

RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015- 00048

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES- ARCOTEL, DECLARA QUE LA COMPAÑÍA OTECEL S.A., INOBSERVÓ LA CLÁUSULA DOCE, NÚMERO DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28), E INCURRIÓ EN UNA INFRACCIÓN DE SEGUNDA CLASE, TIPIFICADA EN LA CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS, NÚMERO CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) LETRA J) DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1.- ADMINISTRADO

El 20 de noviembre de 2008, ante el Notario Trigésimo Noveno, del cantón Quito, se suscribió un 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, entre la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la empresa OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir del 30 de noviembre de 2008. Por tanto, el administrado y sujeto pasivo dentro de este procedimiento es la compañía OTECEL S.A.

El 11 de febrero de 2015, la ex SUPERTEL emitió la Boleta Única N° DJT-2015-0018, notificada a la empresa OTECEL S.A., el 12 de febrero de 2015, mediante Oficio SGN-2015-00198, suscrito por el Secretario General de la ex SUPERTEL.

1.2.- ANTECEDENTES Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

Mediante Memorando N° DST-2015-00005 de 6 de enero de 2015, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ex SUPERTEL puso en conocimiento de la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones, el Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015, que contiene el análisis de facturas correspondientes al tercer trimestre del año 2014, por cobro de gastos administrativos.

En el citado Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015, elaborado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, se concluye y recomienda lo siguiente:

"4 CONCLUSIONES

- *En el informe de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 se observa que en varias facturas OTECEL realizó más de una vez el cobro por "GASTOS ADMINISTRATIVOS"; y, con oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 la operadora reconoce que si cobró este rubro más de una vez por factura a 34491 usuarios.*
- *OTECCEL indica que ha puesto ya en producción un reporte que le permite validar de forma manual los usuarios con este problema y que implementará un proceso automático en su sistema para generar cargos a nivel de cliente respecto al cobro de "Gastos Administrativos", el cual sería puesto en producción aproximadamente el 23 de febrero de 2015.*

- La operadora remite como anexo al oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014, los clientes afectados desde marzo de 2014 hasta octubre de 2014 dando un total de 34491 usuarios.
- Con oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 con hoja de trámite 11455 de la misma fecha, OTECEL manifiesta que realizó Notas de Crédito a 34491 usuarios; y, posteriormente mediante oficio VPR-7916-2014 de 22 de diciembre de 2014, con hoja de trámite 11813 de la misma fecha, la operadora remitió a este Organismo Técnico de Control una muestra de 345 facturas en las que se refleja la notas de Crédito aplicadas.
- Con correo electrónico del 23 de diciembre de 2014, OTECEL señala que por los inconvenientes causados adicional a las notas de crédito, realizó el 19 de diciembre de 2014, una recarga de \$3 en la cuenta principal de los usuarios afectados, cuyo valor es mayor al valor cobrado por "GASTOS ADMINISTRATIVOS"; y, adjunta un archivo Excel con los registros de las transacciones realizadas.

5 RECOMENDACIÓN

En base a lo expuesto esta Dirección Nacional recomienda remitir el presente informe a la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones, para que en caso de considerarlo jurídicamente pertinente, inicie el procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente, en referencia a las conclusiones realizadas en el literal (sic) 4 del presente informe (...).

Con estos antecedentes, el objeto de este procedimiento contractual sancionador es determinar el cumplimiento por parte de OTECEL S.A., de la obligación establecida en la Cláusula Doce del Contrato de Concesión, que estipula: "Son obligaciones de la Sociedad Concesionaria, además de las que se deriven del texto del presente Contrato y las establecidas en la Legislación Aplicable, las siguientes: (...) DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) 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".

"Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley."

“Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”.

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”. (negrita fuera del texto original)

“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. (...)”.

1.3.3. Resolución 001-01-ARCOTEL-2015

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones mediante Resolución 001-01-ARCOTEL-2015 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 462 el 19 de marzo de 2015, en cumplimiento de la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, resolvió:

“Artículo 2.- Aprobar la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presentada con el informe técnico señalado en el artículo precedente, conforme consta del Anexo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Autorizar a la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para que, con sujeción a la estructura temporal aprobada en el Artículo 2 de la presente Resolución, defina el ámbito de competencias y atribuciones y realice las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las Coordinaciones Nacionales Técnicas y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda. (subrayado fuera del texto original)

El numeral 8 de las “CONCLUSIONES” del Informe Técnico para la Aprobación de Estructura Organizacional Temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones-ARCOTEL”, de la Resolución Ibídem señala:

“La estructura temporal de la ARCOTEL permitirá a la institución:

- a) *Garantizar la prestación de los servicios y la entrega de los productos que proveían a sus usuarios de la EX SENATEL, el EX CONATEL y la EX SUPERTEL, durante el tiempo previsto para la transición en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”.*

1.3.4. Resolución 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *“Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De La Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.”.*

1.3.5. Contrato de Concesión del SMA, de OTECEL:

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

La Cláusula Ochenta y uno del Contrato Ibídem, 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 ARCOTEL, tiene competencia para resolver el presente procedimiento contractual sancionador y expedir la Resolución correspondiente y así lo ha aceptado en forma expresa OTECEL S.A., 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 Ibídem 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 OTECEL S.A., 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 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. (...). **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 fuera del texto original)

El 11 de febrero de 2015, la ex SUPERTEL emitió la Boleta Única N° DJT-2015-0018, notificada el 12 de febrero de 2015 a la compañía OTECEL S.A., conforme se desprende del Memorando SGN-2015-00273 de 13 de febrero de 2015, suscrito por el Secretario General de la ex SUPERTEL.

El abogado Fabián E. Corral, ofreciendo poder o ratificación de la compañía OTECEL S.A., contestó a la Boleta Única mediante escrito recibido en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL el 5 de marzo de 2015, con hoja de control y trámite N° 00165.

Con providencia de 10 de marzo de 2015, notificada a la Operadora el 11 de marzo de 2015, atendiendo la solicitud de la expedientada se dispuso agregar al expediente el escrito de contestación recibido en la ARCOTEL con hoja de control y trámite N° 00165; se concedió el término de 3 días, para que dentro del mismo, el Representante Legal de la empresa OTECEL S.A., apruebe o ratifique la intervención efectuada por el abogado Fabián E. Corral; se abrió la causa a prueba por el término de 15 días; y, se señaló día y hora para escuchar en Audiencia a OTECEL S.A., diligencia que se realizó el 18 de marzo de 2015.

Mediante escrito presentado el 13 de marzo del presente año, con hoja de control y trámite N° 00323 el doctor Andrés Donoso E., Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., aprueba y ratifica expresamente los argumentos planteados por el abogado Fabián Esteban Corral.

Del Acta de la Audiencia agregada al expediente, consta que la misma se efectuó el 18 de marzo de 2015, a las 11h00, ante el Delegado de la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, con la intervención del ingeniero Hernán Ordóñez, quien hace referencia a los hechos imputados y expone los argumentos ya presentados en el escrito de contestación (HTCD 00165); y, a más de invocar normas de tipo constitucional, solicita el archivo de la Boleta Única DJT-2015-0018.

Mediante escrito recibido el 20 de marzo del presente año, con hoja de control y trámite N° 00447 el doctor Andrés Donoso E., Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., aprueba y ratifica expresamente la intervención del ingeniero Hernán Ordóñez efectuada en la audiencia llevada a cabo el 18 de marzo de 2015.

Mediante Memorando N° ARCOTEL-SG-2015-0104-M de 15 de abril de 2015, la Secretaria General de la ARCOTEL sobre la solicitud diligencias probatorias por parte de OTECEL S.A., certifica: "(...) de acuerdo a la información constante en los sistemas institucionales de control de documentos, el Representante Legal de la empresa OTECEL S.A., no ha ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, escrito de



prueba relacionado con la Boleta Única No. DJT-2015-0018 de 11 de febrero del año en curso, cuyo término inició el 12 de marzo y concluyó el 01 de este mes y año.”

Con providencia de 6 de abril de 2015, notificada a la compañía OTECEL S.A., el 13 de los mismos mes y año conforme se desprende del Memorando ARCOTEL-SG-2015-0101-M de 15 de abril de 2015, suscrito por la Secretaria General de la ARCOTEL, se declaró cerrado el término de prueba y se concedió el término de tres días para que la Operadora presente alegatos.

A través del escrito recibido el 16 de abril de 2014 en la ARCOTEL con hoja de control y trámite N° 002403 la Operadora presentó sus alegatos.

Mediante Memorando N° ARCOTEL-SG-2015-0144-M de 28 de abril de 2015, la Secretaria General de la ARCOTEL certifica que: “En atención al memorando No. ARCOTEL-DJT-2015-0012-M, remitido por Quipux a la bandeja del CAU el día 20 de abril de 2015, mediante el cual la Dirección General Jurídica solicita certifique si se ha ingresado algún escrito adicional al trámite ARCOTEL-2015-002403, en relación con la Boleta Única DJT-2015-018 de 11 de febrero de 2015 (...) revisado el sistema Quipux, se registra solo el ingreso antes señalado.”

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 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

Del texto de la Boleta Única DJT-2015-0018, se determina que el presunto incumplimiento objeto de este procedimiento, es el siguiente:

“(…) la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A., al haber cobrado el rubro ‘Gastos Administrativos’, mas de una vez por factura, es decir en forma distinta a lo pactado, tal como consta del análisis realizado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante Informes de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 e ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015 a varias facturas que corresponden a los meses de julio, agosto y septiembre de 2014, habría inobservado lo previsto en la **Cláusula Doce, número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28)** del Contrato de Concesión, por lo que estaría cometiendo 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; sin embargo, considerando que la Concesionaria ya fue sancionada por el mismo incumplimiento, con identidad de causa y efecto, como se desprende del párrafo que antecede, la Operadora OTECEL S.A., podría incurrir en un incumplimiento de **TERCERA CLASE**, previsto en la Cincuenta y Dos, número **CINCUENTA Y DOS PUNTO TRES (52.3) letra d)** del contrato de concesión (…)”

La Cláusula Cincuenta y Cinco.- Sanciones Contractuales.- Número **CINCUENTA Y CINCO PUNTO TRES** del Contrato de Concesión dispone: “Sanción a los incumplimientos de

tercera clase: *Corresponde a una multa de entre 501 SBMUs hasta 1250 SBMUs.* (negrita fuera del texto original)

La Cláusula Doce.- Obligaciones generales, del referido contrato establece: que son obligaciones de la Sociedad Concesionaria, además de las que se deriven del texto del presente Contrato y las establecidas en la Legislación Aplicable, las siguientes: "**DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28)** *“Prestar los servicios a los Usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos”.*

La Cláusula Cincuenta y dos “Incumplimientos contractuales”, número CINCUENTA Y DOS PUNTO UNO (52.2), del contrato de concesión considera como incumplimientos **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).”.* (subrayado fuera del texto original)

La Cláusula Cincuenta y Dos, número CINCUENTA Y DOS PUNTO TRES (52.3) de contrato de concesión, dispone: **“Incumplimientos de tercera clase.- Se considerarán como incumplimiento de tercera clase las siguientes acciones u omisiones: (...) d) reincidir en un incumplimiento de segunda clase”.**

II. ANÁLISIS DE FONDO

2.1.- BOLETA ÚNICA

Boleta Única DJT-2015-0018 emitida el 11 de febrero de 2015

Con sustento en el **Informe Jurídico IJ-DJT-2015-0055 de 10 de febrero de 2015**, elaborado por la Dirección Nacional Jurídica de Telecomunicaciones de la ex SUPERTEL, se estableció la pertinencia de iniciar un procedimiento contractual sancionador a la compañía OTECEL S.A., una vez efectuado el análisis que relaciona el hecho determinado en el Informe Técnico N° ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015, con las normas jurídicas pertinentes, del cual se transcribe el siguiente:

“4. ANÁLISIS JURÍDICO.- *El sector de las telecomunicaciones es altamente regulado; en el mismo, la normativa impone deberes y obligaciones que deben ser cumplidos irrestrictamente, porque ha sido concebida para que sea debidamente respetada, a fin de garantizar la prestación eficiente del servicio público de telecomunicaciones que ofrecen las Operadoras a sus usuarios.*

En las cláusulas DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) y CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) letra j) del Contrato de Concesión se impone a la sociedad concesionaria la obligación de prestar a sus usuarios los servicios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos, además se prohíbe cobrar en forma distinta a lo pactado; por lo que si la operadora presta el servicio público cambiando de alguna manera lo pactado, estaría incumpliendo estas disposiciones, conducta que ha sido definida como incumplimiento contractual.

Efectuadas las acciones de vigilancia y control, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante Informe Técnico ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015, analizó y observó que en varias facturas de las remitidas por la empresa OTECEL S.A., que corresponden a los meses de julio, agosto y septiembre de 2014, cobró el rubro



'GASTOS ADMINISTRATIVOS', mas de una vez por factura a 34491 usuarios, es decir forma distinta a lo pactado.

Determinada la premisa fáctica, a fin de que la operadora ejerza su derecho a la defensa, se realiza el siguiente análisis con relación a su calificación legal¹ del hecho imputado:

Aplicación de reincidencia: Con sustento en lo previsto en la cláusula Cincuenta y cuatro (54) del contrato de concesión vigente, se establece que: I) A partir del 26 de agosto de 2014, fecha de notificación de la Resolución ST-2014-0306 de 18 de agosto de 2014, con la que se impuso a la empresa OTECEL S.A., la sanción pecuniaria de SETENTA MIL SETECIENTOS VEINTE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 70.720,00), valor que fue disminuido a TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$35.360,00), mediante Resolución TEL-900-27-CONATEL-2014 de 3 de diciembre de 2014, por cuanto no cumplió con las condiciones pactadas con el usuario al aplicar en la promoción "Paquete Noche", por inobservar lo previsto en la cláusula Doce número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO(12.28) e incurrir en un incumplimiento de segunda clase tipificado en la cláusula Cincuenta y dos, número CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS letra j) del contrato de concesión; se inicia el período de nueve (9) meses para aplicar reincidencias, el mismo que concluye el 26 de mayo de 2015; y, II) El cobro del rubro 'GASTOS ADMINISTRATIVOS', mas de una vez por factura se determina, en el Informe Técnico de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 y se ratifica en Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ITC-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015.

Con fundamento en los documentos y antecedentes analizados esta Dirección considera que, la Sociedad Concesionaria OTECEL S.A., al haber cobrado el rubro 'Gastos Administrativos', mas de una vez por factura, es decir en forma distinta a lo pactado, tal como consta del análisis realizado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante Informes de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 e ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015 a varias facturas que corresponden a los meses de julio, agosto y septiembre de 2014, habría inobservado lo previsto en la **Cláusula Doce, número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28)** del Contrato de Concesión, por lo que estaría cometiendo 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; sin embargo, considerando que la Concesionaria ya fue sancionada por el mismo incumplimiento, con identidad de causa y efecto, como se desprende del párrafo que antecede, la Operadora OTECEL S.A., podría incurrir en un incumplimiento de **TERCERA CLASE**, previsto en la Cincuenta y Dos, número **CINCUENTA Y DOS PUNTO TRES (52.3) letra d)** del contrato de concesión, al cual le corresponde una multa de entre 501 Salarios Básicos Mínimos Unificados hasta 1250 Salarios Básicos Mínimos Unificados, de acuerdo a lo señalado en la Cláusula Cuarenta y Cinco, número Cincuenta y Cinco punto tres del citado Contrato de Concesión."

¹ SOTOMAYOR LUCIA.2007. El Procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. España; Editorial Arazandi, S.A.; p. 116. "La jurisprudencia afirma de manera constante esta exigencia en el procedimiento administrativo sancionador (...) 'si en (...) (la información sobre acusación) no se contiene (...) la calificación jurídica (...), se lesionan las garantías básicas de dicho procedimiento sancionador con la consiguiente vulneración de las contenidas en el art. 24.2 CE. Es por ello, exigible, a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que (...) (la acusación) contenga los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa; en suma que (...) se determinen con precisión los caracteres básicos de la infracción cuya comisión se atribuye al inculpaado'".

2.2.- ARGUMENTOS DE LA EXPEDIENTADA

La compañía OTECEL S.A., dio contestación a la Boleta Única N° DJT-2015-0018 de 11 de febrero de 2015, mediante escrito ingresado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, el 5 de marzo de 2015, con hoja de control y trámite N° 00165, ratificado mediante escrito presentado el 13 de marzo de 2015 con hoja de control y trámite N° 00323; y en lo principal argumentó:

(...) 2.1.1.- Gastos Administrativos

La Boleta Única No. DJT-2015-0018 recibida en OTECEL S.A., el 12 de febrero de 2015 imputa el presunto incumplimiento de la cláusula 12.28 del Contrato de Concesión, la misma que establece que la obligación de la operadora es la de "[P]restar (sic) los servicios a los Usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos". Sin embargo, la facturación no es un servicio contenido dentro de los contratos, es meramente un acto de administración que es consecuencia de los servicios prestados. Es una forma de determinar la cuantía de la obligación de pago por parte del usuario, y esto claramente es diferente del concepto estricto de prestación del servicio propiamente dicho.

El error en la facturación que dio paso al presente proceso sancionador se debe a un error involuntario generado en la facturación sobre el rubro de "Gastos Administrativos; error que fue rectificado y, por el cual a los clientes afectados se les realizó las respectivas compensaciones. Como se aclaró antes, este error no es un cobro diferente a las condiciones pactadas ya que no es un servicio.

*Es importante manifestar que este error en la facturación no está previsto como incumplimiento contractual, sin embargo, si se lo prevé en el Anexo 5, incluso otorgando a la operadora un margen de tolerancia en el indicador de calidad "PORCENTAJE DE RECLAMOS DE FACTURACIÓN Y DÉBITO (sic)", cuyo valor objetivo es $\leq 0.5\%$ del **total de reclamos de facturación del SMA en pospago y débito en prepago sobre el número de líneas activas del Servicio Móvil Avanzado (...).***

A abonados Afectados	Líneas Activas		Valor Objetivo ($\leq 0,05$)	Observación
287	mar-14	5'174.472	0,01%	Anexo 5 Contrato de Concesión (nov-2008) - Valor Objetivo Trimestral
2138	abr-14	5'165.987	0,04%	
6706	may-14	5'139.747		
6604	jun-14	5'155.436		
6427	jul-14	5'106.128	0,13%	Aplicación Resolución TEL-042-001-CONATEL-2014 Valor Objetivo Mensual
8449	ago-14	5'097.346	0,17%	
6639	sep-14	4'995.922	0,13%	
4525	oct-14	4'973.305	0,09%	

(...) 2.1.2.- Inexistencia de reincidencia.

La Boleta que contesto imputa a OTECEL S.A., haber incurrido en reincidencia, lo que configuraría una infracción de tercera clase según lo estipulado en la Cláusula 52.3 del Contrato de Concesión.

Niego categóricamente la existencia de reincidencia. En primer lugar, y como dejo manifestado, no se trata del incumplimiento de la Cláusula 12.28 del Contrato de Concesión ni de la Cláusula 52.2 j) del mismo Contrato. La facturación con error que se ha enmendado oportunamente y de buena fe, no constituye contraprestación del servicio. Por lo tanto, al no existir infracción reiterada, no existe reincidencia.

Por otra parte, y como se trata de la aplicación del Derecho Sancionador -las cláusulas penales son parte de ese Derecho- es preciso obrar con el rigor y la precisión que imponen las reglas de ese carácter. Es decir, hay que considerar que la reincidencia es la repetición, en un período determinado, de la misma infracción objetivamente considerada, y no de la alegación de que se habría violado la misma cláusula, como se sostiene. Una cosa es la identidad objetiva de infracción, en la que concurren la misma causa u origen y el mismo efecto normativo, esto es, exactamente, el mismo antecedente y también la misma pena; y cosa distinta es la aplicación de la misma cláusula en la que, por su amplia redacción, pueden incluirse numerosos comportamientos que queden comprendidos en el amplio concepto de carácter descriptivo, como es "Prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en los contratos".

La identidad de causa y de efecto que establece la Cláusula Cincuenta y Cuatro del Contrato de Concesión exige, para que se configure la reincidencia, de la concurrencia de los siguientes elementos constitutivos: (i) que se trate del mismo incumplimiento, y no de otro, aunque a los dos incumplimiento (sic) se aplique la misma cláusula sancionatoria, y este elemento no existe; (ii) que exista identidad de causa y de efecto; en el presente caso, no existe identidad de causa, es así que, en el caso anterior al que alude la autoridad en la Boleta, y por la cual OTECEL habría sido sancionada (ST-2014-306) consiste en una infracción originada en el presunto incumplimiento de condiciones pactadas con el usuario al aplicar la promoción "paquete noche", en el otro caso, que es que ahora se juzga, se trata de un tema o causa totalmente distinto: errores en la facturación de gastos administrativos. Por lo mismo, la causa es distinta, aunque el efecto sea presuntamente el mismo. No hay concurrencia de infracciones contractuales idénticas, en su causa, como se sostiene equivocadamente en la Boleta.

No habiendo identidad de causa, es decir, tratándose de dos presuntas infracciones distintas, no se configura jurídicamente la previsión contenida en la Cláusula Cincuenta y Cuatro, Reincidencia del Contrato de Concesión, lo cual alego expresamente. (...)

2.1.3.- Medidas Atenuantes.-

Sin perjuicio de lo manifestado antes respecto de la inexistencia de la infracción imputada, y de la inexistencia de reiteración, debo manifestar que la autoridad debe considerar al momento de resolver que OTECEL S.A. verificó antes del inicio del presente proceso de juzgamiento, la existencia de este error en la facturación. En la reunión de trabajo de 4 de diciembre de 2014 con funcionarios de la SUPERTEL, y con oficio VPR-7811-2014 recibido el 10 de diciembre de 2014 (hoja de trámite No. 11455), se presentó un informe detallado sobre el PLAN DE ACCIÓN ejecutado que corrige el error involuntario y la afectación generada por el cobro de más de una vez en la Facturación de "Gastos Administrativos", con la finalidad de precautelar los derechos de los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

EL PLAN DE ACCIÓN ejecutado contempló las siguientes acciones:

- DETECCIÓN DE LA CAUSA RAÍZ DEL PROBLEMA.
- CORRECCIÓN DEL PROBLEMA.
- IDENTIFICACIÓN DEL TOTAL DE ABONADOS AFECTADOS.

R
D
1

- PROCESO DE COMPENSACIÓN.

El 11 de diciembre de 2014, se mantuvo nuevamente una reunión entre los equipos técnicos de la SUPERTEL y OTECEL S.A., con la finalidad de explicar el PLAN DE ACCIÓN ejecutado presentado en el oficio VPR-7811-2014.

En el proceso de compensación se identificó previamente a los abonados afectados determinando que el error se presenta desde marzo del 2014, en tal sentido hasta octubre del 2014 se obtuvo un total de 34.491 clientes afectados, con un valor de \$33.333. (...)

Por el monto antes mencionado, se emitieron las notas de crédito correspondientes a los 34.491 clientes, y mediante oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014, se envió a la SUPERTEL un reporte con los valores y números de las notas de crédito ejecutadas a los clientes afectados. Adicionalmente, y conforme lo solicitado por el ente de control durante la reunión de trabajo del 11 de diciembre de 2014, OTECEL S.A. con oficio VPR-7916-2014, recibido en la SUPERTEL el 22 de diciembre de 2014 (hoja de trámite No. 11813), entregó 345 facturas en las cuales se refleja las notas de crédito aplicadas.

Por los inconvenientes causados, adicional a las notas de crédito, se realizó el 19 de diciembre de 2014 una recarga de \$3 en la cuenta principal de los usuarios afectados, cuyo valor es mayor al cobrado por el error en los "GASTOS ADMINISTRATIVOS". El saldo acreditado no tiene vigencia y puede ser utilizada por el abonado a cualquier destino de llamadas y servicio.

El 23 de diciembre de 2014, mediante correo electrónico, OTECEL S.A. envió un reporte que contiene los registros de las transacciones que reflejan las recargas de \$3 realizadas, la acreditación se realizó a los abonados (números de celular) que actualmente están activos en las plataformas, esto es 24.569 que corresponde a \$73.707". (...)

Finalmente, es preciso mencionar que el 18 de febrero del 2015, se eliminó el cobro por "GASTOS ADMINISTRATIVOS" en la facturación.

Vale mencionar que todas estas medidas tomadas por OTECEL S.A. antes de que empiece el proceso sancionador entran dentro de las atenuantes establecidas en la cláusula Cincuenta y Seis Punto Uno (56.1).

En efecto, la Cláusula Cincuenta y Seis Punto Uno (56.1) del Contrato de Concesión establece en forma imperativa, la figura contractual de las circunstancias atenuantes.

En el caso y de conformidad con lo estipulado en el literal a) de tal cláusula, OTECEL S.A., no ha sido sancionada con anterioridad por la misma causa, conforme a lo manifestado antes, esto es, no existe reincidencia.

De conformidad con lo estipulado en el literal c) de la misma cláusula, la Compañía, como queda demostrado, adoptó en forma amplia medidas de remediación antes del inicio del juzgamiento administrativo en orden a corregir los errores incurridos sin intención ni ánimo de perjudicar a los abonados.

De conformidad con lo previsto en el literal d) de la misma Cláusula, la empresa adoptó medidas compensatorias en beneficio de sus abonados, y lo hizo por su propia iniciativa, en ejercicio del principio de buena fe frente a errores de facturación.



Adjuntamos, como prueba, copia simples de los oficios VPR-7811-2014, de 10 de diciembre de 2014, y VPR-7916-2014, de 22 de diciembre de 2014.

Se servirán considerar las acciones adoptadas por OTECEL S.A., que constituyen medidas atenuantes de las previstas en la cláusula 56.2 del Contrato. No con ello, reconocemos la existencia del incumplimiento contractual imputado en la Boleta, pues un error en la facturación, no constituye un incumplimiento a los "términos y condiciones establecidos en el contrato", conforme he señalado en el presente escrito. (...)

Con tales antecedentes, y en uso de derecho que me conceden el Art. 173 de la Constitución, la Ley de Telecomunicaciones y el Contrato de Concesión, contesto e impugno el contenido de la Boleta Única de Juzgamiento N° DJT-2015-0018 (...)

Pido a usted se sirva señalar día y hora para ser recibidos en audiencia en su despacho con la finalidad de explicar mejor nuestros argumentos y ejercer el derecho a la defensa. (...)

2.3.- PRUEBAS

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

Prueba de cargo:

Dentro del expediente se encuentra como prueba de cargo aportada por la administración, los Informes de Control Tarifario Nos. ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014; ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015, este último reportado con Memorando DST-2015-0005 de 6 de enero de 2015.

Pruebas de descargo:

La Operadora en escritos (contestación a la boleta única y de alegatos) presentados en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones el 5 de marzo y 16 de abril de 2015, con hojas de control y trámite Nos. 00165 y 002493, solicitó que se consideren a su favor las siguientes pruebas de descargo:

- Copia simple de los oficios VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 y VPR-7916-2014 de 22 de diciembre de 2014

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 ARCOTEL-2015-DST-C-00119 de 27 de marzo de 2015, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones realiza el análisis de la contestación presentada por la compañía OTECEL mediante escrito recibido con hoja de control trámite N° 00165, 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) *Hechos*

Sobre la base de lo mencionado por la operadora, a continuación se muestra un cuadro resumen de los antecedentes en relación a la Boleta Única DJT-2015-0018.

Documento	Observaciones
Oficio ITC-2014-02217 (06 de noviembre de 2014) Informe ICT-DST-2014-101 (30 de Octubre de 2014)	La ex Superintendencia de Telecomunicaciones remitió a OTECEL con Oficio ITC-2014-02217 (06-11-2014), el análisis de facturas de III Trimestre de 2014; donde se detectó el cobro duplicado por gastos administrativos
VPR-7611-2014 (17 de noviembre de 2014) y VPR-7728-2014 (25 de noviembre de 2014)	OTECCEL solicitó una reunión de trabajo para tratar el cobro duplicado de gastos administrativos
04 de diciembre 2014 reunión	Se realiza reunión de trabajo solicitada por OTECEL, entre los técnico(sic) de la Ex-SUPERTEL y personal del área regulatoria de la operadora.
VPR-7811-2014 (10 de diciembre de 2014)	OTECCEL remitió su plan de acción detallado en 4 fases: a) <u>Detección del Problema</u> La operadora reconoce que si existió el cobro de "GASTOS ADMINISTRATIVOS" más de una vez por factura debido a que su sistema permite el ingreso de este rubro por línea contratada. b) <u>Corrección del Problema</u> A decir de la operadora, puso en producción un reporte que permitirá validar los usuarios con este problema y que implementará un proceso que permitirá generar cargos a nivel de cliente para el cobro de "Gastos Administrativos", que de acuerdo al cronograma remitido mediante oficio VPR-7916-2014 de 22 de diciembre de 2014, estará listo el 23 de febrero de 2015. c) <u>Identificación de Afectados</u> OTECCEL adjunta al oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014, un listado en Excel de 41775 registros en los que consta el código del cliente el mes en el cual ocurrió el error, el valor y número de las Notas de Crédito que dan un total de \$33.333,67. d) <u>Compensación</u> OTECCEL manifiesta en el oficio VPR-7811-2014, que realizó Notas de Crédito a los 34491 usuarios afectados desde marzo de 2014 hasta octubre de 2014; y, que realizará una recarga de \$3 a los usuarios afectados como compensación.
VPR-7916-2014 (22 de diciembre de 2014)	OTECCEL remite a la Ex-SUPERTEL una muestra de 345 facturas en las que se aplicaron las notas de crédito por el cobro de gastos administrativos duplicado.

Como se puede observar en el cuadro anterior, el cobro duplicado por Gastos Administrativos fue detectado por este Organismo Control y conocido por OTECEL una vez que esta Agencia le remitió el Informe Técnico ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 referente al análisis de las facturas de 3er Trimestre de 2014.

000048

Es preciso mencionar que de acuerdo a la información entregada por la operadora OTECEL realizó el cobro de valores por "GASTOS ADMINISTRATIVOS" a partir de 8 de marzo de 2014, por lo que desde esta fecha existen casos de duplicidad en el valor cobrado por este rubro, dando un total de 34491 usuarios afectados en el periodo comprendido de marzo de 2014 a octubre de 2014.

En base a lo mencionado, se puede indicar que el cobro duplicado por gastos administrativos no ocurrió únicamente en la facturación de un mes, por lo que no se le puede atribuir a un error de facturación como OTECEL menciona; dicho cobro se debió a que el sistema permite configurar este rubro más de una vez por contrato; dependiendo el número de líneas contratadas.

b) Con oficio S/N, ingresado a ARCOTEL con H.T. 00165 de 05 de Marzo de 2015, OTECEL señala lo siguiente:

"El error en la facturación que dio paso al presente proceso sancionador se debe a un error involuntario generado en la facturación sobre el rubro de "Gastos Administrativos; error que fue rectificado y, por el cual a los clientes afectados se les realizó las respectivas compensaciones. Como se aclaró antes, este error no es un cobro diferente a las condiciones pactadas ya que no es un servicio."

Al respecto, debo indicar que el presente proceso sancionador se inició por cobrar a 34491 un valor total de \$1,34 al mes por el concepto de "Gastos Administrativos", cuando el valor acordado es de \$0,67, ya que al duplicar un rubro está duplicando al abonado el valor final de este; como se puede observar a continuación.

Otecel S.A. / Av. República E7-16 y la Pradera. Quito / RUC 1791256119001		No. Factura: 001-327-909037442 Fecha de Emisión: Agosto 02, 2014	
EDISON DAVID PACHECO ORCZCO EDISON PACHECO CALLE PROFETA AGEO S2-375 JOSE Y CALLE H-10 SECTOR QUAMANI BARRIO SANTO TOMAS		Número de Celular: 095 891 6785 Plan Tarifario: Plan Smart Compartidos 27 Número de Cuenta: 26440779 Número de Líneas Celulares: 1 de 1 Cédula / RUC / Pasaporte: 1722027537	
QUITO, PICHINCHA			
DETALLE			
Periodo de facturación del 02-Julio-2014 al 01-Agosto-2014			
SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES			
TARIFA PLAN		5,8065	No válido para efectos tributarios
TIEMPO CONSUMIDO ADICIONAL MOVISTAR (39 min 36 seg)		4,1937	
PAQUETE 200 SMS TODO DESTINO \$2		0,0645	
PAQUETE INTERNET DOBLE MB \$9,99		0,3223	
Sub-Total Servicios de Telecomunicaciones		10,3870	
OTROS SERVICIOS			
GASTOS ADMINISTRATIVOS**		0,6700	
GASTOS ADMINISTRATIVOS**		0,6700	
Sub-Total Otros Servicios		1,3400	
Sub-Total Servicios de Telecomunicaciones + Otros Servicios		11,7270	
IMPUESTOS			
IVA 12%		1,4072	
IVA 0%		0,0000	
Sub-Total Impuestos		1,4072	
Total Factura del Mes (Servicios Telecomunicaciones + Otros Servicios + Impuestos)		13,1342	
Fecha Máxima de Pago:		18 de Agosto del 2014	

Figura 1. Factura No. 001-327-009037442 correspondiente al mes de agosto de 2014

En referencia a lo que indica la operadora “ya que no es un servicio”, me permito señalar que el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado de la Operadora OTECEL S.A., suscrito el 20 de noviembre de 2008 expresa lo siguiente:

o *Cláusula cuarenta y seis.- Facturación.- "CUARENTA Y SEIS PUNTO DOS (46.2).- Contenido de la Factura.- De conformidad con el Ordenamiento Jurídico vigente, la Sociedad Concesionaria emitirá una factura, cuando corresponda, en donde conste el valor de los consumos por todos los servicios legalmente contratados, ordenados o autorizados por los Usuarios y prestados como resultado del presente Contrato; los correspondientes recargos legales, tales como intereses, impuestos u otros y los demás valores relacionados con la prestación de tales servicios y que correspondan al giro ordinario de su negocio. Para estos efectos, todos los conceptos reflejados en la factura deberán desglosarse y detallarse de manera clara y exhaustiva, con el objeto de que los Usuarios conozcan con exactitud y claridad cada uno de los rubros que deberán pagar. Está prohibido incluir en la factura conceptos diferentes no relacionados con los servicios contratados, que desnaturalicen el objeto social de la Sociedad Concesionaria y, si fuere necesario, se facturarán independientemente".*

Por lo expuesto, el cobro por el rubro de “Gastos Administrativos”, es un recargo legal, directamente relacionado con la prestación de los servicios contratados por el usuario por lo que su valor mensual es parte de los términos y condiciones establecidas con el abonado.

c) **Anexo 5**

La Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, y específicamente el índice de calidad denominado “PORCENTAJE DE RECLAMOS DE FACTURACIÓN Y DÉBITO”; es referente al **porcentaje de reclamos** realizados por los usuarios respecto con la facturación y débito y señala lo siguiente:

“Se entiende por Reclamo de facturación y débito, aquel que tiene lugar cuando el usuario manifiesta inconformidad por uno o varios cargos reflejados en la factura o en el débito (...)

Forma de medición

Medido a través del sistema de procesamiento de Reclamos de facturación o débito, registrados por el prestador del servicio. (...)

Fr: Total de Reclamos de facturación del SMA en pospago y débito en prepago, en el mes objeto.”.

En base a lo mencionado, cabe indicar que el Informe Técnico No. ICT-DST-2015-0001 de 05 de enero de 2015, al que hace referencia la Boleta Única DJT-2015-0018, no realiza el análisis de cuántos reclamos fueron presentados por los usuarios relacionados con la facturación y débito; el mencionado informe se manifiesta el **cobro duplicado** por “GASTOS ADMINISTRATIVOS”, verificado dentro del control de facturación trimestral que realiza esta Dirección Nacional.

Como se puede observar la Boleta Única DJT-2015-0018 no guarda relación con los

reclamos realizados por los usuarios respecto a facturación y débito como OTECEL argumenta en su respuesta y en la audiencia realizada.

d) **Circunstancias Atenuantes**

"Haber adoptado medidas de remediación frente al posible incumplimiento, previo a la imposición de la sanción"

OTECCEL indicó en el oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 que ha puesto ya en producción un reporte que le permite validar de forma manual los usuarios con este problema y que implementará un proceso automático en su sistema para generar cargos a nivel de cliente respecto al cobro de "Gastos Administrativos", el cual sería puesto en producción aproximadamente el 23 de febrero de 2015.

Adicionalmente, en el oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 con hoja de trámite 11455 de la misma fecha, OTECEL manifiesta que realizó Notas de Crédito a 34491 usuarios devolviendo los valores cobrados por la duplicidad del rubro "Gastos Administrativos"; y, posteriormente mediante oficio VPR-7916-2014 de 22 de diciembre de 2014, con hoja de trámite 11813 de la misma fecha, la operadora remitió a este Organismo Técnico de Control una muestra de 345 facturas en las que se refleja las notas de Crédito aplicadas.

"Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al posible incumplimiento, previo a la imposición de la sanción"

Con correo electrónico del 23 de diciembre de 2014, OTECEL señala que por los inconvenientes causados adicional a las notas de crédito, realizó el 19 de diciembre de 2014, una recarga de \$3 en la cuenta principal de los usuarios afectados; y, adjunta un archivo Excel con los registros de las transacciones realizadas.

4. **CONCLUSIÓN:**

En virtud de lo expuesto, desde el punto de vista técnico, esta Dirección Nacional considera que la operadora OTECEL no ha desvirtuado el cometimiento del hecho imputado en la Boleta Única No. DJT-2015-00018 de 11 de febrero de 2015."

ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ALEGATOS PRESENTADOS.-

Con Memorando ARCOTEL-DCS-2015-0046-M de 24 de abril de 2015, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones realiza el análisis de los alegatos presentados por la compañía OTECEL S.A. mediante escrito recibido el 16 de abril de 2015, con hoja de control y trámite N° 002403, y emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

"(...) 1 CONTESTACIÓN DE LA OPERADORA

Con oficio S/N, ingresado a la ARCOTEL con hoja de control y trámite No. 002403, de 16 de abril de 2015, OTECEL S.A. señala lo siguiente:

"El día 12 de febrero de 2015 se me notificó con la Boleta Única No. DJT-2015-0018, emitida el 11 de febrero de 2015 por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la cual se imputa a OTECEL S.A. el supuesto incumplimiento de la cláusulas DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28) y Cincuenta y Dos Punto Dos, letra j) del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado. (...)

2.- Alegatos.

2.1 Error de concepto que vicia el Proceso Sancionador

Mediante oficio ITC-2015-02217 recibido en OTECEL el 10 de noviembre de 2014, la SUPERTEL, en base al Informe de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014, correspondiente al análisis de las facturas de junio, julio y agosto de 2014, señaló lo siguiente: "Se observa que en varias facturas de junio, julio y agosto de 2014, señaló lo siguiente: "GASTOS ADMINISTRATIVOS", cobrando dos veces al usuario por el mismo servicio adicional" (...)

2.1.1 Gastos Administrativos

La Boleta Única No. DJT-2015-0018 recibida en OTECEL S.A. el 12 de febrero de 2015 imputa el presunto incumplimiento de la cláusula 12.28 del Contrato de Concesión, la misma que establece que la obligación de la operadora es la de "[P]restar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos". Sin embargo, la facturación no es un servicio contenido dentro de los contratos, es meramente un acto de administración que es consecuencia de los servicios prestados. Es una forma de determinar la cuantía de la obligación de pago por parte del usuario, y esto claramente es diferente del concepto estricto de prestación del servicio propiamente dicho.

El error en la facturación que dio paso al presente proceso sancionador se debe a un error involuntario generado en la facturación sobre el rubro de "Gastos Administrativos; error que fue rectificado y, por el cual a los clientes afectados se les realizó las respectivas compensaciones. Como se aclaró antes, este error no es un cobro diferente a las condiciones pactadas ya que no es un servicio.

Es importante manifestar que este error en la facturación no está previsto como incumplimiento contractual, sin embargo, si se lo prevé en el Anexo 5, incluso otorgando a la operadora un margen de tolerancia en el indicador de calidad "PORCENTAJE DE RECLAMOS DE FACTURACIÓN Y DÉBITO (sic)", cuyo valor objetivo es $\leq 0.5\%$ del **total de reclamos de facturación del SMA en pospago y débito en prepago sobre el número de líneas activas del Servicio Móvil Avanzado** (...).

2.1.3.- Medidas Atenuantes.-

Sin perjuicio de lo manifestado antes respecto de la inexistencia de la infracción imputada, y de la inexistencia de reiteración, debo manifestar que la autoridad debe considerar al momento de resolver que OTECEL S.A. verificó antes del inicio del presente proceso de juzgamiento, la existencia de este error en la facturación. En la reunión de trabajo de 4 de diciembre de 2014 con funcionarios de la SUPERTEL, y con oficio VPR-7811-2014 recibido el 10 de diciembre de 2014 (hoja de trámite No. 11455), se presentó un informe detallado sobre el PLAN DE ACCIÓN ejecutado que corrige el error involuntario y la afectación generada por el cobro de más de una vez en la Facturación de "Gastos Administrativos", con la finalidad de precautelar los derechos de los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

EL PLAN DE ACCIÓN ejecutado contempló las siguientes acciones:

- DETECCIÓN DE LA CAUSA RAÍZ DEL PROBLEMA.

000048

- CORRECCIÓN DEL PROBLEMA.
- IDENTIFICACIÓN DEL TOTAL DE ABONADOS AFECTADOS.
- PROCESO DE COMPENSACIÓN.

El 11 de diciembre de 2014, se mantuvo nuevamente una reunión entre los equipos técnicos de la SUPERTEL y OTECEL S.A., con la finalidad de explicar el PLAN DE ACCIÓN ejecutado presentado en el oficio VPR-7811-2014.

En el proceso de compensación se identificó previamente a los abonados afectados determinando que el error se presenta desde marzo del 2014, en tal sentido hasta octubre del 2014 se obtuvo un total de 34.491 clientes afectados, con un valor de \$33.333.

(...) Por el monto antes mencionado, se emitieron las notas de crédito correspondientes a los 34.491 clientes, y mediante oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014, se envió a la SUPERTEL un reporte con los valores y números de las notas de crédito ejecutadas a los clientes afectados. Adicionalmente, y conforme lo solicitado por el ente de control durante la reunión de trabajo del 11 de diciembre de 2014, OTECEL S.A. con oficio VPR-7916-2014, recibido en la SUPERTEL el 22 de diciembre de 2014 (hoja de trámite No. 11813), entregó 345 facturas en las cuales se refleja las notas de crédito aplicadas.

Por los inconvenientes causados, adicional a las notas de crédito, se realizó el 19 de diciembre de 2014 una recarga de \$3 en la cuenta principal de los usuarios afectados, cuyo valor es mayor al cobrado por el error en los "GASTOS ADMINISTRATIVOS". El saldo acreditado no tiene vigencia y puede ser utilizada por el abonado a cualquier destino de llamadas y servicio.

El 23 de diciembre de 2014, mediante correo electrónico, OTECEL S.A. envió un reporte que contiene los registros de las transacciones que reflejan las recargas de \$3 realizadas, la acreditación se realizó a los abonados (números de celular) que actualmente están activos en las plataformas, esto es 24.569 que corresponde a \$73.707".

ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

La operadora OTECEL S.A. dentro del período de alegatos remite el oficio S/N, ingresado a ARCOTEL con hoja de trámite y control 002403 de 16 de Abril de 2015, en el cual no agrega argumento técnico adicional al ya presentado en contestación a la Boleta Única No. DJT-2015-00018 de 11 de febrero de 2015 por lo que, esta Dirección Nacional ratifica lo indicado en el memorando ARCOTEL-2015-DST-C00119 de 27 de marzo de 2015, con el cual emitió el criterio técnico respectivo.

Adicional a lo indicado me permito analizar lo siguiente:

Gastos Administrativos

Con oficio S/N, ingresado a ARCOTEL con hoja de trámite 002403 de 16 de Abril de 2015, OTECEL en alegato a la Boleta Única No DJT-2015-00018 de 11 de febrero de 2015, señala lo siguiente:

"(...) la facturación no es un servicio contenido dentro de los contratos, es meramente

un acto de administración que es consecuencia de los servicios prestados, es meramente un acto de administración que es consecuencia de los servicios prestados."

Además, la cláusula 46.2 del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado de la Operadora OTECEL S.A. establece que: "emitirá una factura, cuando corresponda, en donde conste (...) los correspondientes recargos legales, tales como intereses, impuestos u otros y los demás valores relacionados con la prestación de tales servicios y que correspondan al giro ordinario de su negocio", por lo tanto, el cobro por el rubro de "Gastos Administrativos", no es un servicio prestado a los usuarios pero si constituye un recargo legal, directamente relacionado con la prestación de los servicios contratados por el usuario; por lo cual, es parte de los términos y condiciones acordadas entre el usuario y la operadora.

Por lo tanto OTECEL S.A., al duplicar el valor cobrado por este rubro estaría cambiando las condiciones inicialmente pactadas con sus usuarios.

Detección del Problema

Por otra parte, con oficio S/N, ingresado a ARCOTEL con H.T. 002403 de 16 de Abril de 2015, OTECEL manifiesta lo siguiente:

"OTECCEL S.A. verificó antes del inicio del presente proceso de juzgamiento, la existencia de este error de facturación."

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones remitió a OTECEL S.A., con Oficio ITC-2014-02217 (06-11-2014), el análisis de facturas de III Trimestre de 2014; donde se detectó el cobro duplicado por gastos administrativos, y fue conocido por la operadora una vez que esta Agencia le remitió el Informe Técnico ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 adjunto al mencionado oficio., es decir, la existencia de este "error de facturación" fue detectado por ARCOTEL, más no por la operadora.

Acciones realizadas por la operadora

"Haber adoptado medidas de remediación frente al posible incumplimiento, previo a la imposición de la sanción"

a) Mediante oficio S/N, ingresado a ARCOTEL con H.T. 002403 de 16 de Abril de 2015, en alegato a la Boleta Única No DJT-2015-00018 de 11 de febrero de 2015, OTECEL señala lo siguiente:

"(...) con oficio VPR-7916-2014, recibido en la SUPERTEL el 22 de diciembre de 2014 (hoja de trámite No. 11813), entregó 345 facturas en las cuales se refleja las notas de crédito aplicadas."

Al respecto, debo indicar que esta Dirección Nacional analizó las facturas remitidas por OTECEL, verificando que en efecto se realizó el 13 de noviembre de 2014, la devolución de los valores cobrados a los usuarios en exceso y que fue detallado en el estado de cuenta como "Ajuste- Ajuste Interno".

Además, con oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 ingresado a esta Agencia con hoja de trámite No 11455, OTECEL indicó que ha puesto ya en

00048

producción un reporte que le permite validar de forma manual los usuarios con este problema y que implementará un proceso automático en su sistema para generar cargos a nivel de cliente respecto al cobro de "Gastos Administrativos", el cual sería puesto en producción aproximadamente el 23 de febrero de 2015.

Como se observa la operadora ha tomado medidas de remediación al devolver los valores cobrados y evitar que se vuelva duplicar el valor por Gastos Administrativos.

"Haber adoptado medidas compensatorias a favor de los usuarios frente al posible incumplimiento, previo a la imposición de la sanción"

b) Finalmente, en el oficio S/N, ingresado a la ARCOTEL con H.T. 002403 de 16 de Abril de 2015, en alegato a la Boleta Única No DJT-2015-00018 de 11 de febrero de 2015, OTECEL señala lo siguiente:

"OTECEL S.A. envió un reporte que contiene los registros de las transacciones que reflejan las recargas de \$3 realizadas, la acreditación se realizó a los abonados."

En referencia a la acreditación de los 3 dólares, OTECEL remitió con correo electrónico del 23 de Diciembre de 2014, un archivo Excel que contiene los registros de las transacciones de las recargas de \$3 realizadas a los abonados, señalando lo siguiente:

"Las acreditaciones que se realizan en la plataforma Altamira, se registran en la tabla PPGA_ACTABOPRE, en el campo IMP_COSTE configurado en mili dólares (-), la transacción de recarga se identifica: 'RC' en el campo COD_ACTUACION. Conforme se evidencia en estos registros de la tabla PPGA_ACTABOPRE la acreditación se realizó el 19 de diciembre de 2014 mediante asignación de saldo en la cuenta principal (bolsa 1 recargas), dicho saldo no tiene vigencia y podrá ser utilizado por el abonado a cualquier destino de llamadas".

En base a lo anterior, debo indicar que las compensaciones fueron realizadas por la operadora después de que esta Agencia detectó e informó a OTECEL la duplicidad de los cobros por Gastos Administrativos, mediante el Informe de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014.

Adicionalmente, en el reporte que remitió OTECEL consta una recarga de \$3 realizados a 24569 abonados; por lo que al dar un saldo adicional a la devolución de los valores cobrados de forma duplicada, la operadora estaría compensando a los usuarios afectados.

2. CONCLUSIÓN:

En base a los argumentos expuestos por la operadora, es criterio de la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que la operadora OTECEL técnicamente no ha desvirtuado el cometimiento del hecho imputado en la Boleta Única No. DJT-2015-00018 de 11 de febrero de 2015."

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA OPERADORA

En relación a lo manifestado por la compañía OTECEL S.A., y con base en el análisis técnico contenido en los Memorandos ARCOTEL-2015-DST-C-00119 de 27 de marzo de 2015 y ARCOTEL-DCS-2015-0046-M 24 de abril de 2015, emitidos por la Dirección

Nacional de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, la Dirección Jurídica de Control de las Telecomunicaciones de la ARCOCEL en Informe Jurídico IJ-DJT-C-2015-019 de 28 de abril de 2015 realiza el siguiente análisis:

“PRIMERO: El Señor Fabián Esteban Corral, abogado de la compañía OTECEL S.A., ofreciendo poder o ratificación de la misma, dentro del término contractual de quince (15) días concedido para el efecto, mediante escrito recibido el 5 de marzo de 2015, con hoja de control y trámite N° 00165, dio respuesta a los cargos constantes en la Boleta Única N° DJT-2015-0018 de 11 de febrero de 2015, la cual fue notificada² el 12 del mismo mes y año, según se desprende de la certificación constante en Memorando SGN-2015-00273 de 13 de febrero de 2015, suscrito por el Secretario General de la ex SUPERTEL.

Ratificación y legitimación

Mediante escrito presentado el 13 de marzo del presente año, con hoja de control y trámite N° 00323 el doctor Andrés Donoso E., Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., aprueba y ratifica expresamente los argumentos planteados por el abogado (letrado)³ Fabián Esteban Corral, y autoriza a los doctores Fabián Corral B., Elena Barriga y María Elena Corral, para que presenten en nombre y representación de OTECEL S.A., cuanto escrito sea necesario en defensa de los intereses de la compañía OTECEL S.A., razón por la cual se declara legitimada la intervención del abogado Fabián Esteban Corral, a nombre y representación de la citada Operadora, en observancia al artículo 36 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ex SUPERTEL, por lo que se ha procedido a considerar la respuesta a la Boleta Única N° DJT-2015-018, en observancia de sus derechos constitucionalmente protegidos, particularmente del debido proceso y de su derecho a la defensa.⁴

Con estos antecedentes, y considerando que los alegatos presentados por la Operadora son los mismos que los argumentos utilizados en el escrito de contestación a la Boleta Única, esta Dirección realizará un análisis conjunto de las dos piezas procesales, y desde el punto de vista jurídico señala lo siguiente:

En la contestación a la Boleta Única, OTECEL S.A. expone los argumentos de su defensa, con énfasis en los siguientes:

²MARCO 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)

³ SOTOMAYOR LUCIA. 2007. El Procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. España; Editorial Arazandi, S.A.;p. 249. “El derecho a la asistencia de letrado comporta la facultad del imputado de designar libremente a un abogado de confianza, el que considere más adecuado para defenderlo ante los tribunales. La Jurisprudencia constitucional ha declarado que el contenido esencial de este derecho fundamental es <en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable>. En efecto, no consiste en proveer al acusado de un abogado cualquiera, sino que exige el cumplimiento de un orden de designación sucesiva. En primer lugar el acusado tiene derecho a elegir a un abogado de confianza (...).”

⁴TOMÁS HUTCHINSON. Régimen de Procedimientos Administrativos, Editorial Astrea, Novena Edición, 2010, pág. “3) Principio de defensa. La garantía de la defensa en juicio es aplicable al procedimiento administrativo, dada la naturaleza profundamente axiológica y fundamental de este principio constitucional, cuya plena vigencia es la base esencial del goce de los restantes derechos individuales. (...)”.

SEGUNDO: LA FACTURACIÓN NO ES UN SERVICIO CONTENIDO DENTRO DEL CONTRATO

En lo atinente a que:

"La Boleta Única No. DJT-2015-0018 (...) imputa el presunto incumplimiento de la cláusula 12.28 del Contrato de Concesión, la misma que establece que la obligación de la operadora es la de "Prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos". Sin embargo, la facturación no es un servicio contenido dentro del contrato, es meramente un acto de administración que es consecuencia de los servicios prestados. Es una forma de determinar la cuantía de la obligación de pago por parte del usuario, y esto claramente es diferente del concepto estricto de prestación del servicio propiamente dicho".

Esta Dirección manifiesta lo siguiente:

La Cláusula cuarenta y seis.- Facturación del contrato de concesión estipula:

*"CUARENTA Y SEIS PUNTO UNO (46.1) La Sociedad Concesionaria, por la prestación de los Servicios Concesionados, emitirá las facturas y demás comprobantes de naturaleza tributaria, cuando corresponda, con sujeción al Ordenamiento Jurídico Vigente. CUARENTA Y SEIS PUNTO DOS (46.2).- Contenido de la Factura.- De conformidad con el Ordenamiento Jurídico vigente, la Sociedad Concesionaria emitirá una factura, cuando corresponda, en donde conste el valor de los consumos por todos los servicios legalmente contratados, ordenados o autorizados por los Usuarios y prestados como resultado del presente Contrato; los correspondientes recargos legales, tales como intereses, impuestos u otros y los demás valores relacionados con la prestación de tales servicios y que correspondan al giro ordinario de su negocio. Para estos efectos, todos los conceptos reflejados en la factura deberán desglosarse y detallarse de manera clara y exhaustiva, con el objeto de que los Usuarios conozcan con exactitud y claridad **cada uno de los rubros que deberán pagar**. Está prohibido incluir en la factura conceptos diferentes no relacionados con los servicios contratados, que desnaturalicen el objeto social de la Sociedad Concesionaria y, si fuere necesario, se facturarán independientemente". (negrita y subrayado fuera del texto original)*

Las cláusulas DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO(12.28) y CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) letra j) del Contrato de Concesión imponen a la sociedad concesionaria la obligación de prestar a sus usuarios los servicios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos, además prohíben cobrar en forma distinta a lo pactado; por lo que si la operadora presta el servicio público cambiando de alguna manera lo pactado, estaría incumpliendo estas disposiciones, conducta que ha sido definida como incumplimiento contractual.

Las facturas son comprobantes de venta o documentos que sustentan la transferencia de un bien o la prestación de un servicio, las cuales de acuerdo a la Cláusula cuarenta y seis numeral CUARENTA Y SEIS PUNTO DOS (46.2) del contrato de concesión deben contener el valor de los consumos por los servicios legalmente contratados y otros recargos legales como son los `gastos administrativos`.

Sobre este tema la Dirección Nacional de Control de Telecomunicaciones en Memorando ARCOTEL-DCS-0046-M de 24 de abril de 2015, manifiesta: "(...) el cobro por el rubro de "Gastos Administrativos", no es un servicio prestado a los usuarios pero si constituye un recargo legal, directamente relacionado con la prestación de los servicios contratados por el usuario; por lo cual, es parte de los términos y

condiciones acordadas entre el usuario y la operadora.” (negrita y subrayado fuera del texto original)

De lo indicado se colige que la factura se entrega por concepto de la prestación de un servicio, como resultado de la suscripción de un contrato con el usuario, dentro del cual la Operadora se obliga además a detallar con exactitud y claridad no solo el valor de cada uno de los servicios que el usuario legalmente contrató, sino también de los recargos legales que este debe pagar como es el caso de ‘Gastos Administrativos’; el cual fue cobrado más de una vez por factura, configurándose el cobro distinto a lo pactado por el servicio prestado, evidenciándose que la prestadora incumplió lo previsto en la cláusula Doce número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) en concordancia con la la Cláusula Cincuenta y Dos, número Cincuenta y Dos punto Dos letra j) del mismo instrumento legal.

TERCERO: ACERCA DEL COBRO Y LA COMPENSACIÓN DE LOS PERJUICIOS

En lo relativo a:

“(…) El error en la facturación que dio paso al presente proceso sancionador se debe a un error involuntario generado en la facturación sobre el rubro de “Gastos administrativos”; error que fue rectificado y, por el cual a los clientes afectados se les realizó las respectivas compensaciones (…)

En forma previa es necesario señalar que el hecho reportado fue detectado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ex SUPERTEL, mediante Informe Técnico ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015, en el cual se analizó y observó que en varias facturas de las remitidas por la empresa OTECEL S.A., correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre de 2014, cobró el rubro ‘Gastos Administrativos’, más de una vez por factura a 34491 usuarios, es decir en forma distinta a lo pactado, ya que la Operadora cobró un valor total de \$1.34 al mes por concepto de ‘Gastos Administrativos’, cuando el valor acordado es de \$0,67, y considerando que la operadora esgrime en su defensa que existió **un error involuntario generado en la facturación sobre el rubro de ‘Gastos Administrativos’** y que conciente de la afectación a los 34491 usuarios, a partir del cual han buscado determinar el perjuicio ocasionado a todos sus usuarios y en virtud de ello, tomar las respectivas medidas correctivas en sus sistemas, así como remediar de la mejor manera a sus usuarios; se manifiesta que el reconocimiento de la Operadorahace evidente el descuido, y que la adopción de acciones o medidas **oportunas** habrían evitado el resultado dañoso, siendo pertinente señalar que el servicio público que le fue concesionado, se rige entre otros por los principios⁵ de eficiencia y responsabilidad, por lo que la prestadora debe ser **diligente**, y tomar todo tipo de precauciones que anulen o mimimicen los riesgos que puedan presentarse, erradicando **incluso la posibilidad de equivocarse**⁶.

Por estar intrínsecamente relacionado con el objeto principal de este procedimiento contractual sancionador, me permito recurrir a lo expresado por la empresa OTECEL S.A.,

⁵La Cláusula Treinta y Cuatro punto Uno, del contrato de concesión determina: “La Sociedad concesionaria está obligada a prestar los Servicios Concesionados sobre la base de los principios: eficiencia, responsabilidad, universalidad, a accesibilidad continuidad y calidad, conforme a los previsto en el presente Contrato, así como en las decisiones que fueran emitidas por el CONATEL y la SENATEL de conformidad con la Legislación Aplicable.”

⁶ NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Cuarta Edición totalmente reformada. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) 2006, págs. 406-407) “Cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada, se esfuma la posibilidad de error”.

en el Oficio N° VPR-78-2014 de 10 de diciembre de 2014 ingresado en la misma fecha a la ex SUPERTEL con hoja de control trámite N° 11455, en cuya parte pertinente consta:

(...) 1. DETECCIÓN DEL PROBLEMA

En el sistema comercial se permite ingresar el servicio suplementario de "Gastos Administrativos" una vez por cada abonado, pero un cliente puede tener más de un abonado por lo que puede darse el caso que a cada abonado se le active "Gastos Administrativos", lo que provoca que en la misma factura se cobre más de una vez. (...)

2.- CORRECCIÓN DEL PROBLEMA

Se desarrolló un reporte que permita detectar estos casos desactivar el servicio suplementario de "Gastos Administrativos" que se encuentre activado más de una vez en un mismo cliente, este reporte se ejecuta mensualmente; y posteriormente se gestionan las notas de crédito correspondiente. **(En producción)**.- Se solicitó al proveedor la implementación de un proceso que permitirá generar cargos a nivel de cliente para el cobro de "Gastos Administrativos", este proceso permitirá generar un solo cargo por cliente sin importar el número de abonados. (Puesto en producción aproximadamente fines de Enero de 2015), se confirmará la fecha exacta el lunes 15 de diciembre (...)

3.- IDENTIFICACIÓN DE AFECTADOS.- Se procedió a validar a los clientes afectados a partir de la fecha de pronunciamiento del CONATEL (Resolución TEL-149-06-CONATEL-2014 de 8 de marzo de 2014) hasta octubre de 2014.

N° Clientes	Valor afectado \$	Total Valor Notas de Crédito
34491	\$33.333	\$33.333

”

De lo expuesto se concluye que la Operadora conoció y aceptó que realizó el cobro de valores por concepto de "Gastos Administrativos", más de una vez a 34.491 abonados. Además de la documentación que OTECEL S.A., aporta al proceso y conforme lo manifiesta en su contestación ratifica la existencia de un error involuntario de facturación y la afectación generada por el cobro de más de una vez en la Facturación mencionada.

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 OTECEL S.A., en el sentido que la Resolución que emita la ARCOTEL respecto de los incumplimientos contractuales deberá ceñirse a lo establecido en el presente Contrato; y, la supuesta existencia de un error 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.

La Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones con Memorando ARCOTEL-2015-DST-C-00119 de 27 de marzo de 2015, emitió el criterio técnico en relación a la contestación dada por la Operadora OTECEL S.A., a la Boleta Única con la que se instruyó el presente procedimiento contractual sancionador y refiriéndose a lo afirmado por la prestadora manifiesta lo siguiente: "(...) el cobro duplicado por gastos administrativos no ocurrió únicamente en la facturación de un mes, por lo que no se le puede atribuir a un error de facturación como OTECEL menciona; dicho cobro se debió a que el sistema permite configurar este rubro más de una vez por contrato; dependiendo el número de líneas

contratadas. (...) el presente proceso sancionador se inició por cobrar a 34491 un valor total de \$1,34 al mes por el concepto de "Gastos Administrativos", cuando el valor acordado es de \$0,67, ya que al duplicar un rubro está duplicando al abonado el valor final de este; (...)"

Lo cual conlleva a considerar que la Operadora efectivamente incumplió la obligación establecida en la Cláusula 12.28 del Contrato de Concesión.

Es responsabilidad de la operadora tomar las previsiones adecuadas, a efectos de cumplir con sus obligaciones que constituyen mecanismos para hacer efectivos los principios y características del servicio público que le fue concesionado, el cual consiste en una prestación estratégica que satisface necesidades generales, siendo inherentes a la naturaleza de este servicio, características entre las que sobresalen la eficiencia y calidad que han sido consagradas como parte de las garantías y principios constitucionales previstos en el artículo 314⁷.

CUARTO: ACERCA DE LA REINCIDENCIA:

La Operadora OTECEL S.A., sostiene: "(...) para que se configure la reincidencia, de la concurrencia de los siguientes elementos constitutivos: (i) que se trate del mismo incumplimiento, y no de otro, aunque a los dos incumplimiento (sic) se aplique la misma cláusula sancionatoria, y este elemento no existe; (ii) que exista identidad de causa y de efecto; en el presente caso, no existe identidad de causa, es así que, en el caso anterior al que alude la autoridad en la Boleta, y por la cual OTECEL habría sido sancionada (ST-2014-306) consiste en una infracción originada en el presunto incumplimiento de condiciones pactadas con el usuario al aplicar la promoción "paquete noche", en el otro caso, que es que ahora se juzga, se trata de un tema o causa totalmente distinto: errores en la facturación de gastos administrativos. Por lo mismo, la causa es distinta, aunque el efecto sea presuntamente el mismo. No hay concurrencia de infracciones contractuales idénticas, en su causa, como se sostiene equivocadamente en la Boleta. (...)".

En relación a este argumento se manifiesta:

La Cláusula Cincuenta y Cuatro, "Reincidencia" del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado de la empresa OTECEL S.A., determina: "Se considerará 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 de juzgamiento del primer incumplimiento, de conformidad con la Cláusula Cincuenta y siete (57) de este Contrato. El período que se considera para la aplicación de la reincidencia para todos los incumplimientos de primera, segunda o tercera clase es de **nueve (9) meses** (...)" (negrita y subrayado fuera del texto original)

Entendiendo a la causa como el motivo, esto es el antecedente factico, el hecho o conducta que impulsa el desarrollo de un procedimiento, analizaremos de **manera comparativa** el contenido de cada uno de los procedimientos a los que se refiere el presunto infractor en su escrito de contestación:

PRIMER INCUMPLIMIENTO:

Del texto de la Boleta Única DJT-2014-0079 de 29 de mayo de 2014, se determina que el presunto incumplimiento motivo de ese procedimiento es el siguiente:

⁷ El número 25 del artículo 66 de la Constitución dispone como derecho de los usuarios y consumidores: "El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato (...)".



"(...) De los hechos descritos se observa que entre las condiciones y términos que la operadora pactó con el usuario durante la activación de la promoción Paquete Noche, el precio final del paquete promocional era de \$ 1.00 (incluido IVA); sin embargo, como resultado del control realizado se encontró que la operadora OTECEL S.A., no cumplió con las condiciones pactadas con el usuario, debido a que descontó \$2 del saldo total de la línea por la activación de la promoción, en lugar del \$1 conforme lo estipulado: Si al término de este procedimiento se comprueba el hecho fáctico antes descrito, la operadora habría incurrido en una inobservancia de su obligación contenida en la cláusula doce número 12.28 del Contrato de Concesión, concurriendo los elementos que configuran el supuesto de hecho previsto en la cláusula número 52.2 letra j), sancionado de conformidad con la cláusula 55.2 ibidem".

Como resultado de la sustanciación del procedimiento contractual sancionador iniciado con la Boleta Única DJT-2014-0079, la ex SUPERTEL emitió la Resolución ST-2014-0306 de 18 de agosto de 2014, en la cual se dispuso:

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

SEGUNDO INCUMPLIMIENTO:

Del contenido de la Boleta Única DJT-2014-0018 de 11 de febrero de 2015, se determina que el presunto incumplimiento motivo de este procedimiento es el siguiente:

"(...) al haber cobrado el rubro 'Gastos Administrativos', más de una vez por factura, es decir en forma distinta a lo pactado, tal como consta del análisis realizado por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, mediante Informes de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 e ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015 a varias facturas que corresponden a los meses de julio, agosto y septiembre de 2014, habría inobservado lo previsto en la **Cláusula Doce, número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28)** del Contrato de Concesión, por lo que estaría cometiendo 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; sin embargo, considerando que la Concesionaria ya fue sancionada por el mismo incumplimiento, con identidad de causa y efecto, como se desprende del párrafo que antecede, la Operadora OTECEL S.A., podría incurrir en un incumplimiento de **TERCERA CLASE**, previsto en la Cincuenta y Dos, número **CINCUENTA Y DOS PUNTO TRES (52.3) letra d)** del contrato de concesión (...)".

Del análisis comparativo que precede y luego de analizar los argumentos de la Operadora se determina que entre los procedimientos contractuales señalados en la Boleta Única para fines de establecer la calificación jurídica, no existe identidad de causa, por cuanto en el procedimiento iniciado con la Boleta Única DJT-2014-0079 de 29 de mayo de 2014, se observa que el hecho o premisa fáctica se refiere a que la Operadora no cumplió con las condiciones pactadas con el usuario en la promoción "Paquete Noche", bajo la modalidad de

prepago el cual no requiere de facturación, la cual fue activada el día 7 de febrero de 2014 correctamente en la línea 0998427021, debido a que descontó \$2 del saldo total de la línea por la activación de la promoción, en lugar del USD\$ 1 acordado a través de un SMS. En cambio en el procedimiento iniciado con la Boleta Única DJT-2015-0018 de 11 de febrero de 2015, el hecho se refiere a un tema de **pospago** por cuanto la Operadora al haber cobrado el rubro 'Gastos Administrativos', mas de una vez por factura, debido a que descontó USD\$ 1,34 por el concepto de "Gastos Administrativos", cuando el valor pactado es de USD\$ 0,67.

Por lo indicado se considera que en los dos procedimientos referidos, a pesar de hacer referencia a obligaciones contractuales previstas en la misma cláusula (12.28) y cuyo incumplimiento se encuentra contemplado en la misma cláusula (52.2 letra j), no existe identidad de causa, por cuanto son hechos diferentes, en el primer procedimiento se hace referencia a una promoción "paquete noche", para clientes prepago, en la cual interviene una tarifa variante y hay un servicio de voz; en cambio en el segundo procedimiento se observa que en varias facturas OTECEL S.A., realizó más de una vez el cobro por "Gastos Administrativos" para usuarios pospago, es decir hay un rubro de facturación, lo cual evidencia que en el presente caso, no se cumplen los presupuestos que exige la disposición contractual contenida en la Cláusula Cincuenta y Cuatro para la configuración de reincidencia, estos son: el mismo incumplimiento, identidad de causa y efecto.

En consecuencia, este Organismo acepta el argumento de **INEXISTENCIA DE REINCIDENCIA** invocado por la compañía OTECEL S.A., en razón de que no se han sustanciado a la Operadora dos procedimientos por la misma causa y por lo tanto no existe repetición de hechos análogos en su causa.

QUINTO: PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO

En atención a que, en cuestión de pruebas tanto en la legislación en materia penal, laboral, administrativa, etc., así como la jurisprudencia, remiten a lo previsto en el ámbito civil⁸; 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 los procedimientos administrativos sancionadores que realiza este Organismo Técnico de Control, según se ha previsto en su Instructivo, en la Disposición General Primera⁹ que alude a las normas supletorias.- En este sentido, 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 Civil¹⁰, se los cataloga como instrumentos públicos, por ende constituyen por si mismos prueba de cargo aportada por la administración.

⁸ 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".

⁹ **Primera.**- En lo que no estuviere previsto en el presente instructivo, y siempre que no contraviniera 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 (...).

¹⁰ 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."

En orden a los antecedentes expuestos y particularmente el criterio técnico emitido sobre los argumentos de descargo presentados por la Operadora, se establece que la compañía OTECEL S.A., no aportó durante la instrucción del procedimiento, descargos que contradigan la existencia del hecho imputado; o, que constituyan un eximente de responsabilidad. Por lo cual, se estima procedente sugerir que los Informes de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 e ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015, emitidos por la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que contienen el análisis de facturas correspondientes al tercer trimestre del año 2014, por cobro duplicado de gastos administrativos, y que por su carácter especializado gozan de fuerza probatoria, se valoren como prueba suficiente para desvanecer la presunción de inocencia de la Operadora y ratificar la existencia de la premisa fáctica, esto es, que OTECEL S.A., cobró el rubro 'Gastos Administrativos', mas de una vez por factura, en forma distinta a lo pactado, lo que conlleva a concluir que la Operadora incumplió lo previsto en la Cláusula Doce número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) en concordancia con la Cláusula Cincuenta y Dos, número Cincuenta y Dos punto Dos letra j) del mismo instrumento legal. Mas aún considerando que en Memorandos Nos. ARCOTEL-2015-DST-C-00119 de 27 de marzo de 2015, y ARCOTEL-2015-DCS-2015-0046-M de 24 de abril de 2015, la Dirección Nacional de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, emite criterio respecto de la contestación y alegatos formulados por la Operadora a la Boleta Única, concluyendo desde el punto de vista técnico que: **'En base de los argumentos expuestos por la operadora, es criterio de la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que OTECEL S.A., técnicamente no ha desvirtuado el cometimiento del hecho imputado en la Boleta Única No. DJT-2015-00018 de 11 de febrero de 2015.'** (negrita y subrayado fuera del texto original)

SEXTO: En tal virtud, con base al análisis anterior, y en razón de que se ha determinado técnicamente la existencia del hecho imputado en la Boleta Única, se recomienda a la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, que rechace el argumento contenido en el número 2.1. (error de facturación - la facturación no es un servicio contenido dentro del contrato) y se acepte el fundamento contenido en el número 2.1.3 (Inexistencia de reincidencia) y (Atenuantes: haber adoptado medidas de remediación frente al incumplimiento y medidas compensatorias a favor de los usuarios) y, se modifique la gravedad de la calificación jurídica efectuada inicialmente en la Boleta Única N° DJT-2015-0018 de 11 de febrero de 2015, únicamente en lo relacionado a la clase de incumplimiento que podría haber cometido la Operadora, ya que ésta correspondería a una inobservancia de la obligación contenida en la Cláusula Doce, número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) y, a un INCUMPLIMIENTO DE SEGUNDA CLASE, estipulado en la Cláusula Cincuenta y Dos, número CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) letra j) del Contrato de Concesión; sin considerar que la Concesionaria fue sancionada anteriormente mediante la Resolución N° ST-2014-0306 de 18 de agosto de 2014.

Cabe citar la doctrina existente al respecto:

"VII. La exigencia de correlación entre la acusación y la resolución.- 1. **PLANTEAMIENTO:** El derecho a ser informado de la acusación no entraña la facultad de conocer una imputación cualquiera, sino el derecho del acusado a ser prevenido de los cargos por los que luego puede ser sancionado. Es el derecho a ser informado de esa acusación exacta y no de otra diferente. (...) De modo que el derecho resultará vulnerado si el inculpado es sancionado por una acusación distinta de la que fue informado. (...) 4. **MODIFICACIONES FAVORABLES AL ACUSADO (...):** **Por otra parte, es claro que la vinculación de la resolución a la acusación es una exigencia que pretende proteger al**

inculpado. Comporta tan elemental observación que nada impide apartarse de la acusación para acoger las alegaciones del imputado, incluidas las que sin cambiar el hecho objeto del procedimiento, lo alteren con elementos más favorables y, desde luego, las que hagan una calificación jurídica más leve o entiendan procedente una sanción menor que la estimada por la acusación. Pero, incluso al margen de las alegaciones del imputado, es decir, de oficio, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal (...), no está completamente cerrado un apartamiento de la acusación para excluir o disminuir la responsabilidad sancionadora. En esencia, se trata de impedir que se le sancione por una acusación más grave de la que se le informó de manera que lo que está prohibido, si así se puede decir, es la modificación IN PEIUS. Así que la exigencia de correlación no existe cuando la resolución modifique la acusación trasladada para favorecerlo, esto es, cuando se efectúe una modificación IN BONUS. Es decir, cabrá apartarse de la sucesión si el objeto es atenuar la gravedad de la infracción imputada o reducir la extensión de la sanción aplicable”.¹¹

SÉPTIMO: CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES.-

La Cláusula Cincuenta y seis, número CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1), del Contrato de Concesión estipula:

“Para determinar el monto de la sanción, cuando no se encuentre especificado, se considerarán las siguientes circunstancias agravantes y atenuantes: Se considerarán circunstancias **agravantes**: **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 las recomendaciones de esas 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”. (subrayado fuera del texto original)

AGRAVANTES:

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

Revisada la base de datos institucional se ha verificado que la ex SUPERTEL emitió la Resolución de sanción N° ST-2012-0231 de 13 de junio de 2012, mediante la cual resolvió: “**Artículo 1.-** Declarar que la empresa OTECEL S.A., al haber cobrado por un servicio ofrecido en forma gratuita, prestándolo en forma distinta a la pactada, incumple la obligación prevista en el Cláusula Doce punto veintiocho, e incurre en la infracción de Segunda Clase prevista en la CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS, letra j) del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado vigente. (...)”, de lo cual se colige que la Operadora OTECEL S.A., no ha sido sancionada por un incumplimiento por la misma causa y por lo tanto no existe repetición de hechos análogos en su causa.

¹¹ ALARCON SOTOMAYOR Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, Editorial Arazandi, S.A., Navarra, primera Edición, 2007, págs.. 148, 156 y 157.

d) La culpa grave, en los términos del Código Civil

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

ATENUANTES:

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

Revisada la base de datos institucional se desprende que no existe una Resolución sancionatoria a través de la cual la Operadora Otecel S.A., haya asido sancionada con anterioridad por la misma causa.

Por lo anterior se considera que **ha concurrido la atenuante** previsto en la letra a) de la Cláusula Cincuenta y seis.- Atenuantes y Agravantes y Graduación de las sanciones, numeral CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1) del Contrato de Concesión.

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

De forma reiterada, en sus oficios de contestación a la boleta única y de alegatos, así como en los argumentos expresados en la audiencia realizada el 18 de marzo de 2015, OTECEL S.A., 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.

En el criterio técnico emitido sobre la contestación a la Boleta Única, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones manifiesta: "OTECCEL indicó en el oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 que ha puesto ya en producción un reporte que le permite validar de forma manual los usuarios con este problema y que implementará un proceso automático en su sistema para generar cargos a nivel de cliente respecto al cobro de "Gastos Administrativos", el cual sería puesto en producción aproximadamente el 23 de febrero de 2015. Adicionalmente, en el oficio VPR-7811-2014 de 10 de diciembre de 2014 con hoja de trámite 11455 de la misma fecha, OTECEL manifiesta que realizó Notas de Crédito a 34491 usuarios devolviendo los valores cobrados por la duplicidad del rubro "Gastos Administrativos"; y, posteriormente mediante oficio VPR-7916-2014 de 22 de diciembre de 2014, con hoja de trámite 11813 de la misma fecha, la operadora remitió a este Organismo Técnico de Control una muestra de 345 facturas en las que se refleja las notas de Crédito aplicadas."

Por lo anterior se considera que **ha concurrido la atenuante** previsto en la letra c) de la Cláusula Cincuenta y seis.- Atenuantes y Agravantes y Graduación de las sanciones, numeral CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1) del Contrato de Concesión.

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

En el criterio técnico emitido sobre la contestación a la Boleta Única, la Dirección Nacional de Control de Servicios de Telecomunicaciones señala: "Con correo electrónico del 23 de diciembre de 2014, OTECEL señala que por los inconvenientes causados adicional a las notas de crédito, realizó el 19 de diciembre de 2014, una recarga de \$3 en la cuenta

principal de los usuarios afectados; y, adjunta un archivo Excel con los registros de las transacciones realizadas.”.

Por lo indicado se considera que **ha concurrido el atenuante** previsto en la letra d) de la Cláusula Cincuenta y seis.- Atenuantes y Agravantes y Graduación de las sanciones, numeral CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1) del Contrato de Concesión.

En definitiva, una vez concluida la instrucción del procedimiento contractual sancionador, y en mérito de todo cuanto consta en el expediente, se verifican TRES atenuantes, los que deberán ser considerados al momento de determinar el monto de la sanción.

Del detallado examen de todas y cada una de las piezas procedimentales que se encuentran incorporadas al presente procedimiento contractual sancionador, se observa que: se respetaron los derechos de protección relativos al debido proceso y a la seguridad jurídica¹²; la infracción y la sanción se encontraban determinadas con anterioridad al acto cometido, en observancia de la Garantía de Legalidad Sustantiva, que consta en el artículo 76, número 3 del Norma Suprema; y, se ha observado a cabalidad el procedimiento acorde a lo que prescribe la Ley Especial de Telecomunicaciones, entre otros de un proceso justo.

En orden a los antecedentes de hecho y de derecho mencionados y siendo el momento oportuno, se recomienda expedir la Resolución declarando el incumplimiento e imponiendo la sanción que corresponda”.

CÁLCULO MONTO DE LA SANCIÓN:

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.

En atención a lo dispuesto se señala:

¹² El alcance de esta garantía y derecho humano fundamental fue analizado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex CSJ que en su célebre sentencia sobre el concepto de seguridad jurídica el 11 de Julio de 2002, concluyó: “En un sistema político democrático imperativamente habrá un proceso justo como requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho, ésta es la esencia del debido proceso, por lo tanto, el derecho a un debido proceso implica la posibilidad de acceder a un proceso justo, lo que presupone la vigencia de una serie de garantías básicas de índole procesal, recogidas tanto en la propia Constitución Política, como en los instrumentos internacionales, las leyes y la jurisprudencia; y cada vez que se transgrede una de estas garantías básicas a consecuencia de lo cual la persona se ve privada del acceso a un proceso justo, se está desconociendo este derecho”.

Telecomunicaciones, mediante Informes de Control Tarifario ICT-DST-2014-0101 de 30 de octubre de 2014 e ICT-DST-2015-0001 de 5 de enero de 2015 a varias facturas que corresponden a los meses de julio, agosto y septiembre de 2014, inobservó lo previsto en la Cláusula Doce, número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) del Contrato de Concesión, por lo que cometió 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 contractual.

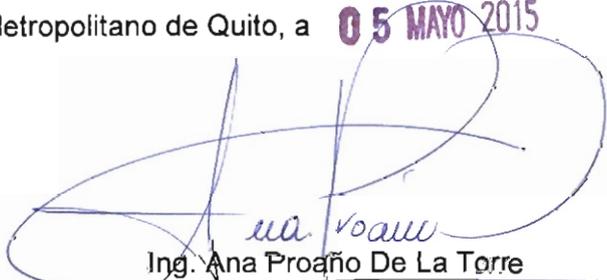
Artículo 2.- IMPONER a la compañía OTECEL S.A., la multa de SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$ 7.257,00) equivalentes a 20.5 salarios básicos mínimos unificados SBMUs, (Corresponde a una multa de hasta 500 SBMUs), de acuerdo a lo previsto en la Cláusula Cincuenta y Cinco, numeral CINCUENTA Y CINCO PUNTO DOS (55.2) del Contrato de Concesión y Disposición 27-27-CONATEL-2014 de 17 de diciembre de 2014, ratificada con Disposición 03-03-CONATEL-2015. 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.

Artículo 3.- DISPONER a la compañía OTECEL S.A., que, en adelante dé estricto cumplimiento a la obligación establecida en la Cláusula Doce, número DOCE PUNTO VEINTE Y OCHO (12.28) en concordancia con la Cláusula CINCUENTA y DOS, numeral CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) letra j), del Contrato de Concesión.

Artículo 4.- NOTIFICAR con esta Resolución a la compañía OTECEL S.A., cuyo Registro Único de Contribuyentes RUC es el N°1791256115001; en el domicilio ubicado en la Av. República E7-16 y de La Pradera esquina, Edificio Movistar, 9no. Piso, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; y, a las direcciones respectivas de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

Notifíquese y cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **05 MAYO 2015**


Ing. Ana Proaño De La Torre
DIRECTORA EJECUTIVA

**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
(ARCOTEL)**

 Fred Andrey Yáñez /  Ana Valdiviezo /  Esteban Santiago Burbano /  Gustavo Guerra /  Juan Ramón Seminario
C.C DJT (Exp.02-2015)