

**RESOLUCION-TEL-633-21-CONATEL-2014**

**CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES**

**CONATEL**

**CONSIDERANDO:**

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

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República, señala: *"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 Estado es el responsable de la provisión de servicios públicos, la que responde a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, conforme lo dispone el artículo 314 de la Constitución.

Que, según el Art. 76 de la Constitución que consagra el debido proceso, entre otras garantías, dispone en su numeral 3 que 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.

Que, la Superintendencia de Telecomunicaciones, conforme lo dispone el artículo 35, letra d) de la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, es el organismo técnico encargado de supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión para la explotación de los servicios de telecomunicaciones.

Que, el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, establece: *"Artículo 110. La Superintendencia de Telecomunicaciones es el organismo técnico responsable de ejercer la función de supervisión y control de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas del sector de las telecomunicaciones a fin de que sus actividades se sujeten a las obligaciones legales reglamentarias y las contenidas en los títulos habilitantes."*

Que, el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, establece respecto al procedimiento administrativo para las sanciones: *"Artículo 118.- Corresponde al Superintendente de Telecomunicaciones aplicar las sanciones a las infracciones previstas en la ley, graduando su aplicación según las circunstancias, considerando el perjuicio causado al mercado o a los usuarios y el grado de culpabilidad.- La imputación de una infracción será notificada al infractor o infractores mediante boleta entregada en el domicilio del infractor."*

Que, el artículo 124 del Reglamento General a la Ley de Telecomunicaciones, señala: *"Los actos administrativos de las autoridades y organismos encargados de la administración y regulación de las telecomunicaciones están sometidos a las normas, recursos y reclamaciones del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva."*

RESOLUCIÓN-TEL-633-21-CONATEL-2014

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, se establece lo siguiente: CLÁUSULA DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28).- "Prestar los servicios a los Usuarios en los términos y condiciones establecidos en los contratos."

Que, la CLÁUSULA CINCUENTA Y UNO PUNTO DOS (51.2).- "El proceso previo a la determinación de un incumplimiento contractual y la aplicación de sanciones previstas en el CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO, de este contrato serán responsabilidad y atribución de la SUPTEL."

Que, respecto a los incumplimientos contractuales, la CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2), prevé: "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)."

Que, la CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO TRES (52.3), establece: "Se considerarán como incumplimientos de tercera clase las siguientes acciones u omisiones: d) Reincidir en un incumplimiento de segunda clase"

Que, la CLÁUSULA CINCUENTA Y CUATRO (54), señala: "Se considerarán reincidencia cuando la Sociedad Concesionaria hubiese incurrido en el mismo incumplimiento y exista identidad de causa y efecto en un determinado período, contado a partir de la fecha de la notificación del acto con el cual se agotó la vía administrativa del procedimiento del juzgamiento del primer incumplimiento, de conformidad a la Cláusula Cincuenta y siete (57) de este contrato. El período que se considera para los incumplimientos de primera, segunda o tercera clase es de nueve (9) meses (...)"

Que, la CLÁUSULA CINCUENTA Y CINCO PUNTO DOS (55.2), establece: "Sanción a los incumplimientos de segunda clase: Corresponde a una multa de hasta quinientos (500) Salarios Básicos Unificados."

Que, la CLÁUSULA CINCUENTA Y CINCO PUNTO TRES (55.3), manifiesta: "Sanción a los incumplimientos de tercera clase: Corresponde a una multa de entre 501 SBMUs hasta quinientos 1250 SBMUs"

Que, la CLÁUSULA CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1), estipula "Se considerarán circunstancias agravantes: a) Haber sido sancionado con anterioridad por un incumplimiento contractual por la misma causa. b) Un cumplimiento 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 las recomendaciones de estas auditorías. c) La obtención de beneficios económicos por parte del infractor. d) La culpa grave, en los términos del Código Civil. Se considerarán circunstancias atenuantes: 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."

Que, mediante oficio No. SGN-2014-00311, de 22 de mayo de 2014, la misma fecha, se notificó a la empresa CONECEL S.A. la Resolución No. ST-2014-0148 de 20 de mayo de 2014, en la cual la Superintendencia de Telecomunicaciones resolvió: "Artículo 1.- DECLARAR que la empresa CONECEL S.A. cobró tarifas diferentes a las pactadas a cinco usuarios del Plan Prepago Multidestino cuya tarifa fijada es de \$ 0.20, conforme se determinó luego del control técnico realizado a la muestra entregada por la operadora, correspondiente al período comprendido entre el 15 al 21 de julio de 2013; incumpliendo por lo tanto con su obligación prevista en la Cláusula DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28) del Contrato de Concesión; lo cual de conformidad con la cláusula 52.2 letra j) del mismo contrato constituye un incumplimiento de segunda clase. Al haberse determinado que CONECEL S.A. incurrió en el mismo incumplimiento

Handwritten signature and initials in blue ink.

RESOLUCIÓN-TEL-633-21-CONATEL-2014

con identidad de causa y efecto dentro de un determinado periodo de tiempo, presupuestos establecidos en la Cláusula 54 del Contrato de Concesión que configuran reincidencia, el presente se calificado (sic) como INCUMPLIMIENTO DE TERCERA CLASE, conforme lo previsto en la cláusula CINCUENTA Y DOS, número CINCUENTA Y DOS PUNTO TRES letra d) del Contrato de Concesión.- **Artículo 2.-** IMPONER a CONECEL S.A., la multa de DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA (262.140,00) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA equivalente a 771 SBMUs (desde 501 SBMUs hasta 1250 SBMUs), de acuerdo a lo previsto en la Cláusula Cincuenta y Cinco, número Cincuenta y Cinco punto tres del Contrato de Concesión. (...).- **Artículo 3.-** DISPONER a CONECEL S.A., que reintegre los valores cobrados en forma indebida a los 5 usuarios del Plan Prepago Multidestino determinados en la muestra entregada por la operadora por el período comprendido entre el 15 al 21 de julio de 2013, (...)."

Que, mediante oficio GR-1126-2014 ingresado con el No. de trámite SENATEL-2014-006216, el 12 de junio de 2014, la empresa CONECEL S.A., interpuso el Recurso de Apelación ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en contra de la Resolución ST-2014-0148, expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones, el 20 de mayo de 2014.

Que, según Informe Jurídico No. 0069 de 26 de junio de 2014, la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, señala "El recurso de apelación presentado por la Compañía CONECEL S.A. a la Resolución ST-2014-0148, de 20 de mayo de 2014, expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones, notificada a la recurrente, el 22 de mayo de 2014, fue presentado dentro del plazo de 15 días, determinados en el Art. 177 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; en concordancia con lo determinado en la Cláusula Cincuenta y Ocho punto Uno (58.1), del Contrato de Concesión; así como también, se establece que la apelación, cumple con los requisitos formales determinados en el art. 180 del mismo cuerpo legal; se considera la admisibilidad a trámite del recurso de apelación".

Que, con acto de trámite de 26 de junio de 2014, la Ing. Cecilia de Lourdes Jaramillo Avilés, en calidad de delegada del señor Secretario Nacional de Telecomunicaciones (E) , según la Resolución SNT-2014-0103, de 21 de abril de 2014, se avoca conocimiento del recurso de apelación objeto del presente informe y entre otros aspectos se señala que: "(...) Una vez recibido el citado expediente, se otorga a la Dirección General de Planificación de las Telecomunicaciones, Servicios de Telecomunicaciones y Jurídica, el término de siete días para que presenten el informe técnico-jurídico correspondiente, respecto de los fundamentos del presente recurso".

Que, la Resolución ST-2014-0148 de 20 de mayo de 2014, declara en su Art. 1 que "CONECEL S.A. cobró tarifas diferentes a las pactadas a cinco usuarios del Plan Prepago Multidestino cuya tarifa fijada es de \$0.20, conforme se determinó luego del control técnico realizado a la muestra entregada por la operadora, correspondiente al período comprendido entre el 15 al 21 de julio de 2013; incumpliendo por lo tanto con su obligación prevista en la Cláusula DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28) del Contrato de Concesión; lo cual de conformidad con la cláusula 52.2 letra j) del mismo contrato constituye un incumplimiento de segunda clase. Al haberse determinado que CONECEL S.A. incurrió en el mismo incumplimiento con identidad de causa y efecto dentro de un determinado periodo de tiempo, presupuestos establecidos en la Cláusula 54 del Contrato de Concesión que configuran reincidencia, el presente se calificado (sic) como INCUMPLIMIENTO DE TERCERA CLASE, conforme lo previsto en la cláusula CINCUENTA Y DOS, número CINCUENTA Y DOS PUNTO TRES letra d) del Contrato de Concesión."

Que, el CONECEL S.A. en ejercicio de sus derechos constitucionales, legales y contractuales presenta recurso de apelación ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en contra de la Resolución ST-2014-0148 expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones el 20 de mayo de 2014, sin discutir la existencia del acto por medio del cual se habría incurrido en la conducta señalada en la cláusula 52.2 del Contrato de Concesión, solicitó la revocación de la misma, en razón de que dicha resolución ha vulnerado el procedimiento contractual de determinación de incumplimientos y determinación de sanciones, por dividir arbitrariamente un mismo incumplimiento, en varios momentos, con el único fin de sancionar varias veces a CONECEL S.A. por una misma causa;

Que, según Informe Técnico Jurídico No. 77, emitido por las Direcciones Generales de Servicios y Planificación de las Telecomunicaciones y Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, SENATEL, el 29 de julio de 2014, se hace un análisis pormenorizado de los argumentos de la operadora en su escrito de apelación y de los argumentos de sustento de la Resolución ST-2014-0148, de 20 de mayo de 2014, emitida por la SUPERTEL.

Que, según su escrito de apelación CONECEL S.A. manifiesta que existe una violación o mala aplicación del Contrato de Concesión en tanto su Cláusula 51.1, señala, que en caso de encontrar uno o varios incumplimientos, se deberá abrir un expediente; infundido por una sola inspección, emprendida por la SUPERTEL, donde a pesar de recogerse tres muestras aleatorias, no se puede justificar el inicio de varios procesos cuyo mismo objetivo sea el control tarifario; que no se ha pactado separar infracciones por periodos/planes/promociones/tarifas; por lo que el proceso estaría afectado de subjetividad y viciado de nulidad de pleno derecho, argumentos que según el Informe Técnico Jurídico antedicho se considera que la configuración de la conducta de la Sociedad Concesionaria frente a los planes tanto multidestino como el plan regular (que no fue objeto de análisis) no constituye un solo hecho; si bien es una misma conducta, ésta puede afectar a distintos sujetos; en este caso la misma conducta de la Operadora pudo atentar con lo pactado en dos planes diferentes y usuarios distintos; además, la Operadora no tiene en cuenta lo dispuesto por la 51.2 del Contrato de Concesión, que se cita textualmente: *"El proceso previo a la determinación de un incumplimiento contractual y la aplicación de sanciones previstas en el CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO, de este contrato serán responsabilidad y atribución de la SUPTEL."* Por lo que se considera que la SUPERTEL, en el presente proceso analizado, ha actuado en ejercicio de sus atribuciones y no se encuentran vicios de nulidad, al contrario se ha dado cumplimiento al debido proceso consagrado en el Art. 76 de la Constitución de la República.

Que, CONECEL S.A., alega que la Resolución ST-2014-0148, ha violentado de los principios de Razonabilidad, Economía Procesal, Non Bis In Ídem y Proporcionalidad; principios que según el Informe Técnico Jurídico No. 77, no considera alegación aceptable por cuanto del expediente se desprende que la SUPERTEL, en ejercicio de sus atribuciones realizó en una sola inspección tres acciones de control, con lo cual se sustentó la existencia del incumplimiento a la obligación contemplada en la Cláusula 12.28, del Contrato, reconocido por la Operadora, lo que motivó su correspondiente sanción en aplicación estricta del Contrato de Concesión. Cabe recalcar que la Resolución impugnada cita: *"revisados los archivos físicos y automatizados respectivos no se encuentra que se hubiere instruido otro procedimiento contractual sancionador con fundamento del control al Plan Prepago Multidestinos, en base a la muestra de CDRs entregados por la operadora del 15 al 21 de julio de 2013."*

Que, CONECEL S.A., busca que se tenga en cuenta como atenuante que el incumplimiento se causó sin intencionalidad ni falla de sus sistemas; sino como una distorsión en la asignación de tarifas dentro de la plataforma; solicitan, se tenga en cuenta que se han llevado a cabo análisis en períodos extendidos de tiempo donde se han descubierto 796 usuarios que sufrieron la misma distorsión en el sistema, porcentaje que no sobrepasan el 0.012% del total de usuarios, que se han tomado medidas de remediación y han procedido a compensar voluntariamente a los usuarios afectados a fin de configurar una circunstancia atenuante, según lo estipula la Cláusula 56.1 del Contrato;

Que, según el Informe Técnico Jurídico No. 77 emitido por la SENATEL, al considerar que la Resolución impugnada sí aplica el atenuante contemplado en el literal b) de la Cláusula 56.1, no hay pronunciamiento respecto al presente punto; sin embargo se argumenta que no es posible aceptar como atenuante la conducta valorada en el literal b) por cuanto a criterio de la SUPERTEL fundamentado en el memorando DST-2014-00923, de 19 de mayo de 2014, (un día anterior a emitirse la Resolución) que se cita: *"Desde el punto de vista técnico, sobre (sic) la base de las pruebas presentadas por la operadora, esta Dirección Nacional considera que CONECEL S.A., no realizó las compensaciones a los usuarios detectados como afectados por el cobro de tarifas diferentes a las pactadas en el plan prepago multidestino"* pese a que CONECEL manifiesta que *"con fecha 3 de junio de 2013, a través de Oficio GR-1064-2014, CONECEL remitió a la SUPERTEL los CDRs de acreditación de los valores por concepto de compensación"*

Handwritten marks in blue ink, including a checkmark and a signature.

RESOLUCIÓN-TEL-633-21-CONATEL-2014

voluntaria (atenuante) a todos los usuarios multidespacho identificados como presuntos afectados dentro del período que va desde el 1 de julio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013 (...); esto es posterior a lo que requiere el literal d) de la Cláusula 56.1; tampoco se considera el atenuante contemplado en el literal c) de la Cláusula 56.1 "haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento, previo a la imposición de la sanción"; CONCEL S.A. manifiesta haber analizado e identificado 796 casos en los cuales se produjo esta distorsión de los sistemas, causante del incumplimiento contractual, materia del presente expediente sancionatorio; por lo que se considera que la Operadora si bien ha definido el problema y encontrado otros casos, no se desprende del expediente sustento técnico alguno que determine más allá de las intenciones de CONECEL S.A., el empleo de una técnica o sistema que permita la solución de la distorsión señalada.

Que, la Operadora argumenta que no existe reincidencia por cuanto no se configura el requerimiento de temporalidad contenido en la Cláusula 54, pues el ejercicio de control identificó las conductas a partir de la inspección realizada a la operadora con fecha 21 de Octubre de 2013, en la que se tomó como muestra ciertas semanas contempladas dentro del período desde julio hasta septiembre de 2013, con lo cual resulta claro que **"la conducta se configura a lo largo de los 3 meses evaluados, considerándose como fecha de cometimiento de la infracción el último día evaluado en donde se configuró el incumplimiento, esto quiere decir el 15 de septiembre de 2013 (...)** no corresponde la aplicación de una supuesta reincidencia ya que (...) las sanciones impuestas a nuestra representada que determina la aplicación de la reincidencia son las resoluciones No. ST-2012-0581 y ST-2012-0582 que fueron notificadas a la operadora con fecha 13 de diciembre de 2012 (sic la fecha de emisión de las Resoluciones fue de 13 de diciembre de 2013; la notificación se produjo el 18 de diciembre de 2013), con lo cual el período de aplicación de la reincidencia concluye con fecha 13 de septiembre de 2013, en consecuencia no es procedente aplicar una reincidencia a una infracción que como ya explicamos terminó de configurarse con fecha 15 de septiembre de 2013, fecha que se encuentra fuera del período de reincidencia"; argumento rebatido según Informe Técnico Jurídico No. 77, que manifiesta "(...) del análisis del presente expediente, pese a que la actividad de control, (previa al inicio del proceso per se) se realizó con tres muestras distintas, consta que el incumplimiento se produjo en la semana del 15 al 21 de julio de 2014, que como bien señala la SUPERTEL, se encuadra en los nueve meses que requiere la cláusula 54 del Contrato de Concesión."

Que, según expresa CONECEL S.A., la supuesta afectación determinada por la SUPERTEL respecto de los 5 usuarios corresponde a USD \$ 0.225109866, en contraposición con los USD \$ 262.140,00 de la sanción impuesta, por tanto que los principios de proporcionalidad y razonabilidad no han sido tomados en cuenta por la SUPERTEL, "lo cual implicaría una insuficiente motivación de la Resolución impugnada y en consecuencia la nulidad absoluta de dicho acto administrativo sancionatorio"; frente a este criterio el Informe Técnico Jurídico No. 77, manifiesta "puesto que del expediente no se accede al análisis en que se sustentó la SUPERTEL para determinar que las acciones merecían una sanción de 771 SBMUs; nuevamente este actuar de la Administración, en particular de la SUPERTEL se enmarca en la estipulado en la Cláusula 51.2 El proceso previo a la determinación de un incumplimiento contractual y la aplicación de sanciones previstas en el CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO, de este contrato serán responsabilidad y atribución de la SUPTEL."

Que, mediante oficio SNT-2014-1595, de 07 de agosto de 2014, se presenta el Informe Técnico Jurídico No. 77, de 29 de julio de 2014, emitido por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, con el cual se recomienda que: "De los antecedentes y análisis contenidos en el presente informe, se concluye que la Resolución ST-2014-0148, de 20 de mayo de 2014, ha sido emitida por la autoridad competente, esto es, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la que se ha ceñido a las normas constitucionales, legales y estipulaciones contractuales, por tanto la resolución se encuentra debidamente motivada, al enunciarse las normas y estipulaciones en las que se funda y explicarse la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que se recomienda no estimar y en consecuencia rechazar el recurso de apelación presentado."

En ejercicio de sus competencias,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO UNO.** Avocar conocimiento del Informe Técnico y Jurídico No. 77, de 29 de julio de 2014, presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

**ARTÍCULO DOS.** No estimar y en consecuencia rechazar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A.- CONECEL, por cuanto la Resolución ST-2014-0148 de 20 de mayo de 2014, ha sido emitida por autoridad competente, esto es, la Superintendencia de Telecomunicaciones, con estricta sujeción al ordenamiento jurídico vigente, no existen vicios que afecten su validez y eficacia, y goza de las presunciones de legitimidad y ejecutividad.

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

La presente Resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Quito D.M. a los 19 días del mes de agosto de 2014.

  
Ing. Ana Gabriela Valdiviezo Black  
**PRESIDENTA DEL CONATEL**

  
Ab. Esteban Burbano Arias  
**SECRETARIO DEL CONATEL**

