

RESOLUCIÓN TEL-038-02 -CONATEL- 2013

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONATEL

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República, señala: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.*"

Que, las telecomunicaciones se encuentran dentro de los sectores estratégicos del Estado, el que se ha reservado el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia, conforme lo dispone el artículo 313 de la Constitución de la República.

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

Que, el artículo 335 de la Constitución, estipula que: "*El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.*

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal."

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

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

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

Que, el artículo 21 del Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, dispone que constituyen obligaciones de los prestadores del Servicio Móvil Avanzado, cumplir con las

resoluciones del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y Superintendencia de Telecomunicaciones; presentar toda la información y documentación que a criterio de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y de la Superintendencia de Telecomunicaciones sean necesarias para efectuar la administración y supervisión del título habilitante entre otros estados financieros, número de abonados

Que, en el Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de uso Público y Concesión de las bandas de frecuencias esenciales, se establece lo siguiente en el numeral SIETE PUNTO DOS (7.2).- *"La sociedad concesionaria podrá prestar los servicios Concesionados utilizando su propia red o uno o más elementos de terceros. En el caso de utilizar elementos de terceros, la sociedad concesionaria es la única responsable de los derechos y obligaciones derivados del presente contrato."*

Que, la CLÁUSULA SIETE PUNTO TRES (7.3), del Contrato de Concesión, señala: *"El presente Contrato será ejecutado a riesgo de la Sociedad Concesionaria y en los términos y condiciones previstos en este instrumento, incluidos sus Anexos."*

Que, la Cláusula 27.1 del Contrato ibídem, respecto a contratar con terceros, establece: *"La Sociedad Concesionaria, durante el Plazo de Vigencia de la Concesión, podrá negociar y suscribir los actos y contratos con terceros que sean necesarios o convenientes para la ejecución de este Contrato, con sujeción al Ordenamiento Jurídico Vigente."*

Que, CLÁUSULA VEINTISIETE PUNTO DOS (27.2), dispone: *"La celebración de estos contratos no exime a la Sociedad Concesionaria del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Contrato ni de las establecidas en la Legislación Aplicable. Asimismo, la Sociedad Concesionaria podrá suscribir contratos de reventa para la prestación de los Servicios Concesionados, sujetándose a la Legislación Aplicable."*

Que, el Contrato de Concesión en referencia a la responsabilidad de contratar con terceros, establece en la Cláusula 27.3.- *"En cualquier caso, la Sociedad Concesionaria siempre será la responsable ante los Usuarios y ante los organismos de control, regulación y administración por la prestación de los Servicios Concesionados en los términos definidos en el presente contrato y la Legislación Aplicable."* Y la Cláusula 34.1: *"La sociedad Concesionaria está obligada a prestar los Servicios Concesionados sobre la base de los siguientes principios: eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, conforme a lo 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."*

Que, la Cláusula 41.1 del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado, prevé: *"En la prestación de los servicios, la Sociedad Concesionaria respetará los derechos de los Usuarios que fueren previstos en el contrato de adhesión, en este Contrato y en el Ordenamiento Jurídico Vigente, será responsable por las acciones que se deriven de la trasgresión a dichos derechos en la prestación de tales servicios, así como por las condiciones deficientes de los productos y servicios que ofrezcan."*

Que, referente a las tarifas, la Cláusula 44.3, señala: *"Las tarifas de los Planes Tarifarios no superarán los techos establecidos en el Pliego Tarifario Inicial del Anexo cuatro (4) o las posteriores modificaciones que emita el CONATEL. Para su entrada en vigencia se observará el procedimiento establecido en la Legislación Aplicable."*

Que, el Contrato de Concesión, establece: *"CLÁUSULA CUARENTA Y CUATRO PUNTO SEIS (44.6).- La tarifa máxima será igual al techo tarifario definido en el Anexo cuatro (4) más el cargo de interconexión, en los casos que corresponda."*

Que, respecto de las sanciones que son imputables a la Operadora, la Cláusula 51.1, dispone: *"En el evento de que la Sociedad Concesionaria incurra en uno de los incumplimientos descritos en la*

Cláusula Cincuenta y dos (52) del presente Contrato, la SUPTEL impondrá las sanciones a que hubiera lugar, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en la Cláusula cincuenta y siete (57) del presente Contrato.”

Que, según lo previsto en el Contrato de Concesión de OTECEL S.A., se establece una multa por incumplimientos contractuales de segunda clase, así lo prevé la Cláusula 55.2: *“Sanción a los incumplimientos de segunda clase: Corresponde a una multa de hasta quinientos (500) Salarios Básicos Unificados.”*

Que, mediante Boleta Única No. DJT-2012-0183, de 27 de agosto de 2012, notificada a CONECEL S.A, la Superintendencia de Telecomunicaciones procedió a inspeccionar los terminales de uso público de los locutorios “OK NET”; “GERARCOM”; “ZONA CELL”, “BUNKER CAFÉ ref#3”; “CABINAS PORTA UNCOVIA”; “JEF TELECOMUNICACIONES”; y, “CELLSHOP”, posterior a lo cual realizó el control tarifario mediante llamadas realizadas en las cabinas de los citados locutorios, desde CONECEL S.A., hacia el segmento ON-NET y OFF-NET, obteniéndose tarifas por minuto de consumo sin IVA y sin interconexión, las cuales sobrepasan el techo tarifario que constan en el Anexo 4 del Contrato de Concesión, cuyo detalle consta en el Memorando DPS-2012-01530 de 13 de julio de 2012, circunstancia que conlleva a que la empresa CONECEL S.A., habría inobservado la obligación prevista en la Cláusula CUARENTA Y CUATRO número Cuarenta y Cuatro punto Tres, por lo que de verificarse este hecho podría incurrir en la infracción de Segunda Clase dispuesta en la Cláusula CINCUENTA Y DOS, número Cincuenta y Dos punto Dos, letra j) del Contrato de Concesión.

Que, mediante oficio No. SGN-2012-01226, de 10 de octubre de 2012, recibido el 16 de octubre, se notificó a la empresa CONECEL S.A, la Resolución ST-2012-0443, de 09 de octubre de 2012, en la cual la Superintendencia resolvió: **“Artículo 1.- Declarar que la empresa CONECEL S.A., al haber cobrado por el servicio que presta a través de los terminales de uso público de los locutorios telefónicos: “OK NET”; “GERARCOM”; “ZONA CELL”, “BUNKER CAFÉ ref#3”; “CABINAS PORTA UNCOVIA”; “JEF TELECOMUNICACIONES”; y, “CELLSHOP”, ubicados en la zona urbana de la ciudad de Cuenca, en las llamadas realizadas desde CONECEL S.A., hacia el segmento ON-NET y OFF-NET, tarifas por minuto de consumo sin IVA y sin interconexión, que sobrepasan el techo tarifario que consta en el Anexo 4 del Contrato de Concesión, inobservó la obligación prevista en la cláusula CUARENTA Y CUATRO, número Cuarenta y Cuatro punto Tres, por lo que incurrió en la infracción de Segunda Clase dispuesta en la Cláusula CINCUENTA Y DOS, número Cincuenta y Dos punto Dos, letra j) del Contrato de Concesión.”**; **“Artículo 2.- imponer a la empresa CONECEL S.A., la sanción pecuniaria por el valor equivalente a 88 Salarios Básicos Unificados (SBMUs), esto es VEINTE Y CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS DÓLARES (US\$25.696,00). Valor que deberá ser cancelado en la Tesorería de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en el plazo de 30 días contados a partir de la fecha en que reciba la presente 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.”**

Que, mediante escrito No. DJYR-1466-2012, fechado el 07 de noviembre de 2012 e ingresado el 09 de noviembre de 2012, CONECEL S.A., interpuso el Recurso de Apelación ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en contra de la Resolución ST-2012-0443, expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones el 09 de octubre de 2012.

Que, el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, mediante acto de trámite de 19 de noviembre de 2012, entre otros aspectos, avocó conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el Señor Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de Procurador Judicial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, a la Resolución ST-2012-0443, de fecha 09 de octubre de 2012, emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones y notificada a la Operadora el 16 de octubre de 2012; agregó al expediente el informe de admisibilidad a trámite presentado por la Dirección General Jurídica constante en el memorando DGJ-2012-2893, de 19 de noviembre de 2012, y admitió a trámite el recurso planteado

Que, CONECEL S.A., en su pretensión, se ampara en el numeral 7, letra l), del Artículo 76 de la Constitución que señala: "Art. 76.- 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: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados." Por lo que CONECEL pretende: "En virtud de todo lo expuesto, solicito que el CONATEL acepte el presente RECURSO DE APELACIÓN, y consiguientemente, se emita un acto administrativo debidamente motivado en el cual:

se declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución ST-2012-0443, expedida por el Superintendente de Telecomunicaciones con fecha 09 de octubre de 2012 y notificada el 16 del mismo mes; y **se revoque la Resolución Apelada**, por cuanto ha desvirtuado jurídicamente los fundamentos de dicho acto."

Que, la operadora en forma previa a contratar con terceros para proporcionar sus servicios, debe prever la responsabilidad que conlleva frente a sus acciones o contravenciones, consecuentemente en caso de que exista un incumplimiento, la responsable será la Sociedad Concesionaria, independientemente de lo establecido en los contratos celebrados con terceros.

Que, las tarifas obtenidas por minuto de consumo sin IVA y sin interconexión, de los locutorios OK NET; "GERARCOM"; "ZONA CELL", "BUNKER CAFÉ ref#3"; "CABINAS PORTA UNCOVIA"; "JEF TELECOMUNICACIONES"; y, "CELLSHOP" sobrepasan el techo tarifario según los informes técnicos de la Superintendencia de Telecomunicaciones; hecho por el cual la Operadora estaría incurriendo en un incumplimiento contractual de segunda clase, según lo previsto en el Contrato de Concesión.

Que, según el análisis realizado por la Superintendencia de Telecomunicaciones, se determina que CONECEL ha inobservado la obligación prevista en la cláusula 44.3 del Contrato de Concesión, incurriendo de este modo en un incumplimiento contractual de segunda clase dispuesta en la cláusula 55.2 letra j).

Que, el Contrato de Concesión establece en la Cláusula 44.3, que: "Las tarifas de los Planes Tarifarios no superarán los techos establecidos en el Pliego Tarifario Inicial del Anexo cuatro (4) o las posteriores modificaciones que emita el CONATEL. Para su entrada en vigencia se observará el procedimiento establecido en la Legislación Aplicable.", la normativa y las cláusulas contractuales son de obligatorio cumplimiento para la operadora, ya que fueron consideradas para garantizar el buen desempeño y cumplimiento de la concesión otorgada, sujetándose esta, libre y voluntariamente a la normativa prevista en el Contrato de Concesión.

Que, con Memorando DGJ-2012-1355 de 17 de diciembre de 2012, la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, emitió el informe jurídico respecto al Recurso de Apelación interpuesto por CONECEL S.A, referente a la Resolución ST-2012-0443 de fecha 09 de octubre de 2012.

Que, la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones concluye que la Resolución ST-2012-0443 de fecha 09 de octubre de 2012, ha sido emitida por la autoridad competente, esto es, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la que se ha ceñido a las normas constitucionales, legales y contractuales, por tanto la resolución se encuentra debidamente motivada, al enunciarse las normas y estipulaciones en las que se funda y explicarse la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que se recomienda no admitir y en consecuencia rechazar el recurso de apelación presentado.

RESUELVE:

ARTÍCULO UNO. Avocar conocimiento y acoger el informe jurídico presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, constante en memorando DGJ-2012-1355, de 17 de diciembre de 2012.

ARTÍCULO DOS. Desestimar y en consecuencia rechazar el Recurso de Apelación interpuesto por CONECEL S.A., por cuanto la Resolución ST-2012-0443, de 09 de octubre de 2012, ha sido emitida por autoridad competente, esto es, la Superintendencia de Telecomunicaciones, con estricta sujeción al ordenamiento jurídico vigente, no existen vicios que afecten su validez y eficacia, y goza de las presunciones de legitimidad y ejecutividad.


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

La presente Resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Santo Domingo de los Colorados, el 18 de enero de 2013.



ING/ JAIME GUERRERO RUIZ
PRESIDENTE DEL CONATEL



LCDO. VICENTE FREIRE RAMÍREZ
SECRETARIO DEL CONATEL