

RESOLUCIÓN TEL-105-03-CONATEL-2011

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CONATEL

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 76 de la Constitución de la República dispone, *“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: (...) 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; h) Presentar de forma verbal o 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; 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.”;*

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

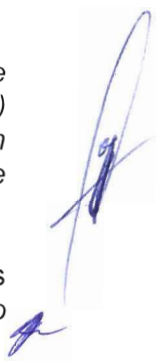
Que, el Art. 226 de la Carta Magna señala que: *“ Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...”*

Que, el artículo 10, innumerado primero de la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones creó al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, como el organismo encargado de la administración y regulación de las telecomunicaciones en el país;

Que, el Art. 30 de la Ley Especial de Telecomunicaciones determina: *“Corresponde al Superintendente de Telecomunicaciones juzgar al presunto infractor, graduando la aplicación de la sanción según las circunstancias, mediante resolución motivada y notificada al infractor...”.*

Que, el Art. 35 de la ley invocada establece *“Las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, son: a) Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del CONATEL;...h) Juzgar a las personas naturales y jurídicas que incurran en las infracciones señaladas en esta Ley y aplicar las sanciones en los casos que correspondan;...i) Las demás que le asigne la Ley y el Reglamento”.*

Que, el Art. 110 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada establece que, *“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 20 de noviembre del 2008 la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con autorización del CONATEL suscribió con OTECEL S.A., el “Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público y Concesión de las bandas de frecuencias esenciales”, en el cual se establece en lo principal:

- En la Cláusula 12 (Obligaciones Generales, además de las que se deriven del texto del Contrato y las establecidas en la legislación aplicable), se tiene la siguiente obligación por parte de la sociedad concesionaria:

“DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28) Prestar los servicios a los Usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos;...”

Dicha obligación a criterio del órgano de control se ha violado por parte de la operadora OTECEL S.A. Es preciso considerar que la cláusula en mención hace una remisión al contrato de adhesión suscrito entre la operadora y los usuarios, con mayor precisión, en el presente caso, con el usuario de la línea 092750561.

- En la Cláusula 51, tenemos: *“CINCUENTA Y UNO PUNTO UNO (51.1) 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.”.*

- En la Cláusula 57, se señala con claridad el procedimiento para la determinación de incumplimientos contractuales e imposición de sanciones seguido por parte de la SUPERTEL, mismo que se ha respetado observando el debido proceso.

- El órgano de control, luego de seguir el procedimiento, basa su resolución en la Cláusula 52, que dice: *“CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) Incumplimientos de segunda clase.- Se considerarán como incumplimientos de segunda clase las siguientes acciones u omisiones: ...j) Cobrar tarifas por encima de los techos tarifarios aprobados o en forma distinta a lo pactado de conformidad con los numerales Doce punto veintiocho, Cuarenta y cuatro punto tres y Cuarenta y cuatro punto ocho (12.28, 44.3, 44.8).”.* Del análisis del expediente y de los textos de dicha cláusula, resaltados por el propio órgano de control, se tiene que la sociedad concesionaria, OTECEL S.A., incurrió en incumplimiento de segunda clase, siendo la infracción específica la de **cobrar tarifas en forma distinta a lo pactado de conformidad con los numerales Doce punto veintiocho;** por lo que, se descartaría en inicio, el cobro de tarifas por encima de los techos tarifarios aprobados; partiendo de la consideración que la cláusula analizada contiene dos presupuestos claramente perceptibles por la disyunción “o” en el texto.

- En apego a la Cláusula 58 (Apelación e Impugnación) que expresa: *“CINCUENTA y OCHO PUNTO UNO (58.1) En el caso de que la Sociedad Concesionaria no estuviere de acuerdo con la resolución de la SUPTEL, la podrá apelar ante el CONATEL en un Plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de su notificación o impugnarla por la vía contencioso administrativa de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Vigente.”,* OTECEL S.A. plantea dentro de dicho plazo el recurso de alzada, considerando que se trata de días hábiles y además que dicho plazo debe contabilizarse desde el día siguiente a la notificación

con el acto administrativo que puso fin al proceso ventilado ante el órgano de control (23 de noviembre de 2010).

Que, el Art. 1561 del Código Civil, establece: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Que, el Art. 1562 ibidem, determina: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por ley o la costumbre, pertenecen a ella.*”

Que, Mediante **Resolución ST-2010-0041, de 04 de febrero de 2010**, notificada el 8 de los mismos mes y año (fojas 66 a 74), la Superintendencia de Telecomunicaciones, en base a los informes técnico y jurídico y considerando además que “*se ha detectado la existencia de un agravante y un atenuante, consistente el primero en la obtención de beneficios económicos por parte del infractor, y el segundo en no haber sido sancionado con anterioridad por la misma causa*”; que la Cláusula 12.28 del Contrato de Concesión establece como obligación general de la sociedad concesionaria: “*Prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos*”; y, que la Cláusula 52.2 del mentado contrato señala como incumplimiento de Segunda Clase: “*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, 44.8)*”; Resuelve: “**Artículo 1.-** Declarar que, la empresa OTECEL S.A., al haber facturado al usuario de la línea 09 275 0561 valores por el rubro “roaming internacional llamadas entrantes no contestadas”; es decir, al haber facturado al usuario por un servicio no utilizado, violentando términos y condiciones pactados en su contrato, ha incumplido la obligación prevista en la Cláusula Doce, número Doce punto Veintiocho (12.28) del mentado contrato de concesión; y, por lo tanto, ha incurrido en la infracción de SEGUNDA CLASE, establecida en la Cláusula Cincuenta y Dos, número Cincuenta y Dos punto Dos (52.2), letra “j”. **Artículo 2.-** Imponer a la empresa OTECEL S.A., la sanción económica por el valor equivalente a 100 SBMUs, esto es, VEINTICUATRO MIL DÓLARES (USD 24.000,00), acorde con lo determinado en la Cláusula CINCUENTA Y CINCO, número CINCUENTA Y CINCO PUNTO DOS (55.2) del Contrato de Concesión. **Artículo 3.-** Disponer a la empresa OTECEL S.A. que, en el término de 8 días contados a partir de la notificación de la presente resolución, realice la compensación correspondiente al usuario de la línea 09 275 0561, por el total del concepto “Roaming internacional llamadas entrantes no contestadas”, de la factura No. 001-190-3524336, por un total de DIECISIETE DÓLARES (USD 17,00), para lo cual deberá presentar a esta Superintendencia, copia de la nota de crédito emitida al usuario. **Artículo 4.-** Disponer a la empresa OTECEL S.A. que, en el término de 45 días contados a partir de la notificación de la presente resolución, presente a esta Superintendencia el detalle de todos los consumos de roaming internacional de sus usuarios, desde enero de 2008 hasta la presente fecha, desglosados por cada concepto de facturación; con el objeto de que esta Superintendencia realice el cálculo de valores cobrados indebidamente y de llegarse a determinar este particular, disponga su devolución. **Artículo 5.-** Disponer a la empresa OTECEL S.A. que, cumpla con la legislación aplicable y con las disposiciones contenidas en su contrato de concesión, en lo que se refiere a la facturación de los servicios prestados a sus usuarios y se abstenga de cobrar valores por servicios de telecomunicaciones no recibidos o no utilizados por el usuario. **Artículo 6.-** Disponer a la empresa OTECEL S.A. que, en el término de 30 días contados a partir de la notificación de la presente resolución, remita para conocimiento y aprobación del CONATEL el pliego tarifario que se aplicará a todos los rubros de facturación, asociados al servicio de roaming internacional.”



Que, mediante escrito de fecha 15 de diciembre del 2010, el Dr. Fabián Corral, a nombre de la Compañía OTECEL S.A., interpone ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL Recurso de Apelación en contra de la sanción impuesta por la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante Resolución No ST-2010-0041 de 4 de febrero del 2010 y notificada el 8 de febrero del 2010, y solicita se deje sin efecto la resolución en mención y Oficio STL-2010-0-1020 del 23 de noviembre del 2010 recibido el mismo día del mes y año señalados, y por ende la sanción impuesta, es decir la multa económica de USD 24.000.00 fundamentando su pretensión sobre la base de lo dispuesto en la cláusula Cincuenta y Cinco del Contrato de Concesión de SMA.

Que, mediante Memorando No. DGJ-2010-2902 de 23 de diciembre de 2010, la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones concluye que el Recurso interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., contiene los requisitos formales en el Art. 180 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por lo que procede aceptar a trámite el recurso señalado.

Que, mediante oficio ITC-2011-0006 de 6 de enero del 2011, la Superintendencia de Telecomunicaciones remite: "... copia certificada del expediente de la Resolución ST-2010-0041 de 4 de febrero del 2010,, emitida en contra de la Compañía OTECEL S.A.," en cumplimiento de la providencia dictada por el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, el 27 de diciembre de 2010.

Que, las Direcciones Generales Jurídica y de Gestión de los Servicios de Telecomunicaciones mediante Memorando No DGJ-2011-184 de 19 de enero del 2011 emiten Informe Técnico Jurídico, dentro del Recurso de Apelación a la Resolución ST-2010-0041 de 4 de febrero de 2010, concluyen lo siguiente: **4.1.-** Que luego de un profundo análisis a los expedientes que reposan en el CONATEL y SENATEL en relación a la impugnación de la Resolución ST-2010-0041, no existe motivación suficiente que determine el cometimiento de una infracción, puesto que no es clara la tipificación de la misma, no pudiendo ni debiendo la operadora OTECEL S.A. en ejercicio de su derecho a la defensa, demostrar la falta de existencia de la infracción contractual, decir lo contrario, sería violentar el principio básico de todo proceso que se resume en la "Presunción de Inocencia". Consideramos que no existe plena convicción para determinar que la operadora OTECEL S.A. incurrió en la infracción de segunda clase de la cual se le acusa. **4.2.-** Que es preciso analizar en casos de roaming internacional no solo la normativa nacional, sino por supuesto la normativa internacional, incluyendo acuerdos y recomendaciones determinadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones; puesto que se trata de un servicio que trasciende fronteras, pero por supuesto respetando la legislación nacional vigente y los derechos e intereses de los usuarios/consumidores/clientes. **4.3.-** Que en estricta observancia de los derechos del usuario/consumidor o cliente, al no estar conforme con el servicio prestado por la operadora, debiera ser reembolsado en el pago efectuado, ello como una garantía de satisfacción, y no como una sanción a la operadora que prestó el servicio; bajo lineamientos y políticas de satisfacción del cliente por parte de la operadora. **4.4.-** Que no es posible hacer extensivo un reclamo de un usuario, imponiendo una sanción a la operadora, no solo relativa a dicho usuario, sino a todos los usuarios indistintamente, puesto que los procesos deben manejarse de manera independiente, respetando el debido proceso, precisando que; toda declaración unilateral en ejercicio de la función administrativa, produce efectos jurídicos individuales de forma directa. **4.5.-** Que así mismo, no es posible hacer extensiva una sanción contractual de manera retroactiva, esto es, retrotrayéndola a fecha anterior a la suscripción y vigencia del contrato de concesión, precisamente el Código Civil, al tratar del efecto de las obligaciones, establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y en referencia a la interpretación de los mismos, establece que por generales que sean los términos del contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado, por lo tanto, la regla principal del efecto de la ley en el tiempo, manda que : La ley dispone solo para lo venidero; no tiene efecto retroactivo;

claro está que el efecto de un acto administrativo, no puede retrotraer en el tiempo el efecto de las obligaciones que se deriven del contrato otorgado con la Operadora en Noviembre de 2008, al mes de enero del año 2008.”

Que, en providencia de 4 de febrero del 2011, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, agrega al expediente el Informe Técnico Jurídico, dentro del Recurso de Apelación interpuesto por la Compañía OTECEL S.A., contenido en memorando No DGJ-2011-184 de 19 de enero del 2011, disponiendo se entregue copia del mismo al recurrente y a la Superintendencia de Telecomunicaciones y pone en conocimiento de lo actuado al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, a fin de que resuelva sobre el Recurso planteado.

En ejercicio de sus facultades,

RESUELVE:

ARTÍCULO UNO. Acoger el Informe Técnico-Jurídico presentado respecto del Recurso de Apelación, por las Direcciones Generales de Gestión de los Servicios de Telecomunicaciones y Jurídica, contenido en Memorando DGJ-2011-184 de 19 de enero de 2011.

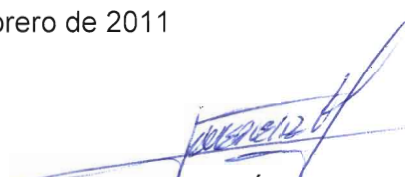
ARTICULO DOS. Aceptar el Recurso de Apelación interpuesto por la operadora OTECEL S.A. y revocar el contenido de la Resolución ST-2010-0041 de fecha 4 de febrero de 2010; así como el Oficio No. STL-2010-0-1020 de fecha 23 de noviembre de 2010, por no encuadrarse a lo preceptuado en las normas constitucionales y en el Contrato de Concesión otorgado el 20 de noviembre de 2008.

ARTICULO TRES. Dejar a salvo el derecho y facultad del órgano de control de requerir a OTECEL S.A., cuantas veces sea necesario, información relativa al roaming internacional, tomando en consideración el contrato de concesión vigente desde el 20 de noviembre de 2008, la Ley Especial de Telecomunicaciones, Reglamento de aplicación, y las recomendaciones de la UIT, aplicables a cada caso.

ARTÍCULO CUATRO. Notificar a través de la Secretaria del CONATEL con la presente Resolución a la Compañía OTECEL S.A. y a la Superintendencia de Telecomunicaciones para los fines legales pertinentes.

La presente Resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Quito, el 10 de febrero de 2011


ING. JAVIER VÉLIZ MADINYÁ
PRESIDENTE DEL CONATEL


LCDO. VICENTE FREIRE RAMIREZ
SECRETARIO DEL CONATEL