Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN ARCOTEL 2015-0375

LA AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador, artículo 76, establece 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; 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 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; 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."*.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, artículo 213, prevé *"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, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. (...)"*.

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, celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y OTECEL S.A. el 20 de noviembre de 2008, se establece en la Cláusula 12, 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, la siguiente *"...DOCE PUNTO VEINTIOCHO (12.28) Prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos..."*; *en la Cláusula 51, "CINCUENTA Y UNO PUNTO UNO.- 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 52, *"CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) [...] j) Cobrar tarifas por encima de los techos tarifarios aprobados o en forma distinta a lo pactado de conformidad con los numerales 12.28, 44.3 y 44.8"*; en la cláusula 57, *"CLÁUSULA CINCUENTA Y SIETE PUNTO UNO (57.1) Si la SUPTEL tuviere indicios o conociere por cualquier medio que la Sociedad concesionaria estuviera incursa 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."*; *"CLÁUSULA CINCUENTA Y SIETE PUNTO DOS (57.2) "...c) Vencidos*

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. Tel. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977
www.arcotel.gob.ec

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."; en la cláusula 58, *"CLÁUSULA 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 contenciosa administrativa de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Vigente.".*

Que, el 20 de noviembre de 2008, OTECEL S.A. y el Estado ecuatoriano, representado por la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, SENATEL, suscribieron el Contrato de Concesión Para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado y Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de terminales de telecomunicaciones de uso público; y, de uso de las bandas de frecuencias esenciales.

Que, mediante Resolución ARCOTEL-2015-00048 del 5 de mayo del 2015, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, resolvió:

*"**Artículo 1.-** DECLARAR que la compañía OTECEL S.A., 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 del 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 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ($ 7.257,00) equivalente 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 CINTO PUNTO DOS (55.2) del Contrato de Concesión...".*

Que, la empresa OTECEL S.A., mediante escrito s/n ingresado en esta Agencia con trámite No. ARCOTEL-2015-005120, el 04 de junio de 2015, dirigido a la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, interpone recurso de apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-00048 de 05 de mayo de 2015.

Que, el acto administrativo de sanción, fue notificado a la concesionaria mediante oficio No. ARCOTEL-DGDA-2015-0005-OF el 15 de mayo del 2015 y el recurso de apelación fue presentado el 4 de junio del mismo año, es decir el ejercicio del derecho de apelar a un acto administrativo sancionatorio fue ejercido dentro del plazo de 15 días estipulado en el Contrato de Concesión, conforme consta en la cláusula Cincuenta y Ocho Punto Uno (58.1) que señala: "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.".

Que, del expediente materia del análisis se observa que el acto administrativo constante en la Resolución No. ARCOTEL2015-00048 del 5 de mayo del 2015, emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones fue expedido, siguiendo el proceso administrativo y cumpliendo los términos estipulados en las cláusulas Cincuenta y siete

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. Tel. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977
www.arcotel.gob.ec

Punto Uno (57.1) y Cincuenta y siete Punto Dos (57.2) del contrato de concesión suscrito con la compañía OTECEL S.A.

Que, la compañía OTECEL S.A. en escrito del recurso del 4 de junio del 2015 en contra de la Resolución ARCOTEL-2015-0048, manifiesta los siguientes argumentos: *"2.1 Aplicación incorrecta de las clausulas 12.28 y 52.2, j).- (...) Sin embargo, en el presente caso el proceso sancionatorio se ocupa de juzgar un tema procedimental interno de la Compañía, como es la facturación. Por tanto, no se trata de un tema relacionado con la prestación del servicio de telecomunicaciones. No se ésta discutiendo ni examinando en la vía administrativa si OTECEL S.A. prestó los servicios contratados por el usuario de manera distinta a lo que se pactó. Tampoco es un caso en el que OTECEL S.A. habría cobrado el minuto, fuera de los techos tarifarios, es decir más allá de lo que se ha la autoridad competente definido como las tarifas aplicables. (...) Por lo tanto no se ha configurado en forma alguna la aplicación incorrecta de las dos cláusulas aludidas, dado que el tema de la facturación de OTECEL S.A. no tiene que ver con el servicio de telecomunicaciones que presta, sino con un error interno en la facturación por concepto de "Gastos Administrativos" para lo cual no aplican las cláusulas 12.28 y 52.2 j) del Contrato de Concesión.".* Al respecto se debe considerar que la prestación del servicio móvil avanzado a un abonado o cliente es producto de una relación contractual donde las dos partes (operador – cliente/abonado) establecen de mutuo acuerdo la forma cómo se prestará el servicio y los costos y forma de pago que se realizará por parte del beneficiario del servicio, con lo cual los elementos pactados entre las partes son claros y precisos, no existe ambigüedad posible en la prestación y forma de pago de un servicio; así como también que respecto de las facturas dentro de la prestación de servicios de telecomunicaciones, las cláusula 46, numerales 46.1 y 46.2 prevén que OTECEL S.A., por la prestación de los servicios, emitirá las facturas y demás comprobantes de naturaleza tributaria, cuando corresponda, con sujeción al Ordenamiento Jurídico Vigente, haciendo constar el valor de los consumos por todos los servicios legalmente contratados, ordenados o autorizados por los usuarios y prestados; los correspondientes recargos legales tales como intereses, impuestos u otros y los demás valores relacionados con la prestación de los servicios debiendo desglosarse y detallarse todos los conceptos de manera clara y exhaustiva, con el objeto de que los usuarios conozcan con exactitud y claridad cada uno de los valores que deberán pagar, estando prohibido incluir en la factura conceptos diferentes no relacionados con los servicios contratados, lo cual es concordante con lo previsto en la cláusula 12.28 que determina que es obligación del concesionario "Prestar los servicios a los usuarios en los términos y condiciones establecidos en sus contratos...", y la cláusula 52.2, que estipula lo siguiente: "CLÁUSULA CINCUENTA Y DOS PUNTO DOS (52.2) [...] j) Cobrar tarifas por encima de los techos tarifarios aprobados o en forma distinta a lo pactado de conformidad con los numerales 12.28, 44.3 y 44.8"; la cláusula 44.5, que menciona que es derecho de los usuarios el recibir información de manera clara, completa, veraz y oportuna y que no se le induzca deliberadamente a interpretaciones erróneas, tal como se podría entender un doble cobro del rubro "Gastos Administrativos" constante en la factura por los servicios prestados por la operadora; y, el artículo 32 del REGLAMENTO PARA LOS ABONADOS/CLIENTES-USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE VALOR AGREGADO, lo cual evidencia que la aplicación del marco jurídico contractual ha sido efectuado correctamente, razón por la cual no existe error en la aplicación de las cláusulas contractuales 12.28 y 52.2., letra j).

Que, otro de los argumentos planteados por OTECEL S.A. se refiere a *"2.2 Inexistencia de reincidencia.- Me permito señalar que la Resolución ARCOTEL-2015-0048, de cinco de mayo de 2015, en el Acápite CUARTO, página 28, admite expresamente el argumento de OTECEL S.A. de la inexistencia de reincidencia, por la falta de identidad en las causas a las que inapropiadamente se sustentó la Boleta Única. (...) Esta tesis debe ser ratificada por la señora Directora Ejecutiva de ARCOTEL, quien deberá resolver esta apelación. Esto bajo el principio procesal de que no puede empeorarse la situación del apelante, y por cuando, además, este recurso de apelación solamente se refiere a lo que me es desfavorable.".* Sobre este particular, dentro los elementos que fueron estudiados previos a la emisión de la Resolución ARCOTEL-2015-0048 del 5 de mayo del 2015, se consideró

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. Tel. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977
www.arcotel.gob.ec

el tema relacionado con una posible reincidencia de la falta, llegándose a determinar que no existía tal evento, razón por la cual la sanción no fue aplicada como una falta reincidente, con lo cual resulta improcedente que este argumento deba ser analizado en esta fase procesal.

Que, en relación al argumento manifestado por OTECEL S.A. de que el *"2.3 Error en la Facturación no es un incumplimiento a lo pactado ni cobro sobre los techos tarifarios.- (...) La cláusula 46.2 del Contrato de Concesión citado por la ARCOTEL en la Resolución No. ARCOTEL-2015-0048 dice lo siguiente: "(...) 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 este efecto, 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 facturará independientemente" (...) "...la cláusula antes citada establece que la obligación de OTECEL S.A es la de emitir facturas que correspondan a los servicios de telecomunicaciones prestados, en las cuales no se cobren valores de servicios superiores a los techos tarifarios o distinto de los pactado. Esto se ha cumplido, dado que mi defendida ha emitido las facturas correspondientes a los servicios que fueron contratados por sus usuarios y que fueron prestados como tal;... por lo que un error en la facturación no puede ser interpretada como que se ha violado lo establecido en los contratos firmados con los usuarios de Movistar..."*, al respecto se considera que, la empresa de acuerdo a lo estipulado en su contrato de concesión y el ordenamiento jurídico vigente, es la responsable frente al usuario y a la autoridad competente, del correcto funcionamiento de sus plataformas de servicio, facturación; adicionalmente, debería contar al menos con procesos de verificación, alerta de fallas y mejoramiento continuo, ya sean manuales o automáticas que sean capaces de detectar cuando se producen fallas en los sistemas, para mitigar la afectación a sus usuarios; así como, que un "error" como el sucedido en las plataformas de facturación de OTECEL S.A, de ser fortuito debió ser detectado en un tiempo prudencial e inmediatamente corregido por la misma prestadora, lo cual no sucedió, ya que este se produjo durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2014, y, se dio a conocer como resultado de la acción de control realizada por la ex Superintendencia de Telecomunicaciones y es por ello que luego del procedimiento respectivo se llegó a la sanción notificada mediante Boleta Única No. DJT-2015-0018 de 11 de febrero de 2015, con lo cual, se reitera que lo ocurrido es un incumplimiento de lo pactado.

Que, de lo dicho por OTECEL S.A. de que el *"2.4 Error en la facturación está previsto en el Anexo 5 del Contrato de Concesión y no configura infracción contractual.- (...)El error en la facturación no es previsto como incumplimiento contractual, pero, 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 BÉBITO* [sic]*", cuyo valor objetivo es <= 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. Vale aclarar que los sistemas informáticos empleados para la emisión de la factura, puede presentar fallas, como en efecto sucedió en este caso. Considerando que el 100% de estos casos, los 34.491 clientes correspondiente a 41.775 abonados hubiesen generado reclamos en los meses de la afectación; se determina que los valores objetivos del parámetro están dentro del margen de tolerancia, como se puede visualizar en la tabla inferior ya expuesta en la impugnación a la Boleta Única DJT-20015-0018...*

Abonados Afectados	***Líneas Activas***	***Valor Objetivo (<=0.5%)***	***Observación***

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. Tel. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977
www.arcotel.gob.ec

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%	

Adicionalmente, en el Anexo 5 del Contrato de Concesión se establece la posibilidad de que existan fallas en la facturación, y que existe un porcentaje de tolerancia para estas fallas involuntarias, porcentaje que no se superó por el presente error como se evidencia en la tabla anterior..."; si bien los RECLAMOS sobre errores en la facturación están previstos en el Anexo 5, denominado "PORCENTAJE DE RECLAMOS DE FACTURACIÓN Y DÉBITO", del contrato de concesión y, que fue actualizado mediante la Resolución No. TEL-042-01-CONATEL-2014 y su modificación con la Resolución No. TEL-458-16-CONATEL-2014 de 10 de enero y 27 de junio de 2014 respectivamente, cabe señalar, que esta obligación tiene lugar cuando un abonado manifiesta inconformidad por uno o varios cargos reflejados en la factura o en el débito, y no se ha determinado si los usuarios han hecho o no manifiesto su descontento mediante un reclamo a la prestadora, con lo cual no se puede aplicar la ficha de "PORCENTAJE DE RECLAMOS DE FACTURACIÓN Y DÉBITO" a este caso en particular.

Que, de lo manifestado por OTECEL S.A. sobre que *"2.5 Las atenuantes admitidas y la previsión contenida en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (.....) Al impugnar la Boleta, OTECEL S.A. alegó las atenuantes de (i) no haber sido sancionada anteriormente por la misma causa, la misma que ha sido admitida en la Resolución ARCOTEL-2015-0048; (ii) haber adoptado medidas de remediación, también admitida por la Resolución; y, (iii) haber adoptado medidas compensatorias, también admitida por la Resolución.- Las atenuantes alegadas por OTECEL S.A. y admitidas en la Resolución ARCOTEL-2015-0048, están contenidas en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Más aún, tal disposición señala expresamente que "En caso de concurrencia, debidamente comprobada de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio y a los usuarios, podrá obtenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase...". (...) Con tal fundamento legal, solicitó a la señora Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, considerando que: (i) por tratarse de juzgamiento de una infracción de segunda clase; (ii) por haber concurrido las atenuantes previstas en el artículo 130 de la Ley Orgánica; y, (iii) por haberse admitido en la Resolución ARCOTEL-2015-0048, de cinco de mayo del 2015, la existencia de las referidas atenuantes, se abstenga de imponer la sanción y que, por lo mismo, se deje sin efecto lo dispuesto en la antes citada Resolución, tanto más que no existe afectación al mercado, ni al servicio ni a los usuarios, y más aún si el error en la facturación de buena fe y fue oportunamente remediado, como esté plenamente probado en el expediente administrativo"*, en este caso, en el análisis de los atenuantes y agravantes fue realizado por la administración dentro del proceso administrativo, esto en cumplimiento del debido proceso consagrado en la Constitución de la República, determinándose la continuación y el establecimiento del cometimiento de una infracción por parte de la compañía OTECEL S.A., la cual fue sancionada con apego a la Ley, habiendo tenido gran incidencia los atenuantes en la determinación del monto de la sanción, con lo cual resulta improcedente la aceptación de lo esgrimido por OTECEL S.A.

Que, en el Informe Técnico – Jurídico No. 012 de 03 de agosto de 2015, sobre el recurso de apelación presentado por OTECEL S.A. en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-00048 de 05 de mayo de 2015, se concluye: *"De los antecedentes y análisis contenidos en el presente informe, se establece que la Resolución ARCOTEL-2015-0048 de 5 de*

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. Tel. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977
www.arcotel.gob.ec

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

mayo de 2015, ha sido emitida cumpliendo con el proceso administrativo determinado en el Contrato de Concesión; y se considera que en la misma se ha realizado un análisis adecuado del incumplimiento en el que incurrió la empresa OTECEL S.A., por lo que, es procedente que no se estime y en consecuencia rechace el recurso de apelación y ratifique la sanción impuesta mediante la Resolución ARCOTEL-2015-0048 de 5 de mayo de 2015....".

En ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

ARTÍCULO UNO.- Avocar conocimiento y acoger el Informe Técnico - Jurídico, presentado por la Dirección Jurídica de Regulación y Dirección de Regulación de los Servicios de las Telecomunicaciones, constante en Informe Técnico – Jurídico No. 012 de 03 de agosto de 2015, sobre el recurso de apelación presentado por OTECEL S.A.

ARTÍCULO DOS.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por OTECEL S.A. a la Resolución No. ARCOTEL-2015-00048 de 05 de mayo de 2015.

ARTÍCULO TRES.- Disponer a la Dirección de Documentación y Archivo de ARCOTEL, notifique con la presente Resolución a la empresa OTECEL S.A., para los fines pertinentes.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, el 20 AGO 2015

Ing. Ana Proaño de la Torre
DIRECTORA EJECUTIVA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

Elaborado por:	**Revisado por:**
Sr. Mauricio Calderón	Dr. Julio Martínez Acosta Dr. Patricio Valenzuela Mena

Av. Diego de Almagro N31-95 y Alpallana. Tel. (593) 294 7800
1800 567 567 Casilla 17-07-977
www.arcotel.gob.ec