

**RESOLUCIÓN ARCOTEL -2015-C-002**

**POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL, DECLARA QUE LA COMPAÑÍA CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, HA INCURRIDO EN UNA INFRACCIÓN DE SEGUNDA CLASE, TIPIFICADA EN LA CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS No. 52.2 LETRA J), DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO:**

**I. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA**

**1.1.- ADMINISTRADO**

El Estado ecuatoriano, a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del suscrito el 28 de agosto de 2008, con la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (en adelante simplemente CONECEL), el Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado y Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público; y, de uso de las Bandas de Frecuencias Esenciales, el cual se encuentra vigente. Por tanto, el administrado y sujeto pasivo dentro de este procedimiento es la compañía CONECEL.

El 16 de diciembre de 2014, el extinguida –Superintendencia de Telecomunicaciones emitió la Boleta Única No. DJT-2014-0210, notificada en legal y debida forma a CONECEL el 17 de diciembre de 2014, con oficio SGN-2014-00981 de 17 de diciembre de 2014, suscrito por el Secretario General..

**1.2.- ANTECEDENTES Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO**

Este procedimiento contractual sancionador se instruyó con sustento en el **Memorando DST-2014-02048 de 27 de octubre de 2014**, mediante el cual, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, comunicó a la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones, el resultado del análisis al reclamo presentado por el señor Eduardo Zurita Vaca a la Operadora CONECEL, contenido en el Informe Técnico No. ICT-DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, el cual concluye que:

**“(... ) 3. CONCLUSIONES:**

*El momento de ofrecer el plan IDEAL 15, la operadora pactó con el Señor César Zurita un costo por minuto de Claro a Claro de 12 centavos incluido IVA, lo cual es ratificado en un SMS de bienvenida enviado al usuario, el 12 de Agosto del 2013. Sin embargo, en un segundo mensaje enviado el 24 de agosto de 2013, CONECEL notifica al usuario condiciones diferentes a las pactadas indicando que la tarifa del servicio es de 13 centavos incluido IVA, tarifa que es constatada en las facturas emitidas al usuario.*

**4. RECOMENDACIONES**

*Esta Dirección Nacional, recomienda remitir el presente informe a la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones, para que inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, en caso de considerarlo jurídicamente pertinente, debido a que CONECEL no prestó al señor Zurita el servicio bajo los términos y condiciones establecidos al momento de ser contratado”.*

Con estos antecedentes, el objeto de este procedimiento es determinar el cumplimiento por parte de CONECEL de la obligación establecida en la Cláusula Doce del Contrato de Concesión, que dispone: **“CLÁUSULA DOCE.- Obligaciones Generales.- Son obligaciones de la Sociedad Concesionaria, además de las que se derivan del texto del presente Contrato y las establecidas en la Legislación Aplicable, las siguientes: (...) Doce punto veintiocho.- Prestar los servicios a los Usuarios en los**

**términos y condiciones establecidos en sus contratos.”.**

### **1.3.- COMPETENCIA**

#### **1.3.1. La Constitución de la República del Ecuador ordena:**

**“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”.

#### **1.3.2. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones promulgada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 439 el miércoles 18 de febrero de 2015 dispone:**

El artículo 142 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015, crea 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 referida norma, determina que 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.

El artículo 125 de la norma *Ibidem*, señala que la potestad sancionadora le corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la cual podrá iniciar de oficio o por denuncia, y deberá *“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”, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.*

El artículo 144 de la mencionada Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece las competencias de la Agencia. Entre las cuales se encuentran: **“4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes. 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley.”**

Las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respecto a los juzgamientos administrativos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y a la competencia de la autoridad para resolver, determinan lo siguiente:

**“Tercera.- Los juzgamientos administrativos iniciados con anterioridad al momento de la promulgación de esta Ley se tramitarán por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones siguiendo los procedimientos previstos en la legislación anterior y se aplicarán las sanciones vigentes a la fecha de la comisión de la infracción”.** (énfasis incorporado)

**“Sexta.- El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con el propósito de mantener la continuidad de las actividades de regulación, administración, gestión y control, aprobará una estructura temporal de la Agencia, bajo las denominaciones que correspondan a la nueva institucionalidad. Hasta que se designe a la o el Director Ejecutivo de la Agencia, el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información ejercerá dichas competencias.** (énfasis incorporado)

**1.3.4. Resolución de delegación de atribuciones- ARCOTEL.-** Mediante Resolución ARCOTEL No. 001 de 18 de febrero de 2015, el Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, en el artículo 1 letras a) y f) resuelve: Delegar a la Ingeniera Ligia Álava Freire, en su calidad de VICEMINISTRA DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, del Ministerio de

Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, las siguientes atribuciones asignadas al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL: a) Conocer, tramitar y resolver todos los temas de carácter operativo y administrativo, a fin de garantizar la continuidad de las actividades de regulación, administración y control y de manera especial, aquellas vinculadas a la gestión de las extinguidas SUPTEL y SENATEL. f) Suscriba resoluciones administrativas, recursos, escritos y cualquier otro instrumento de orden legal.

### 1.3.5. Contrato de Concesión del SMA, de CONECEL:

De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Cincuenta y Sete, corresponde a la SUPTEL (extinguida Superintendencia de Telecomunicaciones), iniciar el proceso sancionador contractual y emitir la correspondiente resolución.

La Cláusula Ochenta y uno del Contrato Ibidem, estipula:

*“...**Sustitución de Organismos.-** En el evento de que los actuales organismos de administración y regulación de las telecomunicaciones, de ejecución de la política de telecomunicaciones, de control y supervisión de las telecomunicaciones del país, sean sustituidos por otro u otros organismos, se entenderá que este o estos se encargarán de ejercer todas las funciones y facultades antes indicadas y las obligaciones y atribuciones previstas en el presente Contrato, de conformidad con las competencias que les atribuya la Ley.-Las obligaciones y atribuciones previstas en este Contrato para la SUPTEL, CONATEL o SENATEL, respecto de los principios, procedimientos y estipulaciones establecidas en la Cláusula cincuenta y siete (57) y cláusula cincuenta y ocho (58) serán asumidas o ejercidas por las Instituciones u organismos que se creen, de conformidad con las competencias y atribuciones que señale la Ley del sector de las Telecomunicaciones”.*

1.3.6. En consecuencia, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, tiene competencia para resolver el presente procedimiento contractual sancionador y expedir la Resolución correspondiente y así lo ha aceptado en forma expresa CONECEL, según lo estipulado en la Cláusula Ochenta y Uno del Contrato de Concesión del SMA.

## 1.4.- EL PROCEDIMIENTO

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, preceptúa que: *“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. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. h) Presentar en forma verbal y 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.”.*

El artículo 83 Ibidem indica: *“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”.*

El Contrato de Concesión del Servicio Móvil Avanzado de la Operadora CONECEL., en la **CLAUSULA CINCUENTA Y SIETE.- Procedimiento para la determinación de incumplimientos contractuales e imposición de sanciones.-** dispone: **“Cincuenta y Siete punto Uno (57.1).- Determinación.-** Si la SUPTEL tuviere indicios o conociere por cualquier medio que la Sociedad Concesionaria estuviera

*incurra 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. (...). **Cincuenta y Siete punto Dos.-** Resolución: **a)** Vencido el término para contestar, con la contestación, la SUPTEL dispondrá, a petición de parte o de oficio, la apertura de la causa a prueba por el término de quince (15) días, dentro del cual se calificará la pertinencia o procedencia de las pruebas solicitadas previamente o aquellas solicitadas dentro del período de prueba. Las pruebas pertinentes y procedentes se evacuarán en el término de los quince (15) días antes indicados. La SUPTEL, cuando el caso lo amerite, practicará las pruebas de carácter técnico que fueren necesarias y emitirá su informe. En el caso de inspecciones, se elaborarán actas que serán suscritas por los funcionarios de la SUPTEL que actúen en las diligencias, y una copia de las mismas será entregada a la Sociedad Concesionaria. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta de la Sociedad Concesionaria, cuantas pruebas sean adecuadas para la defensa, para la determinación de hechos o para la determinación de posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse impertinentes o improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de la Sociedad Concesionaria. Todas las diligencias probatorias se realizarán con notificación a la Sociedad Concesionaria a fin de garantizar su derecho a la defensa. **b)** Vencido el término de prueba, la Sociedad Concesionaria tendrá tres (3) días para presentar sus alegatos. **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. **d)** La resolución será notificada a la Sociedad Concesionaria en el domicilio señalado en este Contrato". (Subrayado incorporado)*

Del expediente se verifica que el 16 de diciembre de 2014, se emitió la Boleta Única No. DJT-2014-0210 notificada en legal y debida forma a la compañía CONECEL., el 17 de diciembre de 2014; y, que la señora Virginia Nakagawa Morales, en calidad de apoderada especial de la compañía CONECEL., dentro del plazo concedido contestó a la Boleta Única con oficio **GR-0068-2015** de 10 de enero de 2015, con **Hoja de Trámite 00287**.

Con providencia del 12 de enero de 2015, notificada a la Operadora el 13 de enero de 2015, atendiendo la solicitud de la expedientada se dispuso agregar al expediente el oficio **GR-0068-2015**; y, se abrió la causa a prueba por el término de 15 días. Con providencia del 20 de enero de 2015, notificada a la Operadora en la misma fecha, atendiendo la solicitud de la expedientada se señaló fecha y hora para que CONECEL S.A. sea escuchada en audiencia; la misma que se realizó el miércoles 21 de enero de 2015 a las 15h00, según el acta respectiva que consta del expediente.

En oficio **GR-0233-2015** ingresado en la oficina matriz de la ex - Superintendencia de Telecomunicaciones el 3 de febrero de 2015, con **Hoja de Trámite 01240**, dentro del término de pruebas señalado para el efecto, la compañía CONECEL S.A. presentó pruebas..

Con providencia de 2 de febrero de 2015, notificada en la misma fecha, calificó y despachó las pruebas solicitadas por CONECEL. en el oficio No. GR-0068-2015, y en aplicación al principio de contradicción, se dispuso que se agreguen al procedimiento, se reproduzcan y se consideren como prueba de parte de la Operadora los documentos presentados, conforme se solicita en el ordinal 3 –pruebas del mismo; las cuales, aclarando que éstas serán razonadas y valoradas al momento de resolver

Con providencia de 4 de febrero de 2015, notificada en la misma fecha a la expedientada, se dispuso agregar al expediente como prueba de parte de la Operadora el oficio **GR-0233-2015**, los documentos presentados; se declaró cerrado el término de prueba y se concedió el término de tres días para que la Operadora presente sus alegatos.

A través de oficio **GR-0255-2014** (sic) ingresado el 9 de febrero de 2015, con **Hoja de Trámite 01401**, CONECEL presentó sus alegatos.

Con providencia de 10 de febrero de 2015, notificada en la misma fecha a la expedientada, se dispuso agregar al expediente el oficio **GR-0255-2014** (sic); y, se declaró cerrado el término de alegatos.

De lo expuesto, se desprende que este procedimiento fue sustanciado observando el trámite propio previsto en la cláusula Cincuenta y Siete del Contrato de Concesión que contiene el procedimiento para la determinación de incumplimientos contractuales e imposición de sanciones; en concordancia con lo previsto en las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respetándose las garantías del debido proceso previstas en la Constitución de la República del Ecuador, por tanto, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que **se declara su validez**.

#### 1.5.- PRESUNTO INCUMPLIMIENTO Y SANCIÓN

El presunto incumplimiento materia de este procedimiento es el previsto en la **CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS.- Incumplimientos Contractuales**, número Cincuenta y Dos punto Dos (52.2) del Contrato de Concesión, dispone: "**Incumplimiento de segunda clase.- Se considerarán como incumplimientos de segunda clase las siguientes acciones u omisiones: (...) j) Cobrar tarifas por encima de los techos tarifarios aprobados o en forma distinta a lo pactado de conformidad con los numerales Doce punto Veintiocho, Cuarenta y cuatro punto tres y Cuarenta y cuatro punto ocho (12.28, 44.3 y 44.8)**". (énfasis no es parte del texto original).

La **CLÁUSULA CINCUENTA Y CINCO, Sanciones Contractuales**, número Cincuenta y Cinco punto Dos del Contrato de Concesión, establece: "**Sanción a los incumplimientos de segunda clase: Corresponde a una multa de hasta 500 Salarios Básicos Mínimos Unificados SBMUs.**".

## II. ANÁLISIS DE FONDO

### 2.1.- BOLETA ÚNICA

#### Boleta Única No. DJT-2014-0210 emitida el 16 de diciembre de 2014.-

Con sustento en el **Informe Jurídico IJ-DJT-2014-349 de 10 de diciembre de 2014**, elaborado por la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones se estableció la pertinencia de iniciar un procedimiento contractual sancionador a la compañía CONECEL, una vez efectuado el análisis que relaciona el hecho determinado en el Informe Técnico No. ICT-DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, con las normas jurídicas pertinentes, del cual se transcribe el siguiente:

**"ANÁLISIS:** De conformidad con el Contrato de Concesión y por lo estipulado en la cláusula Doce punto Veinte y Ocho (12.28), CONECEL S.A. debe 'Prestar los servicios a los Usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos'. Por la naturaleza de los contratos celebrados con ocasión del servicio prestado, los usuarios se comprometen a pagar una tarifa como contraparte del servicio recibido. El monto de la tarifa cobrada debe corresponderse con el monto pactado.- En el Informe de Control Tarifario de SMS (sic) No. ICT-DST-2014-0095 como resultado de la actividad de control efectuado sobre el reclamo presentado por el usuario Eduardo Zurita Vaca, en lo principal se detalla y concluye lo siguiente: 1.- 'ANTECEDENTES. (...) Mediante correo electrónico de 13 de diciembre de 2013, la Dirección Nacional de Información y Servicio Ciudadana remitió a esta Dirección Nacional el reclamo presentado en dicha dependencia por el usuario del Servicio Móvil Avanzado César Eduardo Zurita Vaca, con fecha 07 de octubre de 2013, el mismo que se detalla a continuación: '466375 CESAR EDUARDO ZURITA VACA con C.I. 0101802825 ubicado en Quito en Av. 6 de Diciembre 35-102 Julio Moreno usuario del SERVICIO MÓVIL AVANZADO reclama a CONECEL S.A. (CLARO) por cuanto, el 12 de agosto de 2013 contrató servicio vía telefónicamente, le ofrecieron a \$0.12 el minuto de Claro a Claro, y que la fecha para pagar el servicio iba a ser del 5 al 10 de cada mes. El 15 de agosto de 2013 le envían un mensaje confirmando lo anterior. El 24 de agosto de 2013 le envían otro mensaje indicando la nueva tarifa, esto es \$0.13 del minuto de Claro a Claro. (...) 2. **ANÁLISIS. 2.1. Análisis de respuesta de CONECEL, a) Respaldo del Cálculo de los 238 segundos que la operadora menciona haber compensado al usuario Eduardo Zurita.** La empresa CONECEL S.A. adjunta una copia del resumen



de los minutos de las facturas de agosto a noviembre de 2013, indicando los siguientes valores: Factura de agosto de 2013, Sr. Vaca César Zurita (...) Como se puede observar, el plan consta de 125 min claro a claro y el costo de la tarifa básica sin impuestos es de \$15; es decir que la tarifa aplicada es de \$0,12 sin impuestos, lo que daría un valor final de 0,1344\$/min; como el siguiente cálculo, lo muestra:  $Tarifa = (\$15/125 \text{ minutos}) * 1.12 = 0,1344 \text{ \$/min}$ . (...) **b)** ... Se desconoce a cuantas personas de las 161 que realizaron el cambio de plan bajo las mismas condiciones que el Señor Zurita, les llegó los mensajes sobre la tarifa que se visualiza en la siguiente figura: (...) **d) Reporte o listado de los usuarios que accedieron o contrataron el plan ofertado** (...) **e) Copia de las 2 primeras facturas emitidas a todos los usuarios que activaron el plan en esta modalidad, es decir, a través de llamadas telefónicas con asesores y el detalle de llamadas generadas respectivo de cada factura.** (...). Como se puede observar en la figura 3, el valor facturado por 125 min claro a claro es de \$16.80; es decir que la tarifa aplicada a los usuarios es de 0,1344 \$/min, como se puede visualizar en el siguiente cálculo. (...)/ **3. CONCLUSIONES.** El momento de ofrecer el plan IDEAL 15, la operadora pactó con el Señor César Zurita un costo por minuto de Claro a Claro de 12 centavos incluido IVA, lo cual es ratificado en un SMS de bienvenida enviado el 24 de agosto de 2013, CONECEL notifica al usuario condiciones diferentes a las pactadas indicando que la tarifa del servicio es de 0,13 centavos incluido IVA, tarifa que es constatada en las facturas emitidas al usuario./ **4. RECOMENDACIONES.** Esta Dirección Nacional, recomienda remitir el presente informe a la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones para que inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, en caso de considerarlo jurídicamente pertinente, debido a que CONECEL no prestó al señor Zurita el servicio bajo los términos y condiciones establecidos al momento de ser contratado.- El Informe de Control Tarifario No. ICT-DST-2014-0095 contiene el resultado del control realizado con ocasión del reclamo presentado por el Sr. Eduardo Zurita Vaca, abonado del Plan IDEAL 15, a fin de verificar si la operadora prestó el servicio en los términos y condiciones pactados con el usuario.- De la información proporcionada por el usuario así como del resultado del control, se conoce que el Sr. Eduardo Zurita contrató el servicio ofrecido por CONECEL S.A. vía telefónica. En este sentido, es pertinente hacer la siguiente reflexión, previa la calificación jurídica correspondiente. Es pertinente indicar, que el presente caso no se suscribieron contratos, más en este aspecto no contradice lo previsto en el artículo 1454 del Código Civil, el mismo que señala que el contrato 'es un acto por el cual una parte se obliga para con otra dar, hacer o no hacer alguna cosa', acuerdo que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes; por lo que no es necesario que se materialice en un documento, en consecuencia partiendo de esta premisa, se entiende que el usuario pacta y acepta los términos y condiciones que la operadora se obliga a dar, cuando aceptó el servicio ofertado. Aspectos que han sido recogidos en el 'Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado' en cuyo artículo 3, se establece que la aceptación se perfecciona con la manifestación expresa o **tácita** de la voluntad de contratar.- Por lo expuesto, en el presente caso existe un contrato. Entre las condiciones pactadas del mismo, se encuentra el costo a precio final. Del contenido de los mensajes enviados por la Operadora al usuario, el 15 de agosto de 2013, el costo final pactado es el siguiente: '**Bienvenido a Claro. Su plan se encuentra activado, el costo final del minuto es de \$ 0.12 de Claro a Claro (...)**'. Sin embargo, el 24 de agosto de 2013, la Operadora envía otro mensaje en el que se lee: '**Precio final x Min: Móvil Claro USD 0.13**'. En la factura del Sr. Vaca César Zurita del mes de agosto de 2013 el plan consta de 125 min claro a claro y el costo de la tarifa básica sin impuestos es de \$15; es decir que la tarifa aplicada es de \$0,12 sin impuestos, lo que daría un valor/costo final de 0,1344 \$/min; como el siguiente cálculo, lo muestra:  $Tarifa = (\$15/125 \text{ min}) * 1.12 = 0,1344 \text{ \$/min}$ , todo el mes, se facturó al usuario una tarifa de \$ 0.13 cantidad diferente a la pactada.- En el primer mensaje se activó el plan y se reconfirmaba la tarifa aceptada por el usuario. En relación al segundo mensaje, el precio final por minuto es \$0.13, tarifa diferente a la pactada. Finalmente, en la factura, el usuario encontró que el costo final cobrado por todo el mes de agosto era de \$ 0.13 centavos y no de \$ 0.12.- Nótese que conforme el mensaje enviado al usuario el 15 de agosto de 2013 el **precio final** pactado por minuto para llamadas de Claro a Claro era de 0.12. En este contexto es importante distinguir el precio/costo final de la tarifa. El inciso segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor 'Toda información relacionada al valor de los bienes y servicios deberá incluir, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros recargos, de tal manera que el consumidor pueda conocer el valor final'; en consecuencia, debe entenderse que el valor final o precio final del servicio incluye los montos adicionales ya sean estos impuestos o recargos. Por otra parte, la contraprestación del servicio recibido por el usuario es la tarifa, tanto es así, que el Contrato de Concesión suscrito entre el Estado ecuatoriano y CONECEL S.A. reconoce a la Sociedad Concesionaria el derecho para cobrar tarifas. Bajo estas consideraciones y conforme el resultado del

control, el precio final pactado para llamadas de Claro a Claro era de \$ 0,12; sin embargo se habría cobrado \$ 0,13.- Según el Informe de Control Tarifario No. ICT-DST-2014-0095, letra d) numeral 2, considerando los usuarios que contrataron el plan ofertado, aquellos que aceptaron y no son parte de la muestra analizada y aquellos que aceptaron y son parte de la muestra se contabiliza un total de 280 usuarios. Durante el control, también se revisó la factura de la usuaria María Game Manzano, encontrando lo siguiente: 'Como se puede observar en la figura 3, el valor facturado por 125 min claro a claro es de \$ 16.80; es decir que la tarifa aplicada a los usuarios es de 0,1344 \$/min, como se puede visualizar en el siguiente cálculo'.- Del análisis que precede se determina que el precio/valor final cobrado al usuario del Plan IDEAL 15 por la Operadora fue de \$ 0.13 y no de \$ 0.12 centavos.- Con estos antecedentes, de verificarse el resultado del control antes descrito y contenido en el Informe de Control Tarifario No. ICT-DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, este hecho debería ser calificado como un incumplimiento de segunda clase, de conformidad con lo establecido en la Cláusula CINCUENTA Y DOS, número CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) del Contrato de concesión, que dispone: "**Incumplimientos de segunda clase.-** Se considerarán como incumplimientos de segunda clase las siguientes acciones u omisiones: (...) **j) Cobrar tarifas** por encima de los techos tarifarios aprobados o **en forma distinta a lo pactado** de conformidad con los numerales **Doce punto Veintiocho**, Cuarenta y cuatro punto tres y Cuarenta y cuatro punto ocho (12.28, 44.3 y 44.8)"; el mismo que pudiera ser sancionado conforme lo previsto la Cláusula CINCUENTA Y CINCO.-Sanciones Contractuales.- Número Cincuenta y Cinco punto Dos (55.2) del Contrato de Concesión, que dispone: "Sanción a los incumplimientos de segunda clase: Corresponde a una multa de hasta 500 Salarios Básicos Mínimos Unificados SBMUs."

## 2.2.- ARGUMENTOS DE LA EXPEDIENTADA

CONECEL. contestó a la Boleta Única DJT-2014-0210 con el Oficio **GR-0068-2015** presentado el 10 de enero de 2015 e ingresado con H. T. 00287 y dijo entre otros aspectos, lo siguiente:

**"1. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-** (...) Dentro del contexto de la boleta consideramos pertinente realizar un recuento de los hechos que motivaron la presentación del reclamo por parte del Sr. Zurita en el mes de octubre de 2013, así los hechos suscitados son los siguientes:

1. El 12 de agosto de 2013, a través de nuestro canal de Contact Center, el Sr. Zurita contrata el servicio correspondiente al Plan Ideal 15 Control Libre, llamada en la cual por un error operativo en el que incurre el asesor que realiza la venta, se informa incorrectamente que la tarifa por minuto CLARO a CLARO es de \$0.12 incluido impuestos.
2. Con fecha 15 de agosto de 2013, el Sr. Zurita recibe un SMS en el que se indica de forma errónea que el precio final por minuto CLARO a CLARO es de \$0.12.
3. Con fecha 24 de agosto de 2013, el Sr. Zurita recibe un SMS en el que se indica la información correcta de las tarifas que aplican al plan contratado, dentro de la cual se informa que el precio final por minuto de CLARO a CLARO es de \$0.13.
4. Producto de la recepción del último SMS detallado, el Sr. Zurita interpone un reclamo a través de SUPERTEL.
5. Habiéndose realizado las revisiones internas pertinentes, se puede detectar que el asesor que realizó la venta del servicio al Sr. Zurita comete un error operativo al omitir que el precio por minuto de CLARO a CLARO es de \$0.13.
6. A fin de corregir el error operativo en el que incurrió el asesor que realizó la venta, con fecha 14 de octubre de 2013, nos volvemos a comunicar con el usuario para ofrecerle disculpas por el error incurrido, se brinda la información correcta de su plan y el usuario confirma que no desea el reverso a su servicio prepago. Así también, a fin de aliviar los inconvenientes producidos a nuestro usuario a nivel de compensación se realiza una recarga de \$3,00 a la cuenta del usuario, misma que cubre los valores consumidos por el cliente entre el mes de Agosto y Noviembre del año 2013, por la diferencia del centavo no considerado al momento de contratar el servicio a través del Call Center.

En virtud de lo indicado, si bien como operadora hemos reconocido que existió un error en la información entregada al usuario por parte del asesor de venta -- **y en su momento hemos tomado las medidas correctivas del caso--**, esta circunstancia **nunca** deberá ser tomado por el ente de control como presunto "cobro en forma distinta a la pactada", en base a las consideraciones que nos permitimos exponer a continuación.

#### **1.1 SOBRE LA NULIDAD RELATIVA DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO REALIZADA CON FECHA 12 DE AGOSTO DE 2013 POR PARTE DEL SR. ZURITA Y LA RATIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PRODUCIDA EN OCTUBRE DE 2013.**

De acuerdo a lo manifestado dentro del informe jurídico que sustenta la presente boleta, en el cual se establece que independientemente de que el Sr. Zurita no haya suscrito un contrato escrito con la operadora, al haber existido una oferta (por parte del asesor de CONECEL) y una aceptación (por parte del Sr. Zurita) realizada a través de una llamada telefónica, ya existe un contrato, debemos manifestar que si bien estamos de acuerdo en los principios generales en los que se basa esta conclusión, existen ciertas circunstancias específicas que rodearon a la "contratación del servicio" que en definitiva afectan el concurso de voluntades y por tanto la validez de dicha contratación.

Si hacemos referencia la teoría civil de la formación del consentimiento y por lo tanto del perfeccionamiento de un contrato civil, la doctrina nos enseña que dicho consentimiento debe ser **libre de vicios**, y a su vez hace referencia a la existencia de los llamados vicios del consentimiento que afectan la voluntad y el consentimiento, los cuales de acuerdo al Art. 1467 del Código Civil nos indica que, "los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo".

En el presente caso y tal como lo hemos reiterado en diversas ocasiones a la SUPERTEL, dentro de la contratación del servicio realizado por el Sr. Zurita, existió un error operativo por parte del asesor comercial, quien brinda una información errada al usuario y por lo tanto podemos inferir que dicha circunstancia pudo haber afectado la voluntad del usuario en contratar el servicio, lo que significa, que el consentimiento (elemento **primordial** de validez de todo contrato) se ha visto **viciado**.

En atención a lo dispuesto en los Arts. 1469 y 1470 del Código Civil, que nos describe los supuestos en los que el error vicia el consentimiento, podemos ver que el error en cualquier otra calidad de una cosa no vicia el consentimiento, a menos que **'esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte'** y en el presente caso, al ser el precio de la tarifa claro a claro un determinante para la contratación del servicio por parte del Sr. Zurita, su consentimiento estuvo viciado y por lo tanto el contrato adolecía de un vicio de nulidad relativa, vicio que de conformidad al Art. 1700 del Código Civil "(...) puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

Ahora bien, aun cuando reconozcamos la nulidad relativa de la contratación del servicio realizada por el Sr. Zurita, es importante que quede claro que el error en el que incurrió nuestro asesor comercial en ningún momento tuvo una mala fe o tuvo la intención de inducir al error al usuario, por el contrario, queremos que quede por sentado que dicho inconveniente se produjo por una distracción del asesor, que justamente se configura en un **error humano** que cualquiera lo puede cometer y justamente para corregir dicho error, es que nos contactamos con el usuario para brindarle la información correcta de su plan e incluso se le brindó la opción de revertir la venta, brindándole la opción de volver a su plan prepago inicial con las mismas condiciones, (es decir dejamos libre el derecho del usuario a rescindir el contrato tal como lo establece la ley), sin embargo, a partir de dicha conversación justamente el usuario acepta las condiciones del plan, entre ellas que el precio final del minuto claro a claro es de \$0.13, con lo cual podemos afirmar que desde el mes de octubre de 2013, el **Sr. Zurita ratifica su intención de celebrar el contrato y a partir de dicho momento la contratación del Plan ha sido completamente saneada.**

Q



*Asimismo, y con el único interés de aliviar los inconvenientes que pudieron haberse producido, el Sr. Zurita, es que a manera de compensación voluntaria, CONECEL acredita una recarga de \$3,00 al usuario, valor que corresponde al consumo de minutos claro a claro que ha realizado el usuario durante los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013 (que pudimos constatar que ha consumido 238 minutos) multiplicados por el \$0.01 por minuto que en principio fue erróneamente informado al usuario.*

*Estas acciones, señores SUPERTEL, demuestran el irrestricto respeto de los derechos de nuestros abonados/clientes-usuarios y en consecuencia el absoluto cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales, legales, reglamentarias de protección al consumidor.*

## **1.2 EL ERROR DE INFORMACIÓN OCURRIDO RESPECTO DEL SR. ZURITA NO SE REPLICÓ CON OTROS USUARIOS**

*Habiendo dejado claro que le precio final del minuto CLARO a CLARO dentro del Plan Ideal 15 Control Libre **siempre fue de \$0.13** y que únicamente respecto de la contratación realizada por el Sr. Zurita se produjo un error operativo en el que incurrió el asesor (comunicación errónea de precio final del minuto CLARO a CLARO a \$0.12), en el mes de mayo de 2014, en respuesta al informe ICT-SDT-2014-034 elaborado por la SUPERTEL, con oficio GR-0965-2014, ingresado en la SUPERTEL con fecha 21 de mayo de 2014, realizamos las siguientes aclaraciones y demostramos la afirmación antedicha:*

*Así cada una de las inquietudes planteadas por SUPERTEL fueron debidamente contestadas y sustentadas, como lo demostramos a continuación: (...)*

## **1.3 DE LA TRANSGRESIÓN (sic) AL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO**

*Habiendo revelado este malentendido, ya que el precio final por minuto de las llamadas CLARO a CLARO dentro del Plan Ideal 15 Control Libre siempre fue de \$0.13 y que únicamente respecto del Sr. Zurita existió un único error operativo al indicar una tarifa incorrecta, por no considerar los impuestos de ley --error que fue saneado por parte de CONECEL y la contratación del servicio fue ratificada por el usuario en su debido momento--, no solo implica que SUPERTEL no tiene ningún indicio de un supuesto cobro en forma distinta a la pactada, sino que esta circunstancia determina una falta de debida motivación de la presente boleta, ya que los hechos (error operativo que desencadenó en la entrega de información incorrecta a **UN** usuario) no se adecúa a la infracción contractual imputada (no se adecúa a la infracción contractual imputada (cobros en forma distinta a la pactada).*

*Producto de la confusión en la que ha incurrido la Dirección Jurídica de la SUPERTEL, se ha cometido una grave injusticia en contra de CONECEL, precisamente una grave violación al Debido Proceso consagrado en la Constitución, en la medida de que se está juzgando una supuesta infracción de naturaleza reglamentaria, en virtud del procedimiento contractual sancionador, lo que significa una transgresión a lo dispuesto en el Art. 76, numeral 3 de la Constitución y también a lo dispuesto en la Cláusula 52.6 del Contrato de Concesión, (...).*

*De esta forma al no constar el incumplimiento a la obligación de entrega de '(...) información veraz, clara, completa, oportuna y adecuada que les permita conocer las características esenciales de los bienes y servicios que ofrece la Sociedad Concesionaria (...)’ constante en la Cláusula 41.2 del Contrato de concesión, como una de las infracciones tipificadas dentro de la Cláusula 52 del Contrato de Concesión, el procedimiento sancionatorio que se debería haber aplicado es justamente el contenido en los Arts. 31 y siguientes de la Ley Especial de Telecomunicaciones, no como lo está haciendo en la presente Boleta Única la cual está sustentada en base al presunto incumplimiento de una obligación contractual, la cual ya ha quedado descartada que pudo haberse configurado.*

*Toda vez que hemos demostrado que le presente procedimiento administrativo de juzgamiento significa un grave atropello al Debido Proceso y en consecuencia se ha violado el derecho constitucional a la Defensa a CONECEL por instruir un procedimiento distinto al*

*correspondiente para la determinación de incumplimientos contractuales no previstos como infracciones dentro del mismo contrato, lo menos que debería hacer la SUPERTEL, a fin de precautelar los derechos constitucionales de nuestra representada, es declarar la nulidad de oficio de la Boleta Única y dejar insubsistente el presente procedimiento administrativo de juzgamiento.*

## **2. SOLICITUD**

*(...) En virtud de que hemos demostrado que el supuesto incumplimiento imputado—cobro de tarifas distintas a las pactadas—nunca se ha configurado, solicitamos se archive el presente procedimiento administrativo de juzgamiento. (...)*

### **2.3.- PRUEBAS**

**Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:**

#### **Prueba de cargo:**

- Informe Técnico No. ICT-DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, que contiene el análisis al reclamo presentado por el Sr. Eduardo Zurita Vaca.

#### **Pruebas de descargo:**

CONECEL en el oficio **GR-0068-2015** presentado el 10 de enero de 2015 con H.T. 00287, mediante el cual contestó a la Boleta Única, posición ratificada en el oficio **GR-0233-2015** presentado el 3 de febrero de 2015 con H.T. 01240, presentó como prueba de su parte los siguientes documentos:

- Grabación de la llamada realizada con fecha 14 de octubre de 2013, a través de la cual se informa al Sr. Zurita el precio final correcto de las llamadas CLARO a CLARO dentro del Plan Ideal 15 Control Libre y en la cual se constata que el Sr. Zurita ratifica, su decisión de permanecer en el Plan.
- Cálculo realizado respecto de los consumos realizados por el Sr. Zurita en el período de agosto a noviembre de 2013, lapso de tiempo en el cual se evidenció la diferencia de un centavo por los minutos CLARO a CLARO consumidos por el usuario.
- Extracto de las facturas de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013 del Sr. Zurita, con las cuales se comprueba los consumos CLARO a CLARO realizado por el usuario dentro de dicho período.
- Correo electrónico con la evidencia de la acreditación de la compensación voluntaria de \$3 al cliente por el período entre agosto y noviembre de 2013.
- Listado de la muestra de usuarios (del 95% de fidelidad) a los cuales se promocionaron el plan Ideal 15 Control Libre, haciendo una clasificación en base a los clientes que migraron efectivamente y los clientes que rechazaron la oferta de CONECEL y el respaldo de las facturas de los meses de septiembre y octubre de los usuarios que fueron migrados al Plan del Sr. Zurita en las que consta el consumo celular de dichos usuarios.

### **2.4.- MOTIVACIÓN**

#### **PRIMERO: ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN A LA BOLETA ÚNICA Y LA AUDIENCIA CELEBRADA EL 21 DE ENERO DE 2015.-**

Con memorando DST-2015-00150 de 27 de enero de 2015, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones realiza el análisis de la contestación presentada por la compañía CONECEL mediante oficio **GR-0068-2015 (H.T. 00287)**, específicamente sobre los argumentos relacionados con el hecho imputado en la Boleta Única, y emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

**“(…) 3. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

**a) Descripción de Hechos (Numeral 1.1)**

En respuesta a la Boleta Única DJT-2014-0210, con oficio GR-0068-2015 de 9 de enero de 2015, ingresado con H.T. 00287 de 10 de enero de 2014; como se indica en el numeral 1.1, CONECEL describe los siguientes hechos:

<b>Hecho indicado por CONECEL</b>	<b>Observaciones</b>
1. El 12 de agosto de 2013, a través de nuestro canal de Contact Center, el Sr. Zurita contrata el servicio correspondiente al Plan Ideal 15 Control Libre, llamada en la cual por un error operativo en el que incurre el asesor que realiza la venta, se informa incorrectamente que la tarifa por minuto CLARO a CLARO es de \$0.12 incluido impuestos.	La operadora acepta y reconoce que se le indicó al Señor Zurita una tarifa final de \$0.12; <b>tarifa con la cual el abonado pacta el servicio el 12 de agosto de 2013.</b>
2. Con fecha 15 de agosto de 2013, el Sr. Zurita recibe un SMS en el que se indica de forma errónea que el precio final por minuto CLARO a CLARO es de \$0.12.	Mediante un SMS enviado por la operadora 3 días posteriores a la contratación, se le confirma al usuario (Sr. Zurita) la tarifa final de \$0.12; pactada previamente en la llamada telefónica del 12 de agosto de 2013.
3. Con fecha 24 de agosto de 2013, el Sr. Zurita recibe un SMS en el que se indica la información correcta de las tarifas que aplican al plan contratado, dentro de la cual se informa que el precio final por minuto de CLARO a CLARO es de \$0.13.	Mediante un SMS enviado por la operadora 12 días posteriores a la contratación del servicio, se le indica al usuario que no se aplica a su plan la tarifa final pactada de \$0,12, sino una tarifa final de \$0,13.
4. Habiéndose realizado las revisiones internas pertinentes, se puede detectar que el asesor que realizó la venta del servicio al Sr. Zurita comete un error operativo al omitir que el precio por minuto de CLARO a CLARO es de \$0.13.	No existió una omisión del precio final del minuto de CLARO a CLARO, debido a que <b>al señor Zurita se le indicó claramente que el precio final era de \$0.12.</b>
5. A fin de corregir el error operativo en el que incurrió el asesor que realizó la venta, con fecha 14 de octubre de 2013, nos volvemos a comunicar con el usuario para ofrecerle disculpas por el error incurrido, se brinda la información correcta de su plan y el usuario confirma que no desea el reverso a su servicio prepago. Así también, a fin de aliviar los inconvenientes producidos a nuestro usuario a nivel de compensación se realiza una recarga de \$3,00 a la cuenta del usuario, misma que cubre los valores consumidos por el cliente entre el mes de Agosto y Noviembre del año 2013, por la diferencia del centavo no considerado al momento de contratar el servicio a través del Call Center.	<b>Dos meses después de la contratación del servicio;</b> y una vez que el usuario ingreso su reclamo a la SUPERTEL, la operadora pregunta al usuario si desea contratar el plan IDEAL 15 con una tarifa final de \$0,13 el minuto de CLARO a CLARO. Es decir se finiquita una nueva contratación con <b>condiciones claras.</b>

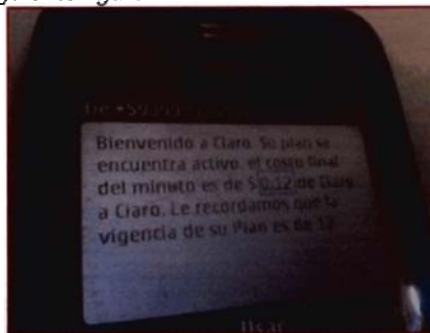
Como se puede observar CONECEL, no solo le indica al usuario la tarifa final de \$0,12 el minuto de claro a claro al momento de contratación por vía telefónica (12 de agosto de 2013), sino que dos días después, el 15 de agosto de 2013, la operadora confirma esta tarifa final (\$0.12) a través de un SMS.

En lo expuesto en el numeral 1.1, la operadora manifiesta que existió un error al momento de brindar información al usuario, sin embargo, no está considerando que de esta manera (llamada telefónica) es como se contrajo el contrato de servicios con el cliente.

Por lo tanto, CONECEL pactó con el señor ZURITA una tarifa final de \$0,12 el minuto de claro a claro en la llamada realizada por la operadora el 12 de agosto de 2013; sin embargo, los meses de agosto y septiembre de 2013, se le brindó el servicio con una tarifa final de claro a claro de \$0,13; es decir, no se respeta la condiciones inicialmente pactadas.

**b) Supuesto error operativo (Numeral 1.2)**

Como se puede observar en las siguientes imágenes no solo se trata de información errada del asesor de comercial como lo indica CONECEL en la sección 1.2, sino que adicionalmente, al Señor Zurita, le llegó los mensajes de confirmación sobre la tarifa final que se visualizan en la siguiente figura.



El 15 de agosto de 2013 le envían un mensaje confirmando el servicio contratado –  
Reporte de la DIS



El 24 de agosto de 2013, el usuario recibe un sms con información de otras tarifas –  
Reporte de la DIS

La operadora pacta un valor de minuto claro a claro con el usuario, lo cual es ratificado mediante un SMS de bienvenida enviado el 15 de agosto de 2013. Sin embargo, en un segundo SMS enviado el 24 de agosto de 2013, CONECEL notifica al usuario condiciones diferentes a lo acordado; sin explicación alguna.

En lo que respecta a la llamada realizada por CONECEL al señor Zurita, el 14 de octubre de 2013, la aclaración de las tarifas y la confirmación del contrato, acordado con el usuario en esa fecha, viene a convertirse en un segundo pacto y desde aquí viene una nueva contratación del plan Ideal 15.

**c) Informe DST-2014-0095 (Numeral 1.3)**

En referencia a lo mencionado por la operadora en la sección 1.3, cabe indicar que el análisis realizado en el informe DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, a la muestra de 20 grabaciones remitida por la operadora, fue para conocer si se acordó una tarifa diferente a la facturada con algún usuario adicional al Señor Zurita; encontrando que únicamente el

Señor Zurita contrató el servicio con una tarifa de \$0,12 y se le facturó a \$0,13; por lo que a diferencia de lo mencionado por la operadora; dicho informe no presenta inconsistencias; y, claramente indica que el posible incumplimiento por parte de la operadora únicamente sucedió con **un** usuario, motivo de la Boleta Única DJT-2014-0210 de 16 de diciembre de 2014.

Por lo cual, el mismo informe señala lo siguiente:

*“Por lo tanto se puede manifestar que no existe evidencia que a **más usuarios** se les indicó una tarifa final de 12 centavos por minuto para llamadas de Claro a Claro.” (lo resaltado me pertenece)*

Además, la Boleta Única DJT-2014-0210 no hace referencia a un universo de afectados sino al reclamo presentado por Sr. Zurita y lo que concuerda con la recomendación realizada por esta Dirección Nacional en el informe DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014.

**d) Solicitud de la operadora (numeral 1.4)**

Como se puede observar en la sección 1.4 CONECEL, reconoce que existió un error en la contratación realizada por el Sr. Zurita el 12 de Octubre de 2014, pactando con el usuario una tarifa de claro a claro de \$0.12 el minuto.

Además, la operadora tomó medidas correctivas el 14 de octubre de 2013, al comunicarse con el señor Zurita y realizar una confirmación de contratación del Plan Ideal 15 con las tarifas establecidas para dicho plan; lo que constituye una nueva contratación.

**e) Pruebas presentadas por la operadora (numeral 1.5)**

Es preciso señalar que la operadora compensó al usuario acreditándole una recarga de \$3 equivalente al consumo de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013. (Figura 1)

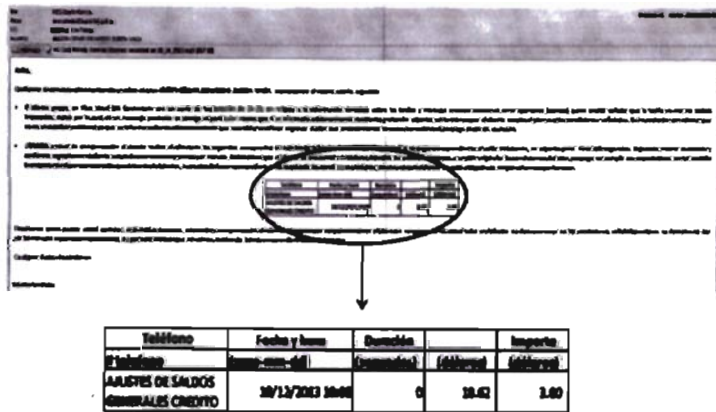


Figura 1: correo electrónico del 28 de enero del 2014

**4. CONCLUSIÓN:**

**En virtud de lo expuesto, desde el punto de vista técnico, esta Dirección Nacional considera que la operadora CONECEL no ha desvirtuado el cometimiento del hecho imputado en la Boleta Única No. DJT-2014-0210 de 16 de Diciembre de 2014”** (énfasis incorporado)

**ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LAS PRUEBAS PRESENTADAS.-**

Con memorando DST-2015-00252 de 13 de febrero de 2015, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones realiza el análisis de las pruebas presentadas por la compañía CONECEL S.A. mediante oficio GR-0233-2015 (H.T. 01240), y emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

"(...) Al respecto, esta Dirección Nacional manifiesta lo siguiente:

### 1. CONTESTACIÓN DE LA OPERADORA

Con oficio GR-0233-2015 de 02 de febrero de 2015, ingresado con H.T. 01240 de 09 de febrero de 2015; la operadora menciona:

#### "I. PRUEBAS

Dentro del presente proceso administrativo de juzgamiento y a fin de ratificar nuestra posición expuesta en la contestación a la Boleta de la referencia, solicitamos que se agreguen al proceso como prueba de nuestra parte, los siguientes documentos:

- Grabación de la llamada realizada con fecha 14 de octubre de 2013, a través de la cual se informa al Sr. Zurita el precio final correcto de las llamadas CLARO a CLARO dentro del Plan Ideal 15 Control Libre y en la cual se constata que el Sr. Zurita ratifica, en forma expresa e indubitable, su decisión de permanecer en el PLAN (la decisión de consumo).
- Cálculo realizado sobre los consumos realizados por el Sr. Zurita en el periodo de agosto a noviembre de 2013, lapso de tiempo en el cual se evidenció la diferencia de un centavo por los minutos CLARO a CLARO consumidos por el usuario.
- Extracto de las facturas de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013 del Sr. Zurita, con las cuales se comprueba los consumos CLARO a CLARO realizado por el usuario dentro de dicho período.
- Correo electrónico con la evidencia de la acreditación de la compensación voluntaria de \$3 al cliente por el período entre agosto y noviembre de 2013.
- Listado de la muestra de usuarios (del 95% de fidelidad) a los cuales se promocionaron el plan ideal 15 Control Libre, haciendo una clasificación en base a los clientes que migraron efectivamente y a los clientes que rechazaron la oferta de CONECEL y el respaldo de las facturas de los meses de septiembre y octubre de los usuarios que fueron migrados al Plan del Sr. Zurita en las que consta el consumo celular de dichos usuarios.

#### II. SOLICITUD

- (...) CONECEL ha reconocido que, si existió un error, éste tuvo lugar sólo en **la calidad de la** información entregada al Sr. Zurita por parte del asesor de venta, puntualmente, acerca del precio de las llamadas CLARO a CLARO (\$0,12). (...)
- De la muestra representativa de contrataciones del Plan Ideal 15 Control Libre, respecto de las cuales se entregó las facturas de los meses de septiembre y octubre de 2013 se demostró que en todos estos casos, el precio final de las llamadas CLARO a CLARO es de \$0,13.
- Dentro del mismo informe técnico en el que se sustenta la boleta, se concluye que "no existe evidencia que a más usuarios se les indicó una tarifa final de 12 centavos por minuto para llamada de Claro a Claro", con lo cual queda comprobado que lo que existió en el presente caso es un error en la calidad de la información proporcionada al usuario

y por lo tanto, la supuesta infracción de cobros en forma distinta a la pactada ya ha quedado desvirtuada.

(...)

- Solicitamos se considere como prueba de nuestra parte el presente escrito probatorio y los documentos adjuntos, (...)."

## **2. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

En base a lo expuesto por la operadora en el oficio GR-0233-2015 de 02 de febrero de 2015 cabe indicar lo siguiente:

### **a) Llamada Telefónica (14 – 10 -2013)**

Respecto a la llamada realizada el 14 de octubre de 2014, por parte de la operadora al señor Zurita; y, remitida como prueba a este Organismo Técnico de Control; fue revisada, verificando que la operadora pregunta al usuario si desea contratar el plan IDEAL 15 con una tarifa final de \$0,13 el minuto de CLARO a CLARO la cual es aceptada por el usuario. Es decir se finiquita una nueva contratación con condiciones claras; porque ya existía una contratación de servicios previa entre CONECEL y el Sr. Zurita realizada el 12 de agosto de 2013.

### **b) Cálculo realizado sobre consumo**

De acuerdo a la evidencia presentada por la operadora el Sr. Zurita realizó un consumo de 238 min 35 seg en el período comprendido de agosto a noviembre de 2013; por lo que a decir de la operadora se compensó al usuario, un segundo por cada minuto facturado:

<b>Mes</b>	<b>Llamadas Claro a Claro</b>
Agosto 2013	8 min 55 seg
Septiembre 2013	29 min
Octubre 2013	100 min 44 seg
Noviembre 2013	99 min 56 seg
<b>Total</b>	<b>238 min 35 seg</b>

### **c) Extracto de las facturas desde agosto a noviembre de 2013**

Al respecto, la operadora no remite las facturas del Sr. Zurita del período comprendido de agosto de 2013 a noviembre de 2013; lo que envía es una muestra de facturas de otros usuarios; por lo que cabe señalar, que el presente proceso no hace referencia a un universo de afectados sino al reclamo presentado por Sr. Zurita. Por lo que a diferencia de lo indicado por la operadora, no se puede comprobar los consumos del período de agosto a noviembre de 2013 en dichas facturas; sin embargo, dichos consumos se encuentran en el cálculo realizado y remitido por CONECEL sobre los consumos (literal b).

### **d) Correo electrónico**

*a*

Es preciso señalar que en el correo electrónico de 28 de enero de 2014, la operadora remite pruebas de la compensación acreditada al usuario con una recarga de \$3 equivalente al consumo de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013. (Figura 1)

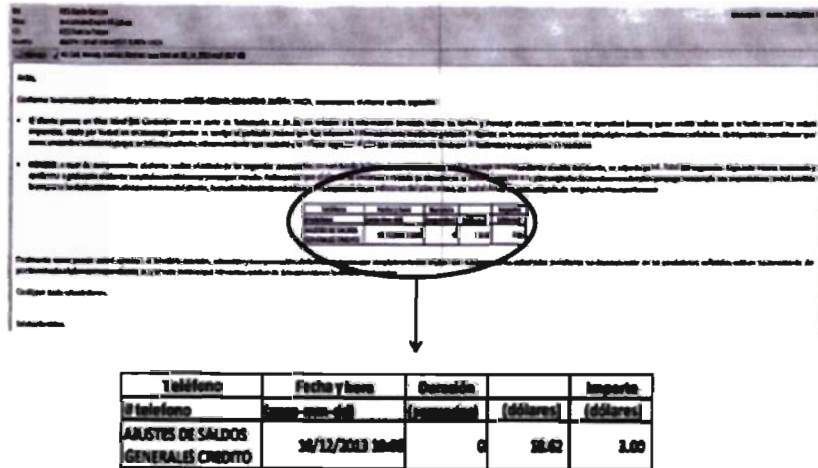


Figura 1: correo electrónico del 28 de enero del 2014

e) **Listado de usuarios a los que se les promocionó el Plan**

En referencia a lo mencionado por la operadora respecto al listado de usuarios, cabe indicar que ya se analizó el mencionado listado en el informe DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014. Además, la Boleta Única DJT-2014-0210 no hace referencia a un universo de afectados sino al reclamo presentado por Sr. Zurita y lo que concuerda con la recomendación realizada por esta Dirección Nacional en el informe DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014.

El informe DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014 se señala que únicamente el Señor Zurita contrató el servicio con una tarifa de \$0,12 y se le facturó a \$0,13; por lo tanto, se ofertó y brindó un servicio a un único usuario (Sr. Zurita), en forma distinta a la pactada.

Adicionalmente, en oficio GR-0233-2015 de 02 de febrero de 2015, CONECEL manifiesta que existió un error al momento de brindar información al usuario en la llamada telefónica realizada el 12 de agosto de 2013; sin embargo, no está considerando que de esta manera (llamada telefónica) es como se contrajo el contrato de servicios con el cliente.

Por lo expuesto, es preciso señalar la operadora no solo le indica al usuario la tarifa final de \$0,12 el minuto de claro a claro al momento de contratación vía telefónica (12 de agosto de 2013), sino que dos días después, el 15 de agosto de 2013, la operadora confirma esta tarifa final (\$0.12) a través de un SMS, como consta en el análisis realizado en el informe ITC-DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014.

**4. CONCLUSIÓN:**

**En base a los argumentos y pruebas expuestas por la operadora, es criterio de la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que no existen elementos técnicos diferentes a los originalmente planteados por la CONECEL, por lo tanto, la operadora técnicamente no ha desvirtuado el cometimiento del hecho imputado en la Boleta Única No. DJT-2014-0210 de 16 de Diciembre de 2014.** (énfasis incorporado)

**ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ALEGATOS PRESENTADOS.-**

Con memorando DST-2015-00253 de 13 de febrero de 2015, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones realiza el análisis de los alegatos presentados por la



compañía CONECEL S.A. mediante oficio **GR-0255-2014** (sic) (H.T. 01401), y emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

*“En referencia a la providencia de 10 de febrero de 2015, comunicada con memorando SGN-2015-00217 de 10 de febrero de 2015, mediante la cual el Secretario General de este Organismo Técnico de Control, en el numeral tercero, dispone que esta Dirección Nacional en el término de 3 días contados a partir de la fecha de notificación de la providencia, emita criterio técnico respecto de los argumentos esgrimidos por la expedientada.*

Al respecto, esta Dirección Nacional manifiesta lo siguiente:

## 1. CONTESTACIÓN DE LA OPERADORA

Con oficio GR-0255-2014 de 9 de febrero de 2015, ingresado con H.T. 01401 de la misma fecha; la operadora menciona:

### ***“I. DE LA PRESUNTA INFRACCIÓN IMPUTADA***

*(...)*

*La supuesta infracción imputada a CONECEL es, a criterio de la SUPERTEL, que “El momento de ofrecer el plan IDEAL 15, la operadora pactó con el Señor César Zurita un costo por minuto de Claro a Claro de 12 centavos incluido IVA, lo cual es ratificado en un SMS de bienvenida al usuario, el 12 de Agosto de 2013. Sin embargo, en un segundo mensaje enviado el 24 de agosto de 2013, CONECEL notifica al usuario condiciones diferentes a las pactadas indicando que la tarifa de servicio es de 13 centavos incluido IVA, tarifa que es constatada en las facturas emitidas al usuario”.*

### **II. ANTECEDENTES FÁCTICOS**

*(...)*

*Así al momento de realizar la contratación del servicio por parte del Sr. Zurita, el pasado 12 de agosto de 2013, existió un error operativo en el que incurre el asesor que realiza la venta, **informando incorrectamente** que la tarifa por minuto CLARO a CLARO es de \$0,12 incluido impuestos, cuando la tarifa correcta de llamadas CLARO a CLARO dentro del plan contratado es de \$0,12 más impuestos, lo que da un total de \$0,13.*

*Si bien puede resultar complicado verificar que existió una entrega de información incorrecta por parte del asesor, nuestra posición se vuelve más sólida por el hecho de que con fecha 24 de agosto de 2013, dentro del SMS que se envía mensualmente a todos nuestros usuarios informando las tarifas que tienen contratadas, es que justamente se brinda la información correcta de las tarifas aplicables dentro del plan contratado por el Sr. Zurita, esto es que el precio final de la tarifa por minuto CLARO a CLARO siempre fue de \$0,13.*

*Como es de su conocimiento, a partir del envío de este segundo SMS, es que el Sr. Zurita interpone un reclamo a través de SUPERTEL, y en ese momento la operadora después de realizar las revisiones internas pertinentes, puede detectar el error en el que incurrió el asesor que realizó la venta del servicio al Sr. Zurita. Como es natural, a fin de corregir el error operativo en el que incurrió el asesor que realizó la venta del servicio al Sr. Zurita. Como es natural, a fin de corregir el error operativo en el que incurrió el asesor que realizó la venta, con fecha 14 de octubre de 2013, nos volvemos a comunicar con el usuario para ofrecerle disculpas por el error incurrido, se brinda la información correcta de su plan y el usuario confirma que no desea el reverso a su servicio prepago, es decir **ratifica la contratación** del plan con pleno conocimiento de las tarifas correctas que se aplican.*

*Así también, a fin de aliviar los inconvenientes producidos a nuestro usuario, a nivel de compensación voluntaria realizamos una recarga de \$3,00 a la cuenta del usuario, misma que cubre los valores consumidos por el cliente en minutos CLARO a CLARO dentro del periodo del mes de Agosto a Noviembre del año 2013, por la diferencia del centavo no considerado por el usuario al momento de contratar el servicio a través del Call Center.*



### **III. DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO, LA RATIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN Y LA COMPENSACIÓN VOLUNTARIA**

(...)

Así, tal como ya lo expusimos dentro de la contestación de la boleta única, estamos convencidos de que, el error operativo en el que incurrió el asesor comercial, al brindar una información errada al usuario, afectó la voluntad de éste en contratar el servicio, lo que significa, que en el consentimiento (elemento primordial de validez de todo contrato) se ha visto viciado.

(...)

Sin embargo, al detectar este error y a fin de **sanear la contratación del servicio** con el Sr. Zurita, previo el inicio de alguna contienda civil, nos contactamos nuevamente con el usuario, explicamos el error incurrido (...).

### **IV. DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES**

Aun cuando se ha demostrado que el precio final del minuto CLARO A CLARO DENTRO DEL Plan Ideal 15 Control Libre siempre fue de \$0,13 y que únicamente respecto de la contratación realizada por el Sr. Zurita se produjo un error operativo en la comunicación de la tarifa incorrecta aplicable a las llamadas CLARO a CLARO y en consecuencia se prueba la inexistencia de la infracción imputada. En caso de que SUPERTEL insista en la imposición de una sanción en contra de nuestra representada, la misma deberá graduarse en base al principio de proporcionalidad velando que la misma no se convierta en una carga desmesurada para la operadora, considerando lo establecido en la Cláusula 56.1 del Contrato de Concesión, en el cual se establece que serán consideradas circunstancias atenuantes (...)

**Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción.-** Esta circunstancia atenuante se vería configurada toda vez que al momento de identificar que existió un error en la entrega de información al usuario (producto del reclamo interpuesto), nos comunicamos inmediatamente con el usuario para hacerle conocer la entrega de información incorrecta y dejando libre su derecho para que pueda rescindir la contratación, o ratificar la misma. En el presente caso, se ha demostrado con la entrega de la grabación de la llamada mantenida con el usuario, que el usuario de forma clara e inequívoca ha aceptado y ratificado su decisión de continuar con el servicio correspondiente al Plan Ideal 15 Control Libre. Así también, como CONECEL realizamos continuos reforzamientos y capacitaciones a nuestros asesores comerciales a fin de que proporcionen toda la información necesaria para formar la decisión de consumo de los usuarios y por lo tanto se eviten ese tipo de inconvenientes.

**Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción.-** Por otro lado, de forma completamente voluntaria, la operadora procedió a realizar un cálculo de los minutos CLARO a CLARO consumidos por el usuario desde que contrató el Plan Ideal 15 Control Libre, hasta el momento en que ratificó la contratación del servicio con el precio final de \$0,13 el minuto, identificándose que el usuario ha consumido 238 minutos CLARO a CLARO y por lo tanto acreditando a su cuenta una recarga de \$3,00 por los posibles inconvenientes que pudieron haberse presentado al desconocer el valor final de la tarifa aplicable.

### **V. PRETENSIÓN**

No es procedente que se pretenda sancionar a CONECEL por supuestos cobros en forma distinta a la pactada respecto del Plan Ideal 15 Control Libre contratado por el Sr. Zurita ya que hemos comprobado que lo que sucedió respecto de dicha contratación puntual, fue que existió un error en la contratación originada por la entrega de información incompleta al usuario.

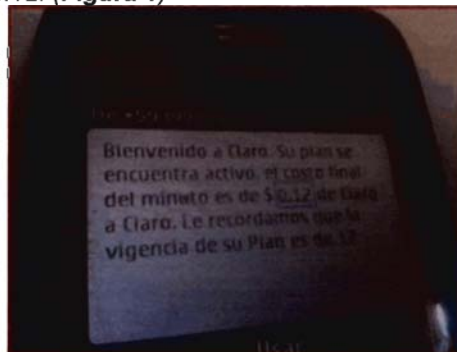
Así también es importante tener en cuenta que con la entrega de todo el material probatorio solicitado por SUPERTEL respecto de las diferentes contrataciones del Plan Ideal 15 Control Libre por parte de otros usuarios (en la época en la que se dio contratación realizada por el Sr. Zurita), la misma SUPERTEL ha concluido que "(...) **no existe evidencia que a más usuarios se les indicó una tarifa final de 12 centavos por minuto para llamada de Claro a Claro**", con lo cual resulta inconfundible que el supuesto de cobros en forma distinta a la pactada nunca se originó.

## 2. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

### a) Antecedentes Fácticos

Al respecto, cabe señalar que CONECEL acepta y reconoce que el momento de la contratación se le indicó al Señor Zurita una tarifa final de \$0.12; **tarifa con la cual el abonado pacta el servicio el 12 de agosto de 2013.**

Lo que CONECEL no menciona, es que no solo se trata de supuesta información errada del asesor comercial el momento de la contratación, sino que adicionalmente, al Señor Zurita le llegó un SMS enviado por la operadora 3 días posteriores a la contratación, donde se le ratifica al usuario la tarifa final de \$0.12; pactada previamente en la llamada telefónica del 12 de agosto de 2013, lo que vuelve más consistente el hecho de que se contrató el servicio con una tarifa final de \$0.12. (Figura 1)



**Figura 1:** El 15 de agosto de 2013 le envían un mensaje confirmando el servicio contratado – Reporte de la DIS

Como se puede observar CONECEL, no solo le indica al usuario la tarifa final de \$0,12 el minuto de claro a claro al momento de contratación por vía telefónica (12 de agosto de 2013), sino que dos días después, el 15 de agosto de 2013, la operadora confirma esta tarifa final (\$0.12) a través de un SMS.

En lo expuesto, la operadora manifiesta que existió un error al momento de brindar información al usuario; sin embargo, no está considerando que de esta manera (llamada telefónica) es como se contrajo el contrato de servicios con el cliente.

Posteriormente, mediante un SMS enviado por la operadora 12 días posteriores a la contratación del servicio, se le indica al usuario que no se aplica a su plan la tarifa final pactada de \$0,12, sino una tarifa final de \$0,13. (Figura2)



**Figura 2:** El 24 de agosto de 2013, el usuario recibe un sms con información de otras tarifas – Reporte de la DIS

Por lo expuesto, se puede señalar que la operadora pacta un valor de minuto claro a claro con el usuario, lo cual es ratificado mediante un SMS de bienvenida enviado el 15 de agosto de 2013. Sin embargo, en un segundo SMS enviado el 24 de agosto de 2013, CONECEL notifica al usuario condiciones diferentes a las acordadas.

Por lo tanto, CONECEL pactó con el señor ZURITA una tarifa final de \$0,12 el minuto de claro a claro en la llamada realizada por la operadora el 12 de agosto de 2013; se le brindó el servicio con una tarifa final de claro a claro de \$0,13; es decir, no se respetó la condiciones inicialmente pactadas.

#### **b) Ratificación de la Contratación**

En lo que respecta a la llamada realizada por CONECEL al señor Zurita, el 14 de octubre de 2013, la aclaración de las tarifas y la propuesta de continuar con el servicio, viene a convertirse en un segundo pacto y desde aquí viene una nueva contratación del plan Ideal 15; debido a que se le explican las tarifas finales que son diferentes a las pactadas en la llamada telefónica del 12 de agosto de 2013.

Es preciso señalar que la mencionada llamada telefónica se realizó **dos meses después de la contratación del servicio**; y una vez que el usuario ingreso su reclamo a la SUPERTEL, finiquitando una nueva contratación (...).

#### **c) Circunstancias Atenuantes**

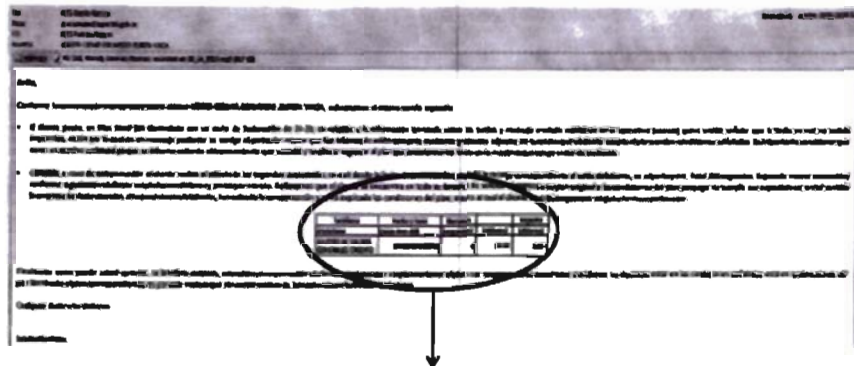
**“Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción”**

Como la operadora lo menciona, el 14 de octubre de 2014, CONECEL tomó medidas correctivas al comunicarse telefónicamente con el señor Zurita indicándole la aclaración de las tarifas y dando la opción de regresar a su plan prepago o aceptar las nuevas condiciones; ante lo cual, el usuario decide aceptar el servicio ofrecido por la operadora; lo que constituye una nueva contratación.

**“Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción”**

Es preciso señalar que la operadora compensó al usuario acreditándole una recarga de \$3 equivalente al consumo de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013. (Figura 3)

g



Telefono	Fecha y hora	Dirección	Importe
El teléfono	(año-mes-día)	Comunidad	(Céntimos)
ANULISTE DE SALDOS GENERALES (CREDITO)	28/12/2013 10:40	0	1.00

Figura 3: correo electrónico del 28 de enero del 2014

**d) Supuesto error en la contratación**

En el oficio GR-0255-2014 de 9 de febrero de 2015, la operadora manifiesta lo siguiente:

“No es procedente que se pretenda sancionar a CONECEL por supuestos cobros en forma distinta a la pactada respecto del Plan Ideal 15 Control Libre contratado por el Sr. Zurita ya que hemos comprobado que lo que sucedió respecto de dicha contratación puntual, fue que existió un error en la contratación originada por la entrega de información incompleta al usuario.

Así también es importante tener en cuenta que con la entrega de todo el material probatorio solicitado por SUPERTEL respecto de las diferentes contrataciones del Plan Ideal 15 Control Libre por parte de otros usuarios (en la época en la que se dio contratación realizada por el Sr. Zurita), la misma SUPERTEL ha concluido que “(...) **no existe evidencia que a más usuarios se les indicó una tarifa final de 12 centavos por minuto para llamada de Claro a Claro**”, con lo cual resulta inconfundible que el supuesto de cobros en forma distinta a la pactada nunca se originó.”

En base a lo anterior, me permito indicar que **no existió una omisión** del precio final del minuto de CLARO a CLARO, debido a que **al señor Zurita se le indicó claramente que el precio final era de \$0.12**, tarifa que fue ratificada en un SMS del 15 de agosto de 2013.

En referencia a lo mencionado por la operadora respecto a las diferentes contrataciones del Plan Ideal 15, cabe indicar que el análisis realizado en el informe DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, a la muestra de 20 grabaciones remitida por la operadora, fue para conocer si se acordó una tarifa diferente a la facturada con algún usuario adicional al Señor Zurita; encontrando que únicamente el Señor Zurita contrató el servicio con una tarifa de \$0,12 y se le facturó a \$0,13; es decir que se ofertó y se brindó el servicio en forma distinta a la pactada a un único usuario.

Por lo cual, el mismo informe señala lo siguiente:

“Por lo tanto se puede manifestar que no existe evidencia que **a más usuarios** se les indicó una tarifa final de 12 centavos por minuto para llamadas de Claro a Claro.” (lo resaltado me pertenece)

Además, la Boleta Única DJT-2014-0210 no hace referencia a un universo de afectados sino al reclamo presentado por Sr. Zurita y lo que concuerda con la recomendación realizada por esta Dirección Nacional en el informe DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014.

#### 4. CONCLUSIÓN:

**En base a los argumentos expuestos por la operadora, es criterio de la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que no existen elementos técnicos diferentes a los originalmente planteados por la CONECEL, por lo tanto, la operadora técnicamente no ha desvirtuado el cometimiento del hecho imputado en la Boleta Única No. DJT-2014-0210 de 16 de Diciembre de 2014**". (énfasis incorporado)

#### **SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA OPERADORA.-**

En relación a lo manifestado por la compañía CONECEL S.A., y con base en el análisis técnico contenido en los memorandos DST-2015-00150; DST-2015-00252; y DST-2015-00253, de 27 de enero y 13 de febrero de 2015, respectivamente; la Dirección Nacional Jurídica de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en **Informe Jurídico IJ-DJT-C-2015-001 de 25 de febrero de 2015** realiza el siguiente análisis:

*"La compañía CONECEL S.A. ha recibido el 17 de diciembre de 2014, la notificación<sup>1</sup> con el contenido de la Boleta Única DJT-2014-0210 de 16 de diciembre de 2014, con la cual se inició este procedimiento contractual sancionador, según certificación constante en memorando SGN-2014-01808 de 20 de diciembre de 2014, suscrito por el Secretario General de la ex - Superintendencia; y, la compañía CONECEL S.A., a través del Oficio No. **GR-0068-2015**, recibido en la oficina matriz de la ex - Superintendencia el 10 de enero de 2015, con hoja de trámite No. 00287, contestó a la Boleta Única DJT-2014-0210, dentro del término contractual de quince (15) días concedido para el efecto, así como ha presentado las pruebas de descargo y los alegatos correspondientes, por lo que se desprende que en la sustanciación del procedimiento contractual se ha procedido en observancia de los derechos constitucionalmente protegidos, particularmente del debido proceso y del derecho a la defensa de la expedientada.*

*Los argumentos jurídicos en función de los cuales CONECEL S.A. sustenta su defensa, se refieren principalmente a lo siguiente:*

- a) *NULIDAD RELATIVA DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO REALIZADA CON FECHA 12 DE AGOSTO DE 2013 POR PARTE DEL SR. ZURITA Y LA RATIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PRODUCIDA EN OCTUBRE DE 2013; y,*
- b) *TRANSGRESIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO.*

*Analicemos los referidos argumentos:*

- a) **NULIDAD RELATIVA DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO REALIZADA CON FECHA 12 DE AGOSTO DE 2013 POR PARTE DEL SR. ZURITA Y LA RATIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PRODUCIDA EN OCTUBRE DE 2013.-**

*La Operadora argumenta que en el presente caso existió un error operativo por parte del asesor comercial, quien brindó una información errada al usuario, y por lo tanto, infiere que dicha circunstancia pudo haber afectado la voluntad del usuario en contratar el servicio, lo que significa que se ha viciado el consentimiento; y, reconoce la nulidad relativa de la contratación del servicio realizada por el Sr.*

<sup>1</sup> MARCO MORALES TOBAR. Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, 2010, pág. 195. "(...) la notificación constituye el requerimiento fundamental para conseguir la eficacia del acto administrativo (...) En definitiva, la notificación consiste en someter al conocimiento del administrado, las decisiones emanadas de autoridad pública (...) En relación al alcance doctrinario de la notificación, la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador ha realizado las siguientes precisiones: Notificación es el acto mediante el cual se comunica de una manera auténtica a una persona determinada o a un grupo de personas la resolución judicial o administrativa de una autoridad, con todas las formalidades preceptuadas por la ley (...) ". (negrilla y subrayado fuera del texto original)

Zurita por una distracción del asesor que configura un error humano; pero que desde el mes de octubre de 2013, el Sr. Zurita ratifica su intención de celebrar el contrato y a partir de dicho momento la contratación del Plan ha sido completamente saneada.

La Operadora reconoce expresamente su conformidad con el análisis jurídico realizado previo a emitir la Boleta Única, en el sentido que aunque el señor Zurita no haya suscrito un contrato escrito con la Operadora, al haber existido una oferta (por parte del asesor comercial de CONECEL) y una aceptación (por parte del señor Zurita) **existió una contratación**, pero la Operadora alega que las circunstancias de la contratación afectaron el concurso de voluntades y por tanto la validez de dicha contratación; lo cual, es incomprensible si se considera que según la propia Operadora el usuario recién aceptó las condiciones del plan en el mes de octubre de 2013, entonces ¿cómo explica CONECEL los cobros efectuados durante los meses de agosto y septiembre de 2013, sin contar con el respaldo de una contratación legalmente celebrada?; más aún, alega en su favor la existencia de circunstancias atenuantes como haber adoptado medidas de remediación y compensación frente al incumplimiento, y haber adoptado medidas compensatorias a favor del usuario. Por lo tanto, es evidente que la existencia del contrato no está en duda, sin embargo es improcedente analizar dentro de este procedimiento la validez o no de dicho contrato ya que se alega vicios en la voluntad de una de las partes, elementos propios del ámbito civil, pero no del procedimiento contractual sancionador. En consecuencia, lo dicho por CONECEL S.A. no puede ser analizado ni considerado al momento de resolver este procedimiento.

Por otra parte, no se trata simplemente de que la supuesta existencia de un error por parte del asesor comercial haya sido de buena o mala fe, o que no haya tenido la intención de inducir a error al usuario, y peor aún que dicho error constituya una simple "distracción" del asesor que configuraría la existencia de un error humano, tal como afirma la Operadora; debiendo aclararse que el hecho imputado en el presente procedimiento contractual no fue que la Operadora haya proporcionado información incorrecta al usuario, sino por el cobro de tarifas en forma distinta a la pactada; por lo que este argumento se considera impertinente.

El criterio técnico expresado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ex - Superintendencia en el Memorando DST-2015-00253 sostuvo: "**b) Ratificación de la Contratación.**- En lo que respecta a la llamada realizada por CONECEL al señor Zurita, el 14 de octubre de 2013, la aclaración de las tarifas y la propuesta de continuar con el servicio, viene a convertirse en un segundo pacto y desde aquí viene una nueva contratación del plan Ideal 15; debido a que se le explican las tarifas finales que son diferentes a las pactadas en la llamada telefónica del 12 de agosto de 2013.- Es preciso señalar que la mencionada llamada telefónica se realizó **dos meses después de la contratación del servicio**; y una vez que el usuario ingreso su reclamo a la SUPERTEL".

Adicionalmente, al tratarse de un procedimiento contractual sancionador, es obligación de la autoridad de control observar lo dispuesto en la **CLAUSULA CINCUENTA Y SIETE.- Procedimiento para la determinación de incumplimientos contractuales e imposición de sanciones** del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado otorgado a favor de CONECEL S.A., en el sentido que la Resolución que emita la SUPTEL respecto de los incumplimientos contractuales deberá ceñirse a lo establecido en el presente Contrato; y, la supuesta existencia de un error por parte del asesor comercial no se encuentra prevista en el Contrato de Concesión ni como atenuante y peor aún como eximente de la responsabilidad de la Operadora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales; por el contrario, la cláusula 27, número 27.3 del citado Contrato de Concesión estipula claramente que: "**En cualquier caso, la Sociedad Concesionaria siempre será la responsable ante los Usuarios y ante los organismos de control, regulación y administración por la prestación de los Servicios Concesionados en los términos definidos en el presente Contrato y la Legislación Aplicable**", disposición que no hace excepciones en caso de error de los funcionarios de las Operadoras.

La Operadora realiza un singular análisis respecto de la "teoría de formación del consentimiento en el derecho civil", pretendiendo demostrar la existencia de un error en la contratación que viciaría de nulidad relativa a la misma, ante lo cual la administración sostiene que dicha nulidad debía ser planteada por el usuario y la misma ser declarada por el juez competente, tal como ha sido reconocido expresamente por la Operadora en su oficio de alegatos.

*Es importante destacar que el objeto del procedimiento contractual sancionador es determinar si CONECEL S.A. observó o no su obligación prevista en la cláusula 12.28 del Contrato de Concesión; a lo largo de este expediente no se discute la validez del contrato efectuado con el usuario, tal como pretende la Operadora. El control que se realiza a través de este procedimiento procura garantizar el servicio público de telecomunicaciones y la observancia del derecho de los usuarios.*

*Finalmente, se recalca una vez más que las Operadoras de un servicio público deben ser diligentes así lo exige la Constitución de la República del Ecuador cuando entre los principios y características de dichos servicios incluye la calidad, **eficiencia** y regularidad (sometimiento a la normativa), observando cautelosamente las situaciones que pudieran causar una deficiente prestación del servicio, de tal forma que dependiendo de la naturaleza de dicha prestación se tomen oportunamente todo tipo de precauciones que anulen o minimicen los riesgos que puedan presentarse, erradicando incluso la posibilidad de equivocarse, es decir de cometer **errores**.*

#### **b) TRANSGRESIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO.**

*La Operadora insiste nuevamente en la existencia de un error operativo por parte del asesor comercial y que la SUPERTEL no tiene ningún indicio de un supuesto cobro en forma distinta a la pactada, circunstancia que determinaría UNA FALTA DE DEBIDA MOTIVACIÓN DE LA BOLETA ya que el hecho (error operativo que desencadenó en la entrega de información incorrecta a **UN** usuario) no se adecúa a la infracción contractual imputada (cobro en forma distinta a la pactada). Adicionalmente la Operadora se permite afirmar que la Dirección Jurídica de la SUPERTEL ha incurrido en una "confusión" y que ha cometido una grave injusticia en contra de CONECEL violando el debido proceso, al juzgar una infracción de naturaleza reglamentaria, en virtud del procedimiento contractual sancionador, transgrediendo lo dispuesto en el Art. 76 número 3 de la Constitución y la Cláusula 52.6 del Contrato de Concesión, que prevé que los incumplimientos contractuales que no estén previstos en esta cláusula se sancionarán de conformidad con la Legislación Aplicable.*

*De acuerdo con lo señalado en el Informe Técnico No. ICT-DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, el hecho imputado a la Operadora CONECEL es que al momento de ofrecer el plan IDEAL 15, la Operadora pactó con el señor César Zurita un costo por minuto de Claro a Claro de 12 centavos incluido IVA, lo cual es ratificado en un SMS de bienvenida enviado al usuario, el 12 de agosto de 2013. Sin embargo en un segundo mensaje, enviado el 24 de agosto de 2013, CONECEL notifica unilateralmente al usuario condiciones diferentes a las pactadas indicando que la tarifa del servicio es de 13 centavos incluido IVA, tarifa que es constatada en las facturas emitidas al usuario.*

*En los oficios de contestación a la Boleta Única, de pruebas y de alegatos así como en la audiencia celebrada el 21 de enero de 2015, CONECEL S.A. con relación a los fundamentos de hecho de la Boleta Única, sostuvo como argumento principal la existencia de un error humano y que el órgano de control no tiene ningún indicio de un supuesto cobro en forma distinta a la pactada; los cuales, han sido rebatidos de manera extensa y detallada en los criterios técnicos contenidos en memorandos DST-2015-00150; DST-2015-00252; y, DST-2015-00253 de 27 de enero y 13 de febrero de 2015, en los cuales, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones concluyó que la Operadora técnicamente no ha desvirtuado la comisión del hecho imputado en la Boleta Única No. DJT-2014-0210 de 16 de Diciembre de 2014; confirmando técnicamente la existencia de los antecedentes y fundamentos de hecho que dieron origen al procedimiento contractual sancionador.*

*La ex - Superintendencia de Telecomunicaciones efectuó las acciones de control técnico sobre el ANÁLISIS DEL RECLAMO PRESENTADO POR EL SR. EDUARDO ZURITA VACA, citando entre los antecedentes del Informe Técnico ICT-DST-2014-0095, como la norma cuyo control se reporta, a la obligación de la Operadora de prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos; contenida en la Cláusula Doce, número Doce punto Veintiocho del Contrato de Concesión, acciones de control realizadas en ejercicio de sus atribuciones determinadas en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 35 letras c) y d) de la Ley Especial de Telecomunicaciones vigentes y aplicables a la fecha de iniciación de la instrucción del presente procedimiento, así como en el propio Contrato de Concesión. El control que compete al Estado respecto del servicio público de telecomunicaciones es especializado y tiene el fin de hacer cumplir*

9



tanto los derechos de los usuarios, como las obligaciones impuestas a las Operadoras en los contratos de concesión y en el ordenamiento jurídico vigente.

La Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones con sustento en la circunstancia fáctica o hecho reportado a través del Memorando DST-2014-02843 de 27 de octubre de 2014, a través del cual se remitió el Informe de Control Tarifario ICT-DST-2014-095 de 17 de octubre de 2014, analizó prolijamente los aspectos jurídicos referentes a: antecedentes, fundamentos de hecho, consideraciones jurídicas (competencia, fundamentos de derecho, presunta infracción, sanción y trámite del procedimiento), análisis y conclusión; y, a fin de que la Operadora ejerza plenamente su derecho a la defensa, copias de ambos informes: técnico y jurídico fueron remitidos como anexos a la Boleta Única, resulta entonces errado afirmar que existió una confusión por parte de la Dirección Nacional Jurídica de la SUPERTEL.

La Constitución de la República del Ecuador consagra entre los derechos de protección el debido proceso, describiendo taxativamente en su Art. 76 las garantías básicas que deben observarse en los procesos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, así: "7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá tal 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. (...)."

La Operadora afirma que existe una supuesta "**motivación indebida de la Boleta Única DJT-2014-0210**". La Boleta Única describe el hecho imputado de manera clara, concreta, y determinada, así como la norma que se controla y el posible incumplimiento o infracción en la que podría incurrir. La Operadora en la instrucción del procedimiento ha presentado argumentos, pruebas y alegatos los cuales se recogen y analizan en los criterios técnicos y en el presente análisis. Cabe aclarar que la Boleta Única no es una resolución ni constituye un acto administrativo, puesto que no es una declaración unilateral que produzca efectos jurídicos de orden particular, concreto e individual de manera directa, como así es la presente resolución y más bien se debe concebir a la Boleta Única como medio, aviso o anuncio para poner en conocimiento del "inculpado", la iniciación del procedimiento sancionador, dentro del cual, y en aplicación de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso, consagradas en la Constitución de República del Ecuador, tiene derecho a la defensa, a ser oído, a presentar justificativos, a ofrecer y producir pruebas, y sobre todo, comprende el derecho y garantía a obtener de los órganos del poder público decisiones motivadas y ajustadas a los hechos y al derecho, como efectivamente se han respetado en este caso.

Este procedimiento se inició para determinar un incumplimiento contractual, que se encuentra previsto expresamente en el Contrato de Concesión. Además la administración emitió la Boleta Única debidamente sustentada (no motivada) ya que en ella se relaciona un hecho<sup>2</sup> determinado con la normativa aplicable, el cual consiste en el cobro por parte de la compañía CONECEL S.A. de una tarifa en forma distinta a la pactada con el usuario Eduardo Zurita, lo cual, constituía un posible incumplimiento a la obligación prevista en la Cláusula DOCE, números Doce punto Veintiocho (12.28) del Contrato de Concesión, por lo que de verificarse este hecho la Operadora pudiera haber incurrido en un incumplimiento de Segunda Clase estipulado en la Cláusula CINCUENTA Y DOS, número Cincuenta y dos punto dos (52.2), letra j) del mismo instrumento legal, al cual le correspondería una multa de hasta 500 SBMUs, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula CINCUENTA Y CINCO, número Cincuenta y Cinco punto dos del citado Contrato de Concesión; siendo totalmente improcedente la pretensión de la Operadora en el sentido de dictaminar cual es la calificación jurídica que debió realizar la administración sobre el hecho reportado, y que éste debió ser considerado como un incumplimiento relacionado con la entrega de información que no se encontraría previsto como infracción en el contrato y que por lo tanto, a criterio de la Operadora, debía ser sancionado de conformidad con la legislación aplicable.

<sup>2</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF. Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Segunda Edición, pág 204. "(...) 'Hecho Jurídico' es, por lo tanto, cualquier evento al que el derecho le asigna una consecuencia jurídica."

Por lo expuesto y como consta en el análisis contenido en el punto 1.4 Procedimiento de esta resolución, se determina que durante la sustanciación de este expediente no existe elemento alguno que pueda considerarse como violación al debido proceso; lo cual demuestra que lo argumentado por la Operadora es improcedente.

- **OFICIO GR-0292-2015**

Con relación al Oficio **GR-0292-2015** presentado por la señora Rosa Nakagawa en calidad de Apoderada Especial de la compañía CONECEL S.A. en la oficina matriz de la ex Superintendencia de Telecomunicaciones el 13 de febrero de 2015, a las 16h01 con Hoja de Trámite No. **01650**, en el cual solicita ser recibidos ante el Despacho del ex - Superintendente a fin de expresar sus argumentos de hecho y derecho, con el objeto de demostrar que el supuesto incumplimiento nunca se configuró, y también solicitó se oficie a la Defensoría del Pueblo y al Departamento de Reclamos de la SUPERTEL para que indiquen cuantos reclamos han recibido respecto de supuestos cobros en forma distinta al pactada en el Plan Ideal 15 Control Libre durante el mes de agosto de 2013; se debe indicar que el mismo no pudo ser despachado ni atendido favorablemente en razón de la **inoportunidad de su presentación**, ya que el 13 de febrero de 2015 fue el último día de labores de la ex-Superintendencia de Telecomunicaciones, debido a que en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 1162 de 03 de mayo de 2012, el lunes 16 y martes 17 de febrero de 2015, se suspendieron las jornadas de trabajo para todos los servidores públicos, en virtud del feriado de carnaval; y, el miércoles 18 de febrero de 2015 se suprimió la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante la promulgación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439. En el expediente consta que la Operadora ejerció plenamente su derecho a la defensa durante todas las etapas del procedimiento contractual sancionador.

- **PROPORCIONALIDAD**

En relación al pedido efectuado por la Operadora CONECEL S.A. en el oficio de Alegatos **GR-0255-2014**, **“... en caso de que SUPERTEL insista en la imposición de una sanción en contra de nuestra representada, la misma deberá graduarse en base al principio de proporcionalidad velando que la misma no se convierta en una carga desmesurada para la operadora, considerando lo establecido en la Cláusula 56.1 del Contrato de Concesión, en el cual se establece que serán consideradas circunstancias atenuantes “c) Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción; y d) Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al incumplimiento previo a la imposición de la sanción”;** se menciona que el Contrato de Concesión suscrito en forma libre y voluntaria por CONECEL S.A. estipula los incumplimientos contractuales y su respectiva sanción. La Cláusula 55.2. determina que para los incumplimientos de segunda clase el monto de la sanción será de hasta 500 SBU, por lo que los parámetros del principio de proporcionalidad fueron conocidos y aceptados por la Operadora; y de ser el caso, su graduación se realizará sobre la base de parámetros señalados para ese fin en el contrato y en observancia de las obligaciones, derechos y garantías constitucionales de los involucrados; como consta en la Cláusula Cincuenta y Seis, número Cincuenta y Seis punto Uno que establece que: **para determinar el monto de la sanción cuando éste no se encuentre especificado, se considerarán las circunstancias atenuantes y agravantes, cuyo análisis se realizará más adelante.**

- **PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO**

En cuestión de pruebas tanto la legislación en materia penal, laboral, administrativa, etc.; así como la jurisprudencia, se remiten a lo previsto en el ámbito civil<sup>3</sup>; además, el artículo 118 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, dispone que se admitirán los medios de prueba establecidos en la ley común”. Normas que son observadas en la sustanciación de los procedimientos sancionadores que realiza este Organismo Técnico de Control, lo cual se ha reflejado en su Instructivo,

<sup>3</sup> Se adoptan como normas supletorias las del Código Civil y Código de Procedimiento Civil, o se remite concretamente a los artículos relacionados con la prueba: El Art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: “En todo lo no previsto en esta ley se aplicarán, en cuanto fueren pertinentes, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.”

en la Disposición General Primera<sup>4</sup> que hace alusión a las normas supletorias. En este sentido los medios de prueba pueden ser los siguientes: Los tradicionales: **instrumentos públicos** o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial<sup>5</sup> y dictamen de peritos o de intérpretes, por lo que los datos consignados en los Informes Técnicos al ser el producto del análisis y procesamiento de la información relacionada con el hecho imputado, diligencias realizadas por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, a más de evidenciar el carácter especializado de dichos informes, con sustento en lo previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil<sup>6</sup>, se los cataloga como instrumentos públicos, por ende constituyen por sí mismos prueba de cargo aportada por la administración<sup>7</sup>. En orden a los antecedentes expuestos, y con base en los criterios técnicos emitidos por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones en su análisis de las pruebas presentadas dentro del expediente, se establece que la Operadora no aporta descargos que contradigan la existencia del hecho imputado, o que constituyan un eximente de responsabilidad, por lo que se estima que el Informe Técnico No. ICT-DST-2014-0095 de 17 de octubre de 2014, emitido por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que contiene el análisis al reclamo presentado por el señor Eduardo Zurita Vaca, por su carácter especializado GOZA DE FUERZA PROBATORIA, sugiriéndose que se la valore como prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia de la compañía CONECEL S.A.

Agotada la instrucción del procedimiento contractual sancionador previsto en la Cláusula Cincuenta y Siete del Contrato de Concesión, se concluye que CONECEL S.A.:

- Al momento de la contratación (12 de agosto de 2013) pactó con el usuario una tarifa final por minuto de Claro a Claro de \$0.12 incluido IVA dentro del Plan IDEAL 15 Control Libre, tarifa que fue ratificada en un SMS del 15 de agosto de 2013; y el 24 de agosto de 2014, la operadora notificó unilateralmente al usuario mediante un SMS otra tarifa (\$0.13) para el minuto de Claro a Claro; tarifa que fue aplicada finalmente al usuario;
- No existe evidencia que la Operadora haya contratado con otros usuarios una tarifa de \$ 0.12 por minuto para llamadas de Claro a Claro, y que se les haya cobrado una tarifa en forma diferente, como en el presente caso;
- El 14 de octubre de 2013, (es decir dos meses después de realizada la contratación) una vez que el usuario ingreso su reclamo a la SUPERTEL, la Operadora adoptó medidas de remediación al comunicarse telefónicamente con el usuario, y pactando una nueva contratación con el usuario con una tarifa de \$ 0.13 del minuto Claro a Claro; y,
- La Operadora compensó al usuario acreditándole una recarga de \$3,00 equivalente al consumo de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013.

<sup>4</sup> **Primera.**- En lo que no estuviere previsto en el presente instructivo, y siempre que no contraviere al mismo, se observarán las siguientes fuentes del derecho, en orden de prelación que sigue: normas y principios constitucionales; **principios y reglas generales, de tipo administrativo**; el Código de Procedimiento Civil con respecto a las pruebas y en lo que fuere compatible con la naturaleza del procedimiento sancionador; los principios del derecho procesal (...).

<sup>5</sup> Debe entenderse en el sentido de la palabra

<sup>6</sup> Art. 165 del Código de Procedimiento Civil: "Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea...; los asientos de los libros y **otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público**; los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes."

<sup>7</sup> ALARCON SOTOMAYOR Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, Editorial Arazandi, S.A., Navarra. Primera Edición, 2007, págs.351 y 352, señala: "**III La necesidad de prueba de cargo para sancionar:** La presunción de inocencia prohíbe sancionar sin pruebas (...). Es decir, la imposición de la sanción requiere la previa destrucción de la presunción de inocencia del imputado; y esta sólo se desvirtúa a partir de la obtención de una prueba de signo incriminador (...) que verifique los hechos constitutivos de la infracción y la participación en los mismos del imputado... **VI. Presunción de inocencia y carga de la prueba.**- (...) Asimismo la presunción de inocencia conlleva la existencia de que se obtenga una prueba lo suficientemente incriminadora que legitime la sanción (145)..."

*Configurándose de esta manera el incumplimiento por parte de la Operadora de la obligación de prestar al usuario el servicio en los términos y condiciones establecidos al momento de su contratación, determinada en la Cláusula Doce número Doce punto Veintiocho de su Contrato de Concesión en concordancia con la la Cláusula Cincuenta y Dos, número Cincuenta y Dos punto Dos letra j) del mismo instrumento legal.*

*En orden al análisis de hecho y de derecho mencionados, en especial los criterios emitidos por el área técnica en los cuales se ha determinado y verificado la existencia del hecho, y al resultar improcedente aceptar los argumentos y pruebas de la defensa y siendo el momento procesal oportuno, se determina la responsabilidad de la Operadora, configurándose el incumplimiento atribuido en la Boleta Única.*

### **TERCERO: CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES.-**

#### **ATENUANTES**

*Habiéndose determinado que la compañía CONECEL incumplió con su obligación prevista en la Cláusula DOCE número Doce Punto Veintiocho (12.28) del Contrato de Concesión, el mismo que de conformidad con la cláusula 52.2 letra j) del mismo contrato constituye un incumplimiento de Segunda Clase, previo a determinar la sanción contractual, es necesario analizar la existencia de atenuantes y agravantes, para cuyo efecto nos remitimos a lo estipulado en la CLÁUSULA CINCUENTA Y SEIS número Cincuenta y Seis punto uno del Contrato de Concesión.*

*La Operadora solicitó que se considere las atenuantes previstas en la Cláusula 56.1 del Contrato de Concesión letras c) y d).*

*A fin de verificar la existencia de alguno de los atenuantes y agravantes, a continuación se efectúa el siguiente análisis:*

#### **a) No haber sido sancionado con anterioridad por la misma causa.**

*Mediante Resoluciones: ST-2011-0385 de 30 de agosto de 2011; ST-2012-0387 de 18 de septiembre de 2012; ST-2012-0470 de 17 de octubre de 2012; y, ST-2012-0511 de 5 de noviembre de 2012; CONECEL S.A. fue sancionada por incumplir lo establecido en la Cláusula Doce, número Doce punto Veintiocho del Contrato de Concesión e incurrir en la infracción prescrita en la cláusula 52.2. letra j) del mismo instrumento contractual, por lo que no procede considerar este atenuante.*

#### **b) Haber reconocido en el procedimiento administrativo de juzgamiento el incumplimiento.**

*De forma reiterada, en sus oficios de contestación a la Boleta Única, de pruebas, de alegatos, así como en los argumentos expresados en la audiencia realizada el 21 de enero de 2015, CONECEL argumenta en contra de la comisión del incumplimiento imputado; en tal virtud, no procede considerar este atenuante.*

#### **c) Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción.**

*En los criterios técnicos emitidos sobre la contestación a la Boleta Única, pruebas, alegatos y argumentos de la audiencia expuestos por CONECEL., la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones señala que la Operadora no ha desvirtuado el hecho imputado; pero reconoce que el 14 de octubre de 2013, es decir dos meses después de realizada la contratación, la Operadora tomó medidas de remediación previo a la imposición de la sanción.*

#### **d) Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción.**

*En los criterios técnicos emitidos sobre la contestación a la Boleta Única, pruebas, alegatos y argumentos de la audiencia expuestos por CONECEL., la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones señala que la Operadora no ha desvirtuado el hecho imputado; sin embargo,*

compensó al usuario acreditándole una recarga de \$3,00 equivalente al consumo de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013, lo que puede considerarse como medida compensatoria adoptada previo a la imposición de la sanción.

### **AGRAVANTES**

Revisado el expediente se encuentran un elemento que nos permite determinar la existencia de un agravante a ser considerado, que consiste en:

- a) **“Haber sido sancionado con anterioridad por un incumplimiento contractual por la misma causa.**

Mediante Resoluciones: ST-2011-0385 de 30 de agosto de 2011; ST-2012-0387 de 18 de septiembre de 2012; ST-2012-0470 de 17 de octubre de 2012; y, ST-2012-0511 de 5 de noviembre de 2012; CONECEL fue sancionada por incumplir lo establecido en la Cláusula Doce, número Doce punto Veintiocho del Contrato de Concesión e incurrir en la infracción prescrita en la cláusula 52.2. letra j) del mismo instrumento contractual, por lo que procede considerar este agravante.

En definitiva, una vez concluida la instrucción del procedimiento contractual sancionador, y en mérito de todo cuanto consta en el expediente, se verifican DOS atenuantes, y UN agravante, lo que deberá ser considerado al momento de determinar el monto de la sanción”.

### **CÁLCULO MONTO DE LA SANCION:**

El Consejo Nacional de Telecomunicaciones mediante Disposición 27-27-CONATEL-2014 de 17 de diciembre de 2014, ratificada con Disposición 03-03-CONATEL-2015, se dispuso que en la aplicación del régimen sancionador por incumplimientos contractuales previstos en los contratos de concesión del Servicio Móvil Avanzado en las resoluciones correspondientes que emita, haga constar en forma detallada la valoración que emplea para determinar el monto de la sanción, relacionada con el tipo de infracción, circunstancias atenuantes y agravantes, el perjuicio causado al mercado o a los usuarios y el grado de culpabilidad, aplicando además el principio de proporcionalidad.”

CASO 1: VALORACION DE SANCION CUANDO NO EXISTE UN NUMERO DETERMINADO DE INCUMPLIMIENTOS							
PONDERACION DE ATENUANTES Y AGRAVANTES:							
AGRAVANTES				ATENUANTES			
A	B	C	D	A	B	C	D
X	2X	X	2X	X	X	X	3X
							TOTAL PONDERACION: 12X
<b>AGRAVANTES:</b>							
A) haber sido sancionado con anterioridad por un incumplimiento contractual por la misma causa							
B) Un incumplimiento producido por causas que ya fueron establecidas en auditorías técnicas de la SUPTEL y donde la sociedad concesionaria no adoptó las medidas correctivas de acuerdo a recomendaciones de esas auditorías.							
C) La obtención de beneficios económicos por parte del infractor.							
D) La culpa grave, en los términos del Código Civil.							
<b>ATENUANTES:</b>							
A) No haber sido sancionado con anterioridad por la misma causa.							
B) Haber reconocido en el procedimiento administrativo de juzgamiento el incumplimiento.							
C) Haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción.							
D) Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción.							
a) Valor multa máxima: $V_{m\max}=500 \text{ SBU}$				$V_{m\max}= 500 \cdot 354$ $V_{m\max}=$ <b>177.000.00</b>			
b) Valor de referencia: $V_{ref}= 50\% V_{m\max}$				$V_{ref}= 50\% \cdot 177000$ $V_{ref}=$ <b>88.500.00</b>			
c) Valor atenuante / agravante: $V_{at}=V_{ag}=V_{m\max}/12$				$V_{at}=V_{ag}= 177000 / 12$ $V_{at}=V_{ag}=$ <b>14.750.00</b>			
d) Valor multa calculada: $V_{mC}=V_{ref}+nV_{ag}-nV_{at}$							

DATOS A INGRESAR:					
	INCUM	VALOR		INCUM	VALOR
TIENE AGRAVANTE A	SI	14.750.00	TIENE ATENUANTE A	NO	0.00
TIENE AGRAVANTE B	NO	0.00	TIENE ATENUANTE B	NO	0.00
TIENE AGRAVANTE C	NO	0.00	TIENE ATENUANTE C	SI	14.750.00
TIENE AGRAVANTE D	NO	0.00	TIENE ATENUANTE D	SI	44.250.00
Total de agravantes:	1		Total de atenuantes:	2	
Valor por agravantes:	14.750.00		Valor por atenuantes:	59.000.00	
LA MULTA CALCULADA ES DE:	Vmc=	44.250.00			
DETERMINACION DE SBU	SBU = Vmc/354	SBU=	125		
La multa a imponerse es de:	VMI= SBU*354	VMI=	\$ 44.250.00		

Con relación al perjuicio al mercado y a los usuarios, se determina que ha sido solamente un usuario el afectado, por tanto, la afectación en estos dos campos es mínima, más aún cuando CONECEL ha procedido a compensar voluntariamente al usuario con un valor de \$ 3,00 y que es mayor al equivalente a \$ 0,01 por 238 minutos que corresponde al consumo Claro - Claro, durante los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013.

En cuanto al grado de culpabilidad, debe considerarse que no se ha podido determinar en el presente procedimiento, la existencia de culpa grave.

En relación a la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, tomando en consideración que la afectación al usuario no supera el valor de \$ 3,00 y que en el presente caso, concurren 2 circunstancias atenuantes y un agravante, que el grado de afectación al mercado y al usuario es mínimo y que no ha sido posible determinar culpa grave, es procedente disminuir el valor del monto de la sanción en un 75%, con lo cual tendríamos un valor proporcional.

### III. 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.- DECLARAR** que la compañía CONECEL S.A., al momento de la contratación (12 de agosto de 2013) pactó con el usuario Eduardo Zurita una tarifa final por minuto de Claro a Claro de \$0.12 incluido IVA dentro del Plan IDEAL 15 Control Libre, tarifa que fue ratificada en un SMS del 15 de agosto de 2013; y el 24 de agosto de 2014, la operadora notificó unilateralmente al usuario a través de un mensaje SMS otra tarifa (\$0.13) para el minuto de Claro a Claro, tarifa que fue aplicada finalmente al usuario; prestando al usuario el servicio en forma diferente a los términos y condiciones contratados, contrario a su obligación estipulada en la Cláusula Doce número Doce punto Veintiocho de su Contrato de Concesión; configurándose el cobro de tarifas en forma distinta a lo pactado; e, incurriendo en una infracción de segunda clase, tipificada en la Cláusula CINCUENTA Y DOS, número Cincuenta y Dos punto Dos, letra j) del mismo instrumento contractual.

**Artículo 2.- IMPONER** a la compañía CONECEL S.A., la multa de treinta y uno con veinte y cinco Salarios Básicos Mínimos Unificados (SBMUs) equivalentes a ONCE MIL SESENTA Y TRES 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$ 11.063) prevista en la Cláusula Cincuenta y Cinco, número Cincuenta y Cinco punto Dos del Contrato de Concesión. Este valor deberá ser cancelado en la Tesorería de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el plazo de 30 días contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación de esta Resolución. Caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no se procede a realizar dicho pago dentro del plazo antes señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

Q

**Artículo 3.-** DISPONER a la compañía CONECEL S.A. que, en adelante dé estricto cumplimiento a la obligación de prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos.

**Artículo 4.-** NOTIFICAR esta Resolución a la compañía CONECEL S.A. cuyo Registro Único de Contribuyentes, RUC es: 1791251237001, en el domicilio señalado en los oficios presentados dentro de este expediente y que se encuentra ubicado en la Av. Amazonas No. 44-105 y Río Coca, edificio ETECO, piso 3, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; también a los siguientes correos electrónicos: [vnakagawa@claro.com.ec](mailto:vnakagawa@claro.com.ec), [pfalconc@claro.com.ec](mailto:pfalconc@claro.com.ec) [molivoc@claro.com.ec](mailto:molivoc@claro.com.ec) y [mgranjar@claro.com.ec](mailto:mgranjar@claro.com.ec); y, a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Notifíquese y cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **26 FEB. 2015**



**Ing. Alexandra Átava Freire**  
**DÉLEGADA DEL DIRECTOR EJECUTIVO**  
**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**  
**(ARCOTEL)**

*José María Gómez de la Torre / Gustavo Guerra*