

RESOLUCIÓN TEL-041-02-CONATEL- 2013-

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONATEL

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución en el artículo 76, señala: *"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: (...)5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza."*

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

Que, la Constitución de la República, señala en el artículo 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."*

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 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.

Que, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, prevé: "Art. 9.- *Información Pública.- Todos los bienes a ser comercializados deberán exhibir sus respectivos precios, peso y medidas, de acuerdo a la naturaleza del producto.- Toda información relacionada al valor de los bienes y servicios deberá incluir, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros recargos, de tal manera que el consumidor pueda conocer el valor final.- Además del precio total del bien, deberá incluirse en los casos en que la naturaleza del producto lo permita, el precio unitario expresado en medidas de peso y/o volumen.*"

Que, el artículo 17 de la Ley de Defensa del Consumidor, dispone: "*Obligaciones del Proveedor.- Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.*"

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 SUPTTEL 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, el Contrato de Concesión respecto a la existencia de atenuantes y agravantes, señala: *"CLÁUSULA CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1).- 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. (...) 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..."*

Que, la Cláusula 57.1 del Contrato de Concesión de OTECEL S.A., establece: *"Si la SUPTTEL tuviere indicios o conociere por cualquier medio que la Sociedad concesionaria estuviera incurra 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.- La Boleta Única deberá contener una descripción detallada del presunto incumplimiento, así como las razones jurídicas y fácticas en que se funda el inicio del procedimiento."*

Que, el ANEXO 4 (Pliego Tarifario Inicial), del Contrato de Concesión suscrito entre CONECEL S.A., y la SENATEL el 26 de agosto de 2008, se especifica que el techo tarifario del Servicio de voz a través de terminales públicos en el área rural y urbana (sin incluir cargos de interconexión, ni impuestos de ley) es de USD \$0,10 y USD \$0,22 por minuto respectivamente.

Que, Mediante Boleta Única No. DJT-2012-0150, de 03 de agosto de 2012, notificada a OTECEL S.A, la Superintendencia de Telecomunicaciones procedió a inspeccionar los terminales de uso público, de los locutorios: "GALÁPAGOS ON LINE"; "CABICELL" y "CABINAS", ubicados en la ciudad de Puerto Ayora, Isla Santa Cruz, de la Región Insular de Galápagos, posterior a lo cual realizó el control tarifario mediante llamadas realizadas en las cabinas de los citados locutorios, desde OTECEL 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 (sic) constan en el Anexo 4 del Contrato de Concesión..." circunstancia que conlleva a que la empresa OTECEL 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 SGN-2012-01257, de 17 de octubre de 2012, recibido el mismo día, se notificó a la empresa OTECEL S.A, la Resolución ST-2012-0467, de 16 de octubre de 2012, en la cual la Superintendencia resolvió: "**Artículo 1.-** Declarar que la empresa OTECEL S.A., al haber cobrado por el servicio que presta a través de los terminales de uso público de los locutorios telefónicos: "GALÁPAGOS ON LINE"; "CABICELL" y "CABINAS", ubicados en la ciudad de Puerto Ayora, Isla Santa Cruz, de la Región Insular de Galápagos, en las llamadas realizadas desde OTECEL 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 (44.3), por lo que incurrió en la infracción de Segunda Clase dispuesta en la Cláusula Cincuenta y dos, número CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2), letra j) del Contrato de Concesión."; "**Artículo 2.-** Imponer a la empresa OTECEL S.A., la sanción económica por el valor equivalente a Cuarenta y Cinco Salarios Mínimos Unificados (45 SBMUs); esto es, la suma de TRECE MIL CIENTO CUARENTA (US\$ 13.140,00), prevista en la Cláusula Cincuenta y Cinco, número CINCUENTA Y CINCO PUNTO DOS (55.2) del Contrato de Concesión vigente. 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."; "**Artículo 3.-** Disponer a la empresa OTECEL S.A., que en delante de cumplimiento a la obligación contractual dispuesta en la Cláusula Cuarenta y cuatro, número CUARENTA Y CUATRO PUNTO TRES (44.3), del Contrato de Concesión."

Que, mediante escrito s/n, de 08 de noviembre de 2012, OTECEL S.A., interpuso el Recurso de Apelación ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en contra de la Resolución ST-2012-0467, expedida por la Superintendencia de Telecomunicaciones el 16 de octubre de 2012.

Que, OTECEL S.A., en su pretensión, se ampara en el artículo 76, numeral 6, de la Constitución de la República, 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: [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales ". Por lo que, OTECEL S.A. pretende que en consideración a las circunstancias atenuantes se acepte el recurso y se gradúe proporcionalmente la sanción que se impusiere.

Que, es obligación de la empresa OTECEL S.A., cumplir con las disposiciones establecidas en el Contrato de Concesión, y cumplir con el ordenamiento jurídico vigente y de este modo evitar las sanciones contempladas en la normativa vigente.

Que, lo dispuesto en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República, respecto de la proporcionalidad, ha sido cumplido a cabalidad por la SUPERTEL, en forma objetiva y no discrecional, no encontrando que OTECEL S.A., presente argumentos ni justificativos que permitan considerar la aplicación de una sanción menor, como tampoco una determinación clara de dicha empresa, de la multa que a su criterio, corresponde.

Que, OTECEL S.A., señala que la distribuidora incumplió el contrato de reventa de servicios de telecomunicaciones al haber permitido que se cobre sobre el techo tarifario, por tal motivo la Operadora para evitar que se siga incumpliendo la obligación contractual, procedió a suspender las

líneas que sobrepasaban los techos tarifarios; y solicita que la medida en mención se considere como atenuante al momento de emitir el criterio correspondiente.

Que, la empresa OTECEL S.A., al contestar la impugnación materia del proceso administrativo, reconoció que se configuró el incumplimiento contractual imputado, agregando que, existen atenuantes para ser considerados al momento de su resolución.

Que, la Operadora reconoce expresamente la existencia del elemento fáctico y de su responsabilidad en el mismo, por lo que encamina su defensa a justificar las circunstancias que atenuarían el incumplimiento en el que acepta haber incurrido. En este contexto, conforme lo estipulado en la cláusula CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1) del Contrato de Concesión

Que, la Superintendencia de Telecomunicaciones en el proceso administrativo le impone la sanción económica por el valor equivalente a Cuarenta y Cinco Salarios Básicos Mínimos Unificados, esto es, la suma de Trece Mil Ciento Cuarenta dólares, prevista en la Cláusula Cincuenta y Cinco, número Cincuenta y Cinco punto dos (55.2) del Contrato de Concesión.

Que, OTECEL S.A., manifestó que se cobraron valores que excedían los techos tarifarios, y que además la falla fue debidamente reconocida, y señala la existencia de atenuantes establecidos en la cláusula Cincuenta y Seis punto uno (56.1) del Contrato de Concesión, manifiesta, además, que se debe cumplir con el principio de proporcionalidad, determinado en el artículo 76 de la Constitución que establece: *"...la debida proporcionalidad entre infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza."*

Que, OTECEL S.A., manifestó su inconformidad por cuanto se refiere a la valoración del daño causado, no obstante existe una inobservancia, en cuanto a lo establecido en la cláusula CINCUENTA Y SEIS PUNTO UNO (56.1) del Contrato de Concesión, respecto a los atenuantes, agravantes y gradación de las sanciones, que establece: *"Para determinar el monto de la sanción, cuando no se encuentre especificado, se considerarán las siguientes circunstancias agravantes y atenuantes:..."*, tomando en cuenta que la sanción impuesta por la Superintendencia es claramente por un incumplimiento contractual de segunda clase, por lo tanto, se encuentra establecido un monto específico para dicha sanción en la Cláusula Cincuenta y Cinco punto Dos del Contrato de Concesión, que corresponde a una multa de hasta quinientos salarios básicos mínimos unificados.

Que, la sanción impuesta a OTECEL S.A., conforme al análisis realizado es legítimo, ya que se dio dentro de las competencias que la Superintendencia de Telecomunicaciones está facultada, se respetó el debido proceso, está suficientemente motivado y no contraría el Ordenamiento Jurídico Vigente, además cabe mencionar que la multa podía llegar a 500 SBMUs, no obstante considerando las circunstancias atenuantes presentadas por la Operadora, se estipuló una multa acorde al incumplimiento contractual incurrido, imponiendo apenas una multa de 45 SBMUs, cuando esta podía llegar a ser aún mayor, según lo establece la Cláusula 52.2 del Contrato de Concesión.

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 Fabián Esteban Corral, ofreciendo Poder o Ratificación de la Compañía OTECEL S.A., ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, a la Resolución ST-2012-0467, de fecha 16 de octubre de 2012, emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones; agregó al expediente el informe de admisibilidad a trámite presentado por la Dirección General Jurídica constante en el memorando DGJ-2012-2876, de 15 de noviembre de 2012, y admitió a trámite el recurso planteado

Que, con Memorando No. DGJ-2012-1354 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 OTECEL S.A, referente a la Resolución ST-2012-0467 de fecha 16 de octubre de 2012.

Que, la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones concluye y recomienda que la Resolución ST-2012-0467, de 16 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:

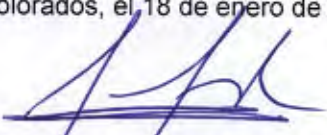
ARTÍCULO UNO. Avocar conocimiento y acoger el informe jurídico presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, constante en memorando DGJ-2012-1354.

ARTÍCULO DOS. Desestimar y en consecuencia rechazar el Recurso de Apelación interpuesto por OTECEL S.A., por cuanto la Resolución ST-2012-0467, 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.

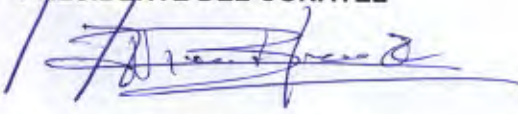
ARTÍCULO TRES. Encargar a la Secretaría del CONATEL, notifique con la presente Resolución a la SUPERTEL, SENATEL; y, empresa OTECEL S.A., para los fines pertinentes

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