029 de 7 de abril de 2014 (verificación del incumplimiento de condiciones), se notificó con la Boleta Única DJT-2014-0079 a OTECEL S.A. el 30 de mayo de 2014; mientras que las medidas correctivas se adoptaron el 1 de abril de 2014 y la compensación económica a los afectados se produjo efectivamente el 22 de mayo de 2014.

Que, en estricto sentido el Contrato de Concesión no prevé como establecer la disminución de la sanción, ni consta en el expediente la valoración que aplicó la SUPERTEL, respecto de cada agravante y/o atenuante para la imposición de la multa de USD 70.720,00 dólares de los Estados Unidos de América, por lo que, la reducción es discrecional del CONATEL. En el informe se sugiere que podría ser de 20 SBMUs, en función del atenuante descrito en la Cláusula Cincuenta y Seis punto Uno (56.1), letra "c) *Haber adoptados medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de sanción"*.

Que, si bien es cierto la SUPERTEL debe tomar en cuenta el principio consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, la ley y en la doctrina, el Contrato de Concesión que es ley para las partes, es taxativo en determinar que a los incumplimientos de segunda clase, corresponde una multa de hasta 500 SBMU's, conforme con la cláusula 55.2, con lo cual la multa que es calculada e impuesta por la SUPERTEL, no es en función del valor económico de afectación a los usuarios sino en virtud del tiempo que la prestadora se demoró en remediar la falta, es decir, desde febrero hasta abril de 2014, todo esto enmarcado en lo previsto en la cláusula 51.2 del Contrato que señala: *"El proceso previo a la determinación de un incumplimiento contractual y la aplicación de sanciones previstas en el CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO, de este contrato serán responsabilidad y atribución de la SUPTEL."*, por tanto no cabe aceptar la alegación de la operadora.

Que, en el informe emitido por las Direcciones Generales Jurídica, Gestión de los Servicios de Telecomunicaciones y Planificación para resolución del CONATEL se concluye: *"De los antecedentes y análisis contenidos en el presente informe, se establece que la Resolución ST-2014-0306, de 18 de agosto de 2014, ha sido emitida por la autoridad competente, esto es, la Superintendencia de Telecomunicaciones; el procedimiento adoptado fue el adecuado, no obstante, del análisis realizado al escrito del recurso, esta Secretaría opina que la SUPERTEL debió haber tomado en consideración el atenuante descrito en la cláusula 56.1, letra b): "Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción" al imponer la sanción económica contenida en la Resolución ST-2014-0306, por no cumplir con las condiciones pactadas con el usuario al aplicar la promoción "Paquete Noche" a la línea 0998427021.*

7



*En tal virtud y en aplicación de la cláusula 56.1 del Contrato de Concesión; se recomienda que el CONATEL, avoque conocimiento del presente informe y acepte parcialmente el recurso de apelación, disponiendo la disminución de la multa, teniendo en cuenta el atenuante antes indicado.*

*Para futuros casos, se recomienda se disponga a la Superintendencia de Telecomunicaciones especificar la valoración que emplea para la imposición de las sanciones económicas a los administrados."*

En ejercicio de sus atribuciones:

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO UNO.-** Avocar conocimiento y acoger el Informe Jurídico, presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, constante en Informe Técnico – Jurídico No. 131 de 23 de octubre de 2014.

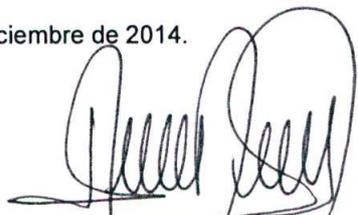
**ARTÍCULO DOS.-** Aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por OTECEL S.A. a la Resolución ST-2014-0306, de 18 de agosto de 2014.

**ARTÍCULO TRES.-** Disminuir la sanción económica de SETENTA MIL SETECIENTOS VEINTE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 70.720,00) equivalente a 208 SBMU's a TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 35.360,00) equivalente a 104 SBMU's, en función del atenuante descrito en la Cláusula Cincuenta y Seis punto Uno (56.1), letra "c) *Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de sanción*".

**ARTÍCULO CUATRO.-** Encargar a la Secretaría del CONATEL, notifique con la presente Resolución a la empresa OTECEL S.A., a la Superintendencia de Telecomunicaciones; y a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, para los fines pertinentes.

La presente Resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Quito, D.M., el 03 de diciembre de 2014.



MGS. CARLOS PUGA BURGOS  
PRESIDENTE DEL CONATEL



ABG. ESTEBAN BURBANO ARIAS  
SECRETARIO DEL CONATEL