

RESOLUCIÓN-TEL-943-28-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, lo 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 artículo 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, el artículo 82 de la Constitución consagra el derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que, la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, establece en su artículo 28, que constituyen infracciones a la presente Ley, las siguientes: h) Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones, cuya sanción está prevista en el artículo 29 del mismo cuerpo normativo.

Que, el procedimiento de *JUZGAMIENTO, NOTIFICACIÓN, CONTESTACIÓN Y RESOLUCIÓN*, para los incumplimientos de carácter legal o reglamentario consta señalado en los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, Reformada.

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.*".

y

Handwritten signature or initials.

RESOLUCIÓN-TEL-943-28-CONATEL-2014

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.*".

Que, el artículo 28 del Reglamento para Abonados/ Clientes – Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, señala como obligaciones de los prestadores las siguientes; entre ellas lo manifestado en el Art. 29: "*Informar: lo relativo al Art. 29.4: "Incluir en su sitio web el detalle de las características técnicas, económicas, comerciales, tarifarias, legales, respecto de todos los servicios que pueden ser provistos por el concesionario o permisionario, incluyendo la información relativa a la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, detallando adicionalmente las condiciones y mecanismos de suscripción y terminación de la suscripción a dicho tipo de servicios."*; y lo relativo al Art. 29.8: "*Los prestadores de servicios finales deberán mantener permanentemente a disposición de los abonados / clientes - usuarios, información relativa a: g) Las tarifas vigentes, así como, el detalle de todos los planes vigentes constantes en sus plataformas y que son comercializados, sin excepciones; y, h) Condiciones y restricciones de todas las promociones y ofertas vigentes.*".

Que, en el Contrato de Concesión del Servicio Fijo de Telefonía Fija Local, Servicio de Telefonía Pública a Través de su propia Infraestructura, Servicio Portador y Servicio de Telefonía de Larga Distancia Nacional, así como la Concesión del Bloque BB' de Frecuencias para operar Sistemas de Acceso Fijo Inalámbrico (WLL), celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y SETEL S. A. el 26 de agosto de 2002, se establece lo siguiente: **CLÁUSULA CUARENTA Y SEIS (46) INFRACCIONES Y SANCIONES:** *La Sociedad Concesionaria se somete a la siguiente Cláusula Penal, que contiene las únicas tipificaciones de infracción y las únicas penas administrativas aplicables.*

Que, la CLÁUSULA CUARENTA Y SEIS PUNTO UNO PUNTO DIEZ (46.1.10) estipula: *Incumplimiento de Regulaciones del Consejo y/o las disposiciones de la Secretaría o de las resoluciones de la Superintendencia constituyen infracción de primera clase cuando se incurra por primera vez en cualquier período de dos (2) años durante el plazo de la Concesión e infracción de segunda clase cuando se incurra por segunda vez en dicho período. Cuando se incurra en infracciones adicionales durante este período, la Sociedad Concesionaria estará sujeto a la Penalidad por Reincidencia.*

Que, la CLÁUSULA CUARENTA Y SEIS PUNTO CUATRO (46.4), de Concesión, previene Penalidades. *Las penalidades para las infracciones tipificadas en la cláusula cuarenta y seis, uno serán las siguientes: CLÁUSULA CUARENTA Y SEIS PUNTO CINCO (46.5): Penalidad por Reincidencia. La Penalidad por Reincidencia será la que corresponda a la infracción anteriormente impuesta, aumentada en un cincuenta por ciento (50%) y así sucesivamente.*

Que, en la CLÁUSULA CUARENTA Y SEIS PUNTO SEIS (46.6) se señala el procedimiento donde consta el juzgamiento a cargo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y la posibilidad de presentar recurso administrativo ante el Consejo.

Que, en ejercicio de sus atribuciones la SUPERTEL emite la Resolución ST-2014-0344 de 04 de septiembre de 2014 dispone en su "**Artículo 1.- DECLARAR** que la empresa SETEL S.A, al no haber publicado en su página web la "**PROMOCIÓN CLIENTES ACTUALES TELEFONÍA RESIDENCIAL - Minutos Locales Setel**", la cual fue reportada mediante Oficio S.11.p.1, ingresado a esta Superintendencia con Hoja de Trámite 02896 de 20 de enero de 2014, inobservó lo previsto en el artículo 29, numerales 29.4 y 29.8, literales g) y h) del Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor



Agregado, expedido por el CONATEL mediante Resolución No. TEL-477-16- sujeta a la penalidad por reincidencia, establecida en la Cláusula CUADRAGÉSIMA SEXTA, numeral Cuarenta y seis. uno. diez (46.1.10) del Contrato de Concesión." Y en su "Artículo 2.- IMPONER a la empresa SETEL S.A., la sanción pecuniaria de USD\$1.500 (MIL QUINIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), de conformidad con lo previsto en la Cláusula Cuadragésima Sexta ordinales Cuarenta y Seis punto Cuatro punto Dos; y, Cuarenta y Seis punto Cinco del Contrato de Concesión, tomando como referencia la multa impuesta en la Resolución No. ST-2013-0395 de 23 de agosto de 2013; (...).

Que, SETEL S.A. en ejercicio de sus derechos constitucionales, legales y contractuales presenta recurso de apelación ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, entidad Competente según lo determina la Cláusula 46.6 del Contrato de Concesión, en contra de la Resolución ST-2014-0344 expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones el 04 de septiembre de 2014.

Que, según Informe Jurídico No. 0129 de 14 de octubre de 2014, la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, señala "El recurso de apelación presentado por la Compañía SETEL S.A. a la Resolución ST-2014-0344, de 04 de septiembre de 2014, expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones, 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 cuarenta y seis punto seis (46.6) 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 14 de octubre de 2014, la Ing. Ana Proaño De La Torre, en calidad de Secretaria Nacional de Telecomunicaciones, según Decreto Ejecutivo Nro. 457 de 19 de septiembre 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 las Direcciones Generales de: 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, según Informe Técnico Jurídico No. 0141, emitido por las Direcciones Generales de Servicios, y Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, SENATEL, el 24 de octubre 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-2014-0344, de 04 de septiembre de 2014, emitida por la SUPERTEL.

Que, según su escrito de apelación SETEL S.A. argumenta ausencia de infracción pues manifiesta haber cumplido a cabalidad con lo establecido en el artículo 29, numeral 29.4, del Reglamento de Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, al publicar la promoción objeto de análisis en: "un "micrositio" de la página web del Grupo TVCable, al cual se podía ingresar haciendo "click" en el banner "Realizar tus pagos nunca fue tan fácil y recibir tantos beneficios" pero los funcionarios de la inspección nunca ingresaron al "micrositio". Además en la parte inferior de la página web hay un link donde se menciona "Promoción cambio de forma de pago" el cual también lleva al mismo "micrositio", donde aparece en detalle la promoción notificada, el mismo que tiene presencia en toda la página del Grupo TVcable.". SETEL señala también que "(...) con el ánimo de atender el requerimiento de vuestra Boleta, SETEL S.A. decidió modificar el banner colocando un aviso de "Click Aquí". Además para mejorar la accesibilidad de la página web institucional, se decidió poner en la portada la información relativa a la promoción objeto de análisis".

Que, al respecto del argumento de ausencia de infracción esgrimido por al operadora; la SUPERTEL manifiesta: "(...) es necesario aclarar que SETEL S.A. notificó con oficio s.11.p.1 de 20 de enero de 2014 a esta Superintendencia, la Promoción "**CLIENTES ACTUALES TELEFONÍA RESIDENCIAL –Minutos Locales Setel**", denominación que no tiene ninguna relación con "Realizar tus pagos nunca fue tan fácil y recibir tantos beneficios" o "Promoción Cambio de Forma de Pago" (lo resaltado y subrayado pertenece al texto)". La SUPERTEL concluye "Del análisis efectuado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de

g

14

Telecomunicaciones, queda confirmada y ratificada desde el punto de vista técnico la existencia del hecho imputado a la operadora como incumplimiento, esto es, no publicar en su página electrónica la promoción denominada "PROMOCIÓN PARA CLIENTES ACTUALES DE TELEFONÍA RESIDENCIAL_MINUTOS LOCALES SETEL".

Que, SETEL argumenta el principio de aplicación de la Ley más favorable al administrado y señala: El "Contrato de Concesión establece para el caso en examen una sanción pecuniaria superior a la indicada en el Art. 29 de la Ley de Telecomunicaciones, y por lo tanto procede aplicar la segunda, conforme a lo indicado en el Art. 76 de la Constitución de la República", en referencia al numeral 5 que señala: "5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora."; además cita la resolución RTV-656-23-CONATEL-2014, en la que con anterioridad el CONATEL aprobó declarar la nulidad del procedimiento administrativo y de la sanción impuesta a la compañía SETEL S.A., según Resolución ST-2014-0176 de 05 de junio de 2014.

Que, la operadora manifiesta que conforme a lo previsto en la Cláusula 46.6 del Contrato de Concesión, del procedimiento previo a la imposición de una sanción, en el punto iii) que hace referencia al plazo para subsanar el incumplimiento, que la SUPERTEL no toma en cuenta esta posibilidad, y expresa "La posibilidad de subsanar las infracciones es un acuerdo suscrito entre las partes, lo cual quiere decir que la SENATEL accedió a conceder esta facultad al Concesionario (...) El art. 29 del Reglamento de Abonados no establece un término específico para cumplir las obligaciones impuestas, por lo tanto, omitir de conceder la facultad al Concesionario de subsanar su presunta infracción constituiría una evidente violación al principio de seguridad jurídica".

Que, frente a este argumento la SUPERTEL señala: "El análisis de esta disposición, (iii) de la Cláusula 46.6) permite determinar que es facultativo y no obligatorio para la Superintendencia de Telecomunicaciones el disponer la subsanación del incumplimiento, siempre y cuando la naturaleza del hecho lo permita. En el caso analizado, cuando se efectuó el control (15 y 16 de abril de 2014) ya había transcurrido medio mes desde el inicio de la promoción (1 de abril de 2014); (...). Por estimar que no es posible volver atrás en el tiempo, -la naturaleza del hecho no lo permite- para remediar efectivamente el incumplimiento y que hacerlo significaría desestimar la determinación del hecho constitutivo de infracción, no procede considerar el argumento de la subsanación esgrimido por SETEL S.A. como eximente de su responsabilidad en el mismo."

Que, al respecto del tema de la reincidencia SETEL S.A., afirma que la SUPERTEL declara la aplicación de la penalización por reincidencia, omitiendo completamente mencionar la razón por la cual cabría tal agravante; afirmación frente a la que la SUPERTEL responde que: "La cláusula 46.5 del Contrato de Concesión señala: "Penalidad por Reincidencia. La Penalidad por Reincidencia será la que corresponda a la infracción anteriormente impuesta, aumentada en un cincuenta por ciento (50%) y así sucesivamente" Para el caso se toma como referencia la multa de US\$1.000 impuesta en la Resolución No. ST-2013-0395 de 23 de agosto de 2013".

Que, la SENATEL en su Informe Técnico Jurídico No. 0141, del 24 de octubre de 2014, manifiesta: SETEL S.A., señala haber dado cumplimiento a la publicación de la promoción cuestionada sin embargo ni el sustento técnico de la Resolución ST-0344-2014 emitida por la SUPERTEL, ni el análisis técnico contenido en el presente informe, han encontrado los argumentos técnicos necesarios para justificar que la operadora ha dado efectivo cumplimiento a la obligación reglamentaria sancionada. Teniendo en cuenta que la obligación de la operadora según el Reglamento de Abonados/Clientes-Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, es mantener informado al usuario de lo dispuesto en el numeral 29.4 y 29.8 literal g) y h); y, en virtud de que la SUPERTEL no ha podido acceder a la información de la "PROMOCIÓN PARA CLIENTES ACTUALES DE TELEFONÍA RESIDENCIAL_MINUTOS LOCALES SETEL"; se establece que no se ha dado cumplimiento a la aludida obligación reglamentaria; La obligación no se satisface simplemente al hacer una publicación en la página web de la operadora sino que ésta debe cumplir con el fin de mantener informado al sujeto que quiera acceder al servicio; en este caso a una promoción; por lo que las publicaciones que se hagan deben tener fácil acceso y contener información completa e inteligible, inclusive que no se preste a confusiones con otras promociones similares, en este sentido, se acepta la argumentación de la SUPERTEL."

9
1

Que, sin embargo del considerando anterior, la SENATEL señala que no es procedente que: "la SUPERTEL haya aplicado el procedimiento sancionatorio y la sanción contenida en el Contrato de Concesión; sino que en virtud de haberse determinado el elemento fáctico como incumplimiento a lo dispuesto en el Art. 29.4 y 29.8 literales g) y h) del Reglamento para Abonados/Clientes-Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, procedía la aplicación de la Ley Especial de Telecomunicaciones, Reformada; según el literal h) del Art. 28 como: "Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones; incumplimiento para el cual la misma Ley contempla un procedimiento y régimen sancionatorio propio en sus Art. 29 al 33.; y determina que se ha vulnerado lo establecido en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución".

Que, mediante oficio SNT-2014-2225, de 20 de noviembre de 2014, se presenta el Informe Técnico Jurídico No. 0141, de 04 de septiembre de 2014, emitido por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, con el cual se recomienda que: "De los antecedentes y análisis técnico realizado se establece que existe un incumplimiento por parte de SETEL S.A. a lo dispuesto por los artículos 29.4 y 29.8 literal g) y h) del Reglamento para Abonados/ Clientes –Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, sin embargo de lo cual se concluye que la Resolución ST-2014-0344 de 04 de septiembre 2014, pese a haber sido emitida por la autoridad competente, esto es, la Superintendencia de Telecomunicaciones, el incumplimiento es reglamentario.-Al ser un incumplimiento reglamentario, el trámite sancionatorio que debió aplicarse es el determinado en los artículos 28 y del 30 al 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada. -En tal virtud y en aplicación del numeral 3, del Art. 76 de la Constitución se recomienda que el CONATEL, avoque conocimiento del presente informe y declare la nulidad del procedimiento administrativo y de la sanción impuesta por violación de procedimiento."

En ejercicio de sus competencias,

RESUELVE:

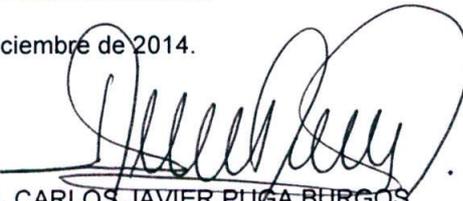
ARTÍCULO UNO. Avocar conocimiento del Informe Técnico - Jurídico No. 0141, de 07 de noviembre de 2014, presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones; remitido al Consejo Nacional de Telecomunicaciones con oficio SNT-2014-2225, de 20 de noviembre de 2014.

ARTÍCULO DOS. Declarar la nulidad del procedimiento administrativo y de la sanción impuesta a la compañía SETEL S.A., en la Resolución ST-2014-0344 de 04 de septiembre de 2014, por violación de procedimiento previsto en los artículos 28 y del 30 al 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, Reformada, en aplicación del numeral 3, del artículo 76 de la Constitución de la República.

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

La presente Resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Quito, D.M., el 10 de diciembre de 2014.


MGS. CARLOS JAVIER PUGA BURGOS
PRESIDENTE DEL CONATEL


ABG. ESTEBAN BURBANO ARIAS
SECRETARIO DEL CONATEL

