

RESOLUCIÓN-ARCOTEL-2015- 000133

LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

ARCOTEL

CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 226 de la Constitución de la Republica manifiesta: *"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."*

Que, el Artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece: *"Potestad sancionadora.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador."*

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

Que, el Artículo 134 de la misma norma señala: *"Apelación.- La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia dentro del plazo de quince días hábiles de notificada."*

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

Que, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones entró en vigencia el 18 de febrero de 2015, y en los artículos 142 y 144, se crea la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) con competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de la ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico.

Que, el Artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece como competencia de la Directora Ejecutiva, numeral 8, *"Conocer y resolver sobre los recurso de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador."*

Que, 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 y a la competencia de 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 aplicaran las sanciones vigentes a la fecha de la comisión de la infracción".

"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..."

Que, la Disposición Final Primera *ibidem* determina: *"Se suprime la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones..."*.

Que, el Estado ecuatoriano, a través de la ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, suscribió el 26 de agosto de 2008, con la compañía CONECEL S.A. el Contrato de concesión para la prestación del servicio móvil avanzado, del servicio telefónico de larga distancia internacional, los que podrán prestarse a través de terminales de telecomunicaciones de uso público y concesión de las bandas de frecuencias esenciales, vigente hasta la presente fecha.

Que, el Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de uso Público y Concesión de las bandas de frecuencias esenciales, celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL S.A. el 26 de agosto de 2008, en la **CLÁUSULA DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28)** establece: *"Prestar los servicios a los Usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos."*

Que, la **CLAUSULA CUARENTA Y UNO PUNTO DOS (41.2)** del Contrato de Concesión estipula: *"Los Usuarios tienen derecho a disponer de información veraz, clara, completa, oportuna y adecuada que les permita conocer las características esenciales de los bienes y servicios que ofrezca la Sociedad Concesionaria (naturaleza, calidad, cantidad y precios) y reivindicar todos los derechos de los Usuarios de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Vigente."*

Que, la **CLAUSULA CUARENTA Y CUATRO PUNTO CINCO (44.5)** del Contrato de Concesión manifiesta *"En la aplicación de los Planes Tarifarios, la Sociedad Concesionaria garantizará los siguientes derechos de los Usuarios: ...d) A ser informado de manera clara, completa, veraz y oportuna y que no le induzca deliberadamente a interpretaciones erróneas."*

Que, la **CLAUSULA CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (50.6)** del Contrato de Concesión señala *"Para determinar el monto de la sanción, cuando no se encuentre especificado, se considerarán las siguientes circunstancias agravantes y atenuantes: Se considerarán circunstancias agravantes: c) La obtención de beneficios económicos por parte del infractor y d) La culpa grave, en los términos del Código Civil..."*

Que, la **CLAUSULA CINCUENTA Y UNO PUNTO UNO (51.1)** del Contrato de Concesión

manifiesta: "En el evento de que la Sociedad Concesionaria incurra en uno de los incumplimientos descritos en la Cláusula Cincuenta y dos (52) del presente Contrato, la SUPTEL impondrá las sanciones a que hubiera lugar, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en la Cláusula cincuenta y siete (57) del presente Contrato."

Que, la **CLAUSULA CINCUENTA Y UNO PUNTO DOS (51.2)** dispone: "El proceso previo a la determinación de un incumplimiento contractual y la aplicación de las sanciones previstas en el **CAPITULO DÉCIMO SEGUNDO**, de este Contrato serán responsabilidad y atribución de la SUPTEL."

Que, la **CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2)** del Contrato de Concesión prescribe "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 (12.28)..."

Que, la **CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO SEIS (52.6)** el Contrato de Concesión determina: "Los incumplimientos contractuales que no estén previstos en esta cláusula se sancionaran de conformidad con la Legislación Aplicable".

Que, la **CLÁUSULA CINCUENTA Y SIETE PUNTO UNO (57.1)** del Contrato de Concesión dispone "Si la SUPTEL tuviere indicios o conociere por cualquier medio que la Sociedad concesionaria estuviera incurso en uno o más incumplimientos contractuales, abrirá un expediente e iniciará el proceso de determinación de incumplimiento contractual mediante la expedición de la Boleta Única que contendrá el presunto incumplimiento cometido, el cual será notificado por escrito a la Sociedad Concesionaria.- La Boleta Única deberá contener una descripción detallada del presunto incumplimiento, así como las razones jurídicas y fácticas en que se funda el inicio del procedimiento."

Que, la **CLÁUSULA CINCUENTA Y SIETE PUNTO DOS (57.2)** del Contrato de Concesión estipula "...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."

Que, la **CLÁUSULA OCHENTA Y UNO (81)** del Contrato de Concesión prevé: "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 y otros organismos, se entenderá que este o estos se encargaran 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 57 y Clausula 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 telecomunicaciones.", con lo cual es competencia de ARCOTEL resolver el recurso presentado por CONECEL S.A., esto es, la Resolución ARCOTEL-2015-C-002 de 26 de febrero de 2015.

- Que,** de acuerdo con el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, suscrito con la empresa CONECEL S.A. y la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 26 de agosto de 2008, cláusula 58, se determina que en caso de que el prestador no esté de acuerdo con la resolución de sanción de la ex Superintendencia de Telecomunicaciones, podrá apelar ante el ex CONATEL en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación o impugnarla en la vía contencioso administrativa, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. El Anexo 1 de este contrato (Definiciones) prevé que el cómputo de los plazos y términos se sujeta al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
- Que,** la Disposición 27-27-CONATEL-2014 de fecha 17 de diciembre de 2014, emitida por el ex CONATEL dispuso a la ex Superintendencia de Telecomunicaciones que “... en aplicación del régimen sancionatorio 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, relacionadas con el tipo de infracción, circunstancia atenuantes y agravantes, el perjuicio causado al mercado o a los usuarios y el grado de culpabilidad, aplicando además el principio de proporcionalidad”.
- Que,** mediante Resolución No. ARCOTEL-2015-C-002 de 26 de febrero de 2015, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL resolvió:
- “Artículo 1.- DECLARAR que la compañía CONECEL S.A., al momento de la contratación (12 de agosto de 2013) pacto con el usuario Eduardo Zurita la 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 (sic), 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 de forma diferente a los términos y condiciones contratadas, contrario a su obligación estipulada en la Cláusula Doce número Doce punto Veintiocho de su Contrato de concesión; configurándose el cobro de tarifas de 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 AMERICANOS (USD\$ 11.063) prevista en la Cláusula Cincuenta y Cinco, número Cincuenta y Cinco punto dos del Contrato de Concesión [...]”.*
- Que,** la empresa CONECEL S.A., mediante escrito GR-0487-2015 de 19 de marzo de 2015, ingresado con trámite No. ARCOTEL-C-00400, dirigido a la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, interpuso el recurso de apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-C-002, de 26 de febrero de 2015.
- Que,** mediante memorando ARCOTEL-DJT-C00044 de 24 de marzo de 2015, la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones puso en conocimiento de la Directora Ejecutiva de ARCOTEL el recurso de apelación interpuesto por CONECEL S.A. a fin de que se designe a la Unidad para la respectiva calificación del documento.

Que, en informe Jurídico de admisión No. 007 de 13 de abril de 2015, la Dirección General Jurídica de la ARCOTEL, en atención al recurso de apelación interpuesto por CONECEL S.A. consideró la admisibilidad a trámite del recurso de apelación.

Que, la empresa CONECEL S.A. en el recurso de apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-C-0002 presentado con oficio GR-0487-2015 de 19 de marzo de 2015, manifiesta:

“ a) DE LA COMPETENCIA DE ARCOTEL PARA RECONOCER EL PRESENTE RECURSO DE APELACION.

58.1 En el caso de que la Sociedad Concesionaria no estuviere de acuerdo con la resolución de la SUPTEL, la podrá apelar ante el CONATEL en un Plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de su notificación o impugnarla por la vía contencioso administrativa de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Vigente.

Clausula 81.- 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 y otros organismos, se entenderá que éste o éstos 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 57 y Clausula 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 telecomunicaciones.”.

b) DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO, LA RATIFICACION DE LA CONTRATACIÓN Y LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO.

(...) lo que sucedió respecto de la contratación del PLAN IDEAL 15 CONTROL LIBRE por parte del Sr. Zurita fue un caso de entrega de información errónea al usuario, la misma que posteriormente fue subsanada por la operadora, de todas formas dentro de la Resolución Impugnada, la ARCOTEL manifiesta que con la segunda llamada que se le hace al usuario con fecha 14 de octubre de 2014(sic) “se finiquita una nueva contratación”, circunstancia con la cual nos permitimos discrepar, ya que precisamente en este segundo contacto con el usuario partimos del hecho de que el mismo ya tenía activado el PLAN IDEAL 15 CONTROL LIBRE y por otro lado nuestra asesora es clara al indicar que existió un error por parte del asesor de venta y por lo tanto con esta nueva llamada en ningún momento se concreta una nueva contratación, al contrario lo que sucede es que el usuario ratifica la contratación y desde ese momento la misma se encuentra totalmente libre de vicios.

Otro tema de especial preocupación que hemos podido detectar dentro de la Resolución impugnada es que aun cuando se reconoce que existieron vicios en el consentimiento del usuario al contar con información errada del producto ofrecido, la ARCOTEL de todas formas manifiesta que “(...) 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” al respecto debemos

indicar que la validez de la contratación del servicio precisamente constituye un elemento de defensa del consumidor, y que justamente a partir de que hemos detectado los vicios dentro de la contratación del servicio es que la operadora subsana la misma y por ese mismo motivo es que se le realiza una compensación voluntaria a favor del usuario correspondiente al centavo que el usuario inicialmente no había contemplado por cada minuto consumido de CLARO a CLARO dentro del plan contratado.

(...) con esta aseveración la ARCOTEL demuestra que nuestros argumentos han sido desechados sin mayor análisis jurídico y que únicamente se están basando en los supuestos "hallazgos de prestación de servicios en forma distinta a la pactada" establecida dentro del Informe Técnico, en tal caso, vemos que el ejercer o no el derecho a la defensa por parte de la operadora no tienen ningún peso para la ARCOTEL, y lo que es peor, queda evidenciado que la boleta no es simplemente un "medio de aviso o anuncio para poner en conocimiento del 'inculpado', la iniciación del procedimiento sancionador" sino, como lo hemos expresado en ocasiones anteriores, que lo establecido en la boleta necesariamente marcará el contenido de la resolución final.

La ARCOTEL al ser el ente de control de las telecomunicaciones, dentro de los procedimientos de juzgamiento, tiene la obligación de realizar una revisión integral de los supuestos incumplimientos o infracciones imputadas a las operadoras, que le permita determinar la vulneración o no de los derechos de los usuarios sobre todo garantizar que en caso de que sea pertinente la sanción a una operadora la misma sea juzgada y sancionada por la infracción cometida. En el presente caso ha quedado completamente evidenciado el error en la entrega de información sobre las tarifas aplicables a las llamadas CLARO a CLARO dentro de la contratación realizada por el Sr. Zurita – ya que las grabaciones de otras contrataciones del plan y de las facturas entregadas se evidenció que la tarifa aplicable a las llamadas CLARO a CLARO dentro del PLAN IDEAL 15 CONTROL LIBRE siempre fue de \$0.13--, A pesar de ello, y en cometimiento de una grave violación al Debido Proceso consagrado en la Constitución, la ARCOTEL ha insistido en el supuesto cometimiento de una infracción de índole contractual, la cual a más de las repercusiones de nivel económico que traen a la operadora (por el monto de las sanciones aplicables), se ha cometido otra grave injusticia, ya 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 (...).

c) DE LA INSUFICIENTE MOTIVACION DEL MONTO DE LA SANCION.

Tal como bien lo reconoce la resolución impugnada, el CONATEL a través de Disposición 27-27-CONATEL-2014 de fecha 17 de diciembre de 2014, determinó a la extinta SUPERTEL que: " en aplicación del régimen sancionatorio 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, relacionadas 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. (Lo resaltado nos pertenece) (...).

En primer lugar, respecto de la forma de cálculo empleada por ARCOTEL, nos permitimos discrepar con la tendencia de tomar los valores más altos de las sanciones como un referente para establecer el monto de la sanción. No nos olvidemos que el Contrato de Concesión ha establecido un rango bastante amplio respecto del monto de las sanciones aplicables a incumplimientos contractuales de segunda clase (como vendría a ser la



supuesta infracción cometida por CONECEL en el presente caso) precisamente la cláusula 55.2 determina que la sanción correspondiente a los incumplimientos de segunda será de hasta **500 salarios básicos mínimos unificados** el ente regulador tiene un amplio rango para el establecimiento de sanciones, no obstante, dentro del método de cálculo se establece como uno de los factores para determinar la infracción el valor máximo de la sanción y otro de los factores determinantes considera al valor de referencia como el 50% del monto máximo al que puede llegar la sanción. En este punto quisiéramos que ARCOTEL nos explique en qué basa su decisión para determinar que el valor de referencia no puede ser el 30%, 20% o 25% Esta inquietud surge precisamente porque si permitimos que se tome como valor de referencia al 50% de la sanción más alta, con ello estamos tácitamente aceptando que el ARCOTEL tome como valor mínimo la sanción al 50% del valor más alto, cuando como ya explicamos anteriormente la norma no establece un valor mínimo.

(...) la ponderación realizada por ARCOTEL respecto de las circunstancias agravantes y atenuantes consideradas en la cláusula 56 del Contrato de Concesión, estableciendo ponderaciones más altas a unos agravantes que otros y de igual manera con respecto a las circunstancias atenuantes. En cuanto a las circunstancias agravantes por ejemplo a la circunstancia agravante "b) Un incumplimiento producido por causas que ya fueron establecidas en auditorias técnicas de la SUPTEL y donde la Sociedad Concesionaria no adopto las medidas correctivas de acuerdo a las recomendaciones de esas auditorias" y a la circunstancia "d) La culpa grave, en los términos del Código Civil" se les ha dado una ponderación de "2X" frente a los otros dos agravantes a los cuales se les ha dado la ponderación de "1X" y con respecto a la circunstancia atenuante "d) Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción" vemos que le ha otorgado una ponderación de "3X" en comparación a los otros atenuantes a los que ha establecido la ponderación de "1X". En este caso, si dentro del Contrato de Concesión en donde se ha establecido el régimen sancionador contractual no se hace diferencia respecto de la ponderación de los atenuantes y los agravantes, no logramos comprender a que se debe la diferencia planteada por la ARCOTEL.

(...) en aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, luego de haber realizado un análisis que consideramos es bastante superficial, la ARCOTEL llega a la conclusión de que " es procedente disminuir el valor del monto de la sanción en un 75%, con lo cual tendríamos un valor proporcional", en este sentido, una vez más nos queda la duda ¿de dónde o bajo que sustento la ARCOTEL determina que con una baja de 75% del monto de la sanción (monto cuya legitimidad fue anteriormente cuestionada, debido a que toma como punto de partido el 50% del valor máximo de la sanción) ya se puede considerar a la misma como proporcional? Aun cuando ARCOTEL parte de manera correcta su análisis de proporcionalidad, al mencionar que la afectación al usuario en cuestión "no supera el valor de \$3,00" y que "el grado de afectación al mercado y al usuario es mínimo", no analiza profundamente este par de enunciados, lo cual consideramos habría significado una baja considerablemente mayor al monto de la sanción impuesta.

En este sentido, si permitimos que se considere como proporcional la imposición de una multa de \$11.063,00 en consideración de que en el presente caso se habría dado una afectación a un solo usuario por un valor inferior a los \$3,00, como CONECEL estaríamos avalando el hecho de una sanción que excede en 368.666,67% al valor de la afectación es proporcional, circunstancia que rechazamos en gran medida y que no estamos dispuestos a admitir ya que consideramos que la presente resolución sentará un precedente para

futuros procedimientos sancionatorios en los que esta falta de proporcionalidad se puede incrementar exponencialmente.”.

Que, en relación a lo citado, CONECEL S.A. solicita que en aplicación de la cláusula 58 del Contrato de Concesión se suspenda los efectos de la resolución impugnada hasta que el recurso de apelación sea resuelto.

Que, del análisis efectuado al recurso de apelación presentado en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-C-0002 de 26 de febrero de 2015, se desprende que el acto administrativo materia de la impugnación es el siguiente:

Operadora	CONECEL S.A.
Resolución que motivó el Reclamo Administrativo	Resolución No. ARCOTEL-2015-C-0002 de 26 de febrero de 2015
Artículos de la Resolución que motivaron el Reclamo Administrativo	<p>“Artículo 1.- DECLARAR que la compañía CONECEL S.A., al momento de la contratación (12 de agosto de 2013) pacto con el usuario Eduardo Zurita la 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 (sic), 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 de forma diferente a los términos y condiciones contratadas, contrario a su obligación estipulada en la Cláusula Doce número Doce punto Veintiocho de su Contrato de concesión; configurándose el cobro de tarifas de 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.</p> <p>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 AMERICANOS (USD\$ 11.063) prevista en la Cláusula Cincuenta y Cinco, número Cincuenta y Cinco punto dos del Contrato de Concesión [...]”.</p>

Que, la prestadora en su escrito solicita se declare la nulidad de oficio de la Boleta Única y se deje insubsistente el procedimiento administrativo de juzgamiento que efectuó la unidad de control de ARCOTEL; así también que en aplicación de la cláusula 58 del Contrato de Concesión se suspenda los efectos de la resolución impugnada hasta que el recurso de apelación sea resuelto, y su argumentación se basa en que *“...lo que sucedió respecto de la contratación del PLAN IDEAL 15 CONTROL LIBRE por parte del Sr. Zurita fue un caso de entrega de información errónea al usuario, la misma que posteriormente fue subsanada por la operadora, ...”*; así también que *“...A pesar de ello, y en cometimiento de una grave violación al Debido Proceso consagrado en la Constitución la ARCOTEL, ha insistido en*

un supuesto cometimiento de una infracción de indole contractual, la cual a más de las repercusiones de nivel económico que traen a la operadora (por el monto de las sanciones aplicables), se ha cometido otra gran injusticia ya 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 artículo 76, numeral 3 de la Constitución y también a lo dispuesto en la cláusula 52.6...". De igual manera que "Se ha demostrado que todo el procedimiento administrativo de juzgamiento tiene un vicio de nulidad, ya que se está aplicando el procedimiento de determinación de incumplimientos contractuales para la determinación de incumplimientos contractuales no previstos como infracciones dentro del mismo contrato (entrega de información, veras, clara, completa, oportuna y adecuada que les permita conocer las características esenciales de los bienes y servicios que ofrezca la Sociedad Concesionaria), los cuales, de conformidad al mismo Contrato de Concesión, deben sancionarse de conformidad a la legislación no aplicable, lo cual implica una grave afectación al debido proceso que está consagrado en la Constitución".

Que, al respecto, luego del análisis respectivo, se evidenció que el valor pactado por parte de la empresa CONECEL con el Señor Zurita fue de \$0.12 centavos el minuto el mismo que fue ratificado a través de un mensaje de texto con la palabra "precio final", lo cual no solo descarta que pudo ser un error humano por parte del asesor de CONECEL S.A. sino que posiblemente la plataforma de mensajería también poseía ese error en su configuración cuando se aceptó el mencionado plan por parte del cliente; que respecto al resto de personas que formaron parte de la muestra, según la verificación realizada por la unidad de control de ARCOTEL, no se encontró error en la información entregada vía telefónica por parte de CONECEL S.A., sin embargo no hay pruebas que demuestren el contenido del mensaje de bienvenida enviado a estos clientes y de esta forma descartar una inconsistencia entre lo que se habló con los asesores comerciales; que la rectificación y compensación por parte de CONECEL S.A. sobre la información del plan contratado por el Sr. Zurita el 12 de agosto de 2013 es realizada por la operadora el 14 de octubre de 2013 casi un mes y medio después de que se envió el mensaje el 24 de agosto del 2013 indicando que el precio final del plan es de \$0.13 centavos; por tanto la prestadora ofreció un plan inicial al usuario, el cual nunca se cumplió con las condiciones pactadas ya que se cobró \$0.13 centavos en vez de los \$0.12 que se acordaron inicialmente y que fue ratificado en el mensaje de bienvenida. Así mismo pone los correctivos respectivos y las compensaciones necesarias dos meses después de contratado el plan por el Sr. Zurita.

Que, en cuanto al procedimiento administrativo de juzgamiento aplicado por la unidad de control de ARCOTEL que fue el adecuado por cuanto el hecho materia de la sanción se circunscribe a la acción cometida por CONECEL S.A., esto es, cobrar tarifas en forma distinta a lo pactado más no en el hecho de entrega de información aparentemente errada al usuario por parte del asesor de ventas, pues se pactó un precio final por la prestación de un servicio de telecomunicaciones en forma telefónica y con confirmación a través de un mensaje SMS, mismo que fue modificado unilateralmente por la igual vía, incurriendo en la infracción contractual sustentada por la unidad de control de ARCOTEL y, porque el argumento de la operadora de que la entrega de información veraz, clara, completa, oportuna y adecuada que permita al usuario conocer las características esenciales de los bienes y servicios que le ofrece la prestadora, debía sancionarse de conformidad con la legislación aplicable por tratarse de un incumplimiento contractual no previsto como infracción dentro del mismo contrato como establece la cláusula 52.6, no es el asunto materia del proceso de juzgamiento, con lo cual, el procedimiento aplicado, esto es, el previsto en la cláusula 57 del Contrato de Concesión es el pertinente para el hecho de cobro de tarifas en forma distinta a lo pactado por parte de CONECEL S.A. por lo que no se observa la existencia de una grave violación al debido proceso.

Que, de igual manera, la prestadora argumenta que ha identificado "...ciertos aspectos y decisiones que no han sido suficientemente sustentados por parte de las autoridades de control y que podrían estar avalando un grado un tanto amplio de discrecionalidad de la administración en el campo sancionador."; añadiendo que en relación a la forma de cálculo que emplea ARCOTEL pide se explique "...en qué basa su decisión para determinar que el valor de referencia de la sanción deba ser del 50%?, en ese mismo caso, porqué el monto de referencia no puede ser el 30%, 20% o el 25%? Esta inquietud surge precisamente porque si permitimos que se tome como valor de referencia al 50% de la sanción más alta, con ello estamos tácitamente aceptando que el ARCOTEL tome como valor mínimo de la sanción al 50% del valor más alto, cuando como ya explicamos anteriormente la norma no establece un valor mínimo."; así como que en relación a la ponderación realizada por ARCOTEL respecto de las circunstancias agravantes y atenuantes establecidas en la cláusula 56 del contrato de concesión, fijando ponderaciones más altas a unos agravantes y atenuantes que a otros, pues opina que dentro del Contrato de Concesión, en el régimen sancionador contractual "...no se hace diferencia respecto de la ponderación de los atenuantes y los agravantes...", a lo cual se explica que el Contrato de Concesión, cláusula 51, numeral 51.1, determina que en el evento de que la prestadora incurra en uno de los incumplimientos descritos en la cláusula 52 del contrato, se impondrán las sanciones a que hubiera lugar, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en la cláusula 57 del contrato; así como, en el numeral 51.2 que establece "El proceso previo a la determinación de un incumplimiento contractual y la aplicación de las sanciones previstas en el CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO, de este Contrato serán responsabilidad y atribución de la SUPTTEL."; que en los considerandos de la Resolución ARCOTEL-2015-C-002, de 26 de febrero de 2015, en cumplimiento de la Disposición 27-27-CONATEL-2014 de 17 de diciembre de 2014, ratificada con Disposición 03-03-CONATEL-2015, la unidad de control de ARCOTEL señaló que se hace "... 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"; para lo cual en el título "CÁLCULO MONTO DE LA SANCIÓN", se muestra el cuadro denominado "CASO I LA VALORACIÓN DE LA SANCIÓN CUANDO NO EXISTE UN NÚMERO DETERMINADO DE INCUMPLIMIENTOS", donde se detallan los valores y proporcionalidad que aplicó dicha unidad para ponderar los atenuantes, los agravantes y, el porcentaje para calcular el monto de la sanción, en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 51, numeral 51.2, con lo cual, el ejercicio de la potestad contractual pactada entre las partes (51.2), se encuentra manifestada en la valoración que estableció y empleó la unidad de control de ARCOTEL para determinar el monto de la sanción y la ponderación de los atenuantes y los agravantes (CASO I LA VALORACIÓN DE LA SANCIÓN), observándose que la sanción impuesta se ciñe a tal valoración y, en consecuencia resultan improcedentes las argumentaciones presentadas por CONECEL S.A.

Que, no se trata de un valor mínimo como afirma la operadora, por cuanto el monto máximo que se estableció en la sanción y el porcentaje del 50% que se consideró para instituir la misma, de acuerdo con el contrato, cláusula 55.2, la "Sanción a los incumplimientos de segunda clase: Corresponde a una multa de hasta 500 SBMUs", con lo cual el 50% que emplea la unidad de control de ARCOTEL para determinar el monto de la sanción es el valor intermedio comprendido entre los valores extremos establecidos en el contrato y desde este punto de vista es proporcional.

Que, en cuanto al ámbito tarifario, en relación con el recurso de apelación interpuesto por CONECEL S.A. a la Resolución ARCOTEL-2015-C-002, de 26 de febrero de 2015, se desprende que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, sancionó a

la operadora por haber prestado el servicio correspondiente al "Plan Ideal 15 control" en forma distinta a los términos y condiciones establecidos con el usuario, por cuanto comprobó que la operadora cobró una tarifa de \$0.13, en forma distinta a la pactada que fue de \$0.12 por minuto. Sobre este tema, la operadora, en comunicación GR-487-2015, reconoce el error al manifestar que fue por la "mala información entregada al usuario", por lo que en cumplimiento a lo que disponen el artículo 65 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y las cláusulas del Régimen de Tarifas del Contratos de Concesión de la prestadora, unidad de Regulación de la ARCOTEL, sin perjuicio de las competencias de supervisión y control de la unidad de Control de la ARCOTEL, se revisa que las tarifas que fueron notificadas no sobrepasan los Techos Tarifarios establecidos por la ARCOTEL.

En ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

Artículo 1.- Acoger el informe Técnico Jurídico No. 009, de 12 de mayo de 2015, sobre el recurso de apelación presentado por CONECEL S.A.

Artículo 2.- Rechazar el recurso de apelación planteado por CONECEL S.A. con escrito GR-0487-2015 de 19 de marzo de 2015.

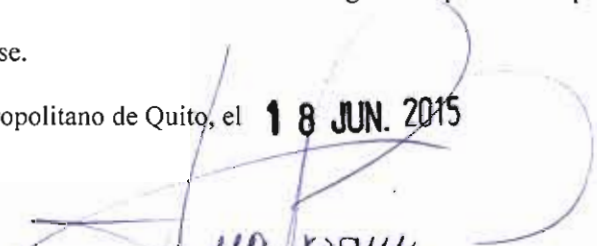
Artículo 3.- Ratificar la Resolución No. ARCOTEL-2015-C-002 de 26 de febrero de 2015, la cual fue emitida en legal y debida forma y declarar la presente Resolución en firme.

Artículo 4.- NOTIFICAR esta Resolución a CONECEL S.A., en el domicilio ubicado en la Av. Río Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio ETECO, piso 3, de la Ciudad de Quito provincia de Pichincha.


Disposición final.- La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la presente fecha.

Comuníquese y publíquese.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, el **18 JUN. 2015**


 Ing. Ana Proaño De la Torre
DIRECTORA EJECUTIVA

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

Elaborado por:	Revisado por:	Aprobado por:
Ing. Roberto Arévalo <i>RA</i> Analista de Servicios Eco. María Isabel Suasnavas <i>MS</i> Especialista Jefe 1 Dra. Rosa Cabezas <i>Re</i> Jefe de Área 2	Dr. Edison Pozo Jefe de División 	Dr. Julio Martínez - Acosta <i>JMA</i> Director Jurídico de Regulación Dr. Hernán Páliz Dávila Coordinador General de Asesoría Jurídica Dr. Patricio Valenzuela Mena Coordinador Institucional

