

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-0012

**ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA AGENCIA
DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**

ARCOTEL

**ING. ROBERTO FERNANDO MOREANO VITERI
COORDINADOR ZONAL 2**

CONSIDERANDO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

1.1. TITULO HABILITANTE

El 1 de junio de 2011, la Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del Estado Central, otorgada a través del Ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, mediante Resolución TEL-406-10-CONATEL-2011, suscribe el instrumento "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES", a favor de la Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP; inscrito en el Tomo 92 a Fojas 9209 del Registro Público de Telecomunicaciones de la Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, conjuntamente con sus anexos A, B y C y sus respectivos Apéndices; a cuya totalidad de términos, condiciones y plazos se sujetó en forma expresa en la misma fecha, así como a lo dispuesto en la Legislación Aplicable y Ordenamiento Jurídico Vigente.

Mediante Resolución TEL-267-11-CONATEL-2012 expedida el 15 de mayo de 2012, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones aprobó el texto de los anexos: D, Condiciones para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado; E, Condiciones para la Prestación del Servicio Portador; y, F, Condiciones para la Prestación del Servicio de Valor Agregado de Internet, los mismos que fueron incorporados como parte integrante e inseparable de las "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES" otorgadas a la Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, de 1 de junio de 2011.

1.2. FUNDAMENTO DE HECHO

El 10 de agosto de 2016, mediante Memorando ARCOTEL-CCDS-2016-0040-M, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, puso en conocimiento de la Coordinación Zonal 2 el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0009 de 5 de agosto de 2016, en el que se concluye: "...se evidenció que para productos a los cuales se han ejecutado pruebas de suscripción, la CNT EP cobró por un servicio que no fue entregado al abonado, cliente o usuario, debido a que no se descargó reprodujo el contenido desde el link download.enterfactory.com, e incluso en la prueba realizada al código corto 37888 desde la línea pospago 09963270423, nunca llegó el contenido o el mensaje con el link para la descarga a pesar de que la Operadora realizó el cobro efectivo por el servicio."

2016/08/10 10:08:00-REGCONT

Adicionalmente, en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0040-M, se indica entre otros aspectos que: "... Cabe aclarar que las pruebas e inspecciones se realizaron en la ciudad de Quito; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional."

1.3. ACTO DE APERTURA

Con fecha 17 de agosto de 2016, esta Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001, acto con el que se le notificó al señor CESAR REGALADO IGLESIAS, Gerente General y Representante Legal de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, el 19 de agosto de 2016 de conformidad como lo establece el Memorando ARCOTEL-CZO2-2016-0099-M de 19 de agosto de 2016.

En el nombrado Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001 se consideró en lo principal lo siguiente:

"(...) Conforme lo dispuesto en los artículos 125 y 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otras, la potestad de ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, catalogados constitucionalmente como públicos, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo señalado en los correspondientes títulos habilitantes; y, la de sancionar a las personas naturales y jurídicas que incurran en las infracciones señaladas en la citada Ley. De los artículos transcritos en los acápite que anteceden, se desprende que los prestadores tienen el deber de brindar el servicio autorizado cumpliendo lo establecido en los títulos habilitantes, y de forma regular, lo que significa que el sector de las telecomunicaciones es altamente regulado, en el que la normativa impone obligaciones que son de ineludible cumplimiento, porque ha sido concebida para ser respetada y aplicada, con el objeto de garantizar el servicio público.

En ejercicio de las atribuciones legales y con sustento en lo expuesto por el área técnica de la ARCOTEL, ha procedido a realizar el control respectivo y a elaborar el INFORME DE VALIDACIÓN DE PRUEBAS Y PROCEDIMIENTO UTILIZADO POR CNT EP PARA OFRECER SERVICIOS DE VALOR AGREGADO A TRAVÉS DE SMS PREMIUM, conforme se detalla en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0009 de 05 de agosto de 2016, detectando en las pruebas de validación, realizadas los días 28 de junio de 2016 y 2 de agosto del mismo año, cuyos resultados constan en el apartado 5 del referido informe, que evidencia que la Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, cobró por servicios que no fueron entregados o prestados al abonado, cliente o usuario, por lo que de confirmarse el hecho, y la responsabilidad de la Empresa Pública, esta podría incurrir en la infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b), número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la Ley en referencia (...)"

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCENTRALIZADO:

2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Art 83.- 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 (...)."

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. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: ... 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones..."

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."

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 116, incisos primero y segundo, establecen: "**Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.-** El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.- La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes."

El artículo 132.- en sus incisos primero y segundo, señala: "**Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas.-** Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados. El infractor deberá cumplirlos de forma inmediata o en el tiempo establecido en dichos actos. En caso de que el infractor no cumpla voluntariamente con el pago de la multa impuesta, la multa se recaudará mediante el procedimiento de ejecución coactiva, sin perjuicio de la procedencia de nuevas sanciones, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.-La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las

resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución (...)."

El **artículo 142**, dispone: "**Creación y naturaleza.** Créase 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 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 144**, determina: "**Competencias de la Agencia.-** Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 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."

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"Art. 10.- Del Organismo Desconcentrado de la ARCOTEL encargado del Procedimiento Administrativo Sancionador.- El Organismo Desconcentrado de la ARCOTEL encargado del Procedimiento Administrativo Sancionador es el competente para aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley, el presente Reglamento General y en los títulos habilitantes; puede contar con oficinas desconcentradas. La competencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda".

"Art. 81.- Organismo Competente.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa. También le corresponde sustanciar y resolver las reclamaciones por violación de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, en este último caso, con excepción de las reclamaciones relacionadas a contenidos.

Art. 83.- Resolución.- La resolución del procedimiento administrativo sancionador deberá estar debidamente motivada y contendrá la expresión clara de los fundamentos de hecho y de derecho que sirvan para la imposición o no de la sanción que corresponda conforme lo previsto en la Ley y de ser el caso, en las infracciones y sanciones estipuladas en los respectivos títulos habilitantes... Sin perjuicio de las decisiones adoptadas por la ARCOTEL, los usuarios podrán interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios".

RESOLUCIONES DE ARCOTEL

Resolución No.002-01-ARCOTEL-2015 de 4 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.*".

Resolución 09-05-ARCOTEL-2016 de 20 de junio de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 800 de 19 de julio de 2016

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales y legales resuelve expedir el ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL, en el que entre otros aspectos se establece:

"Artículo 2. Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Para cumplir con la regulación, el control y la gestión del espectro radioeléctrico y de los servicios de telecomunicaciones para que éstos sean brindados con calidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y diversidad; garantizando el cumplimiento de los derechos y deberes de prestadores de servicios y usuarios, se han definido dentro de la estructura orgánica de la ARCOTEL a procesos Gobernantes, Sustantivos, Habilitantes de Asesoría y de Apoyo, y Desconcentrados: (...)

Desconcentrados.- *Permiten gestionar los productos y servicios de la Institución a nivel zonal, participan en el diseño de políticas, metodologías y herramientas; en el área de su jurisdicción en los procesos de información, planificación, inversión pública, reforma del Estado e innovación de la gestión pública, participación ciudadana, y seguimiento y evaluación". (El subrayado me pertenece)*

"Artículo 10. Estructura Descriptiva

(...)

2. NIVEL DESCONCENTRADO

2.1. PROCESO GOBERNANTE

(...)

I. Misión:

Coordinar y controlar la gestión institucional a nivel desconcentrado dentro del ámbito de su jurisdicción, a los procesos de gestión de títulos habilitantes, control y atención a los consumidores de servicios de telecomunicaciones; mediante, la aplicación de políticas y procesos emitidos para el cumplimiento de sus competencias y el ordenamiento jurídico vigente.

II. Responsable: *Coordinador/a Zonal.*

III. Atribuciones y responsabilidades:

(...)

j. Monitorear el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control. (...)

2.2. PROCESO SUSTANTIVO

2.2.1. Nivel Operativo

2.2.1.1. Gestión Técnica Zonal.- (...)

II. Responsable: Director/a Técnico/a Zonal.

III. Atribuciones y Responsabilidades: (...)

7. Ejecutar el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control. (...)

Adicionalmente, a través de la **CIRCULAR ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C** (10 de agosto de 2016), entre otros aspectos se indica lo siguiente:

“(...) **Disposiciones específicas**

(...) A la Coordinación Técnica de Control, Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

*1.- Para fines relacionados con el ámbito de control, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercer la Potestad Sancionadora, únicamente a través del Organismo Desconcentrado y, con la finalidad de hacer que se cumplan a cabalidad con las actividades en materia de control, todos los informes sobre dicha materia, generados por las Direcciones de la matriz desde el 18 de febrero de 2015, relativos a presuntos incumplimientos, **cuyo contenido abarque la Cobertura correspondiente a más de una Coordinación Zonal u Oficina Técnica, según la distribución territorial establecida en el análisis de presencia institucional en territorio de la ARCOTEL y su respectiva aprobación mediante oficio No. SENPLADES-SGTEPBV-2015-0102-OF de 27 de agosto de 2015, mismo del cual se hace referencia en el Estatuto de esta Agencia, serán enviados a la Coordinación Zonal 2 para conocimiento, sustanciación y resolución de los procedimientos administrativos o contractuales sancionadores** a los que hubiere lugar. Igual trámite se darán a aquellos informes de control elaborados por las Direcciones de la matriz, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.” (Lo resaltado en negrita me pertenece)*

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para iniciar, sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre procedimientos administrativos sancionadores; además que, conforme consta indicado en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0040-M, “... las pruebas e inspecciones se realizaron en la ciudad de Quito; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional.”

2.2. PROCEDIMIENTO

“Artículo 125.-Potestad sancionadora.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, 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. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.- El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor”.

 (Negrita y subrayado fuera del texto original).

El presente procedimiento se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 125 al 129 y 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones respetando las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo, contemplado en el artículo 76, número 7 de la Constitución de la República.

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-2016-0001, se ha procedido a notificar al señor Cesar Regalado Iglesias Gerente General y Representante Legal de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, mismo que ha comparecido y dado contestación; dentro del término establecido por la ley para hacerlo; por otra parte, se debe establecer que se han respetado los términos determinados en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y se ha observado las garantías de debido proceso señaladas en la Constitución de la República fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

a) Infracción

En el Título XIII sobre el Régimen Sancionatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establecen diferentes infracciones y sanciones en cuanto a su gravedad y en el caso presente se considera, que el hecho imputado se asimilaría al siguiente articulado:

“Art. 118.- Infracciones de Segunda Clase.- (...) b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) **5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.** (...)” (Lo resaltado me pertenece).

b) Sanción

“Art. 121.- Clases.- Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera: (...) **2. Infracciones de segunda clase.-** La multa será de entre el 0,031% al 0,07 % del monto de referencia. (...)

“Art. 122.- Monto de referencia.- Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate. (...).”

En lo relativo a los atenuantes y agravantes, la Ley de la materia señala:

“Artículo 130.- Atenuantes.-

Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.
2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.
3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.
4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.

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 o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase. Esta disposición no aplica para infracciones de tercera y cuarta clase.” (El subrayado me pertenece)

“Artículo 131.- Agravantes.-

En el ejercicio de su potestad sancionatoria, igualmente se deberán valorar las siguientes circunstancias agravantes:

1. La obstaculización de las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio de la infracción sancionada.
2. La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.
3. El carácter continuado de la conducta infractora.”

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA.

El señor economista Patricio Llerena Torres en calidad de Gerente General subrogante y Representante Legal de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P, ha

dado contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001, a través del documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002166-E de 9 de septiembre de 2016, dentro del término que tenía para hacerlo; adjuntando a su contestación, copia de la Resolución No. CNTEP-GG-003-2010, en la que se resuelve su designación como Gerente General Subrogante de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP; y, respondiendo a los cargos contenidos en el Acto de Apertura de la siguiente manera:

" (...)

6.- **CONCLUSIÓN** (...)

• "Una vez que se ha realizado las pruebas de validación, cuyos resultados constan en el apartado 5 del presente informe, se evidenció que para productos a los cuales se han ejecutado pruebas de suscripción, la CNT EP cobró por un servicio que no fue entregado al abonado, cliente o usuario debido a que no se descargó o reprodujo el contenido desde el link download.enterfactory.com, e incluso en la prueba realizada al código corto 37888 desde la línea postpago 09963270423, nunca llegó el contenido o el mensaje con el link para la descarga a pesar de que la Operadora realizó el cobro efectivo por el servicio. "

En relación a los fundamentos de hecho expuestos por la ARCOTEL, se puede evidenciar que en primera instancia el Coordinador Zonal 2 del Organismo de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, reconoce por sí mismo que el SMS Premium no es un servicio que proporciona directamente la CNT EP, sino que es provisto por las empresas llamadas "integradores" y que la Operadora es solamente el medio por el cual se envía un SMS Premium, hacia el destinatario final que es el usuario, abonado o cliente.

2 Mecanismo de la mensajería SMS Premium

En cuanto al inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra de la CNTEP, se constata que la Coordinación Zonal 2 de Organismo de Regulación y Control de las Telecomunicaciones desconoce totalmente el mecanismo de funcionamiento del servicio de Valor Agregado de mensajería tipo SMS Premium.

De este modo, la CNT EP, con el objeto de aclarar el funcionamiento de dicho mecanismo, a continuación pasa a describir en detalle la generación y entrega de los SMS Premium hacia los usuarios:

- Los **Servicios de mensajería Premium** son servicios que generalmente **ofrecen empresas externas** a las operadoras, en este caso a la CNT EP. Estas empresas externas son conocidas comúnmente como **integradores** y son las mismas quienes se encargan de realizar el envío de los SMS Premium a través de la red de un prestador de servicio de telefonía, hacia los abonados/clientes-usuarios de las bases de números que los mismos disponen.

Cabe reiterar que las empresas llamadas integradores, prestan el servicio de valor agregado de mensajería SMS Premium a través de la red de la CNT EP, conforme se lo irá demostrando en lo posterior de este escrito. Por lo tanto, el envío de mensajería SMS Premium solamente es responsabilidad del integrador y no de la operadora. Además es pertinente aclarar que para efectos de la prestación de este servicio se suscriben contratos entre los

Integradores y la CNT EP, en donde se establece que la operadora es simplemente el canal de envío de la mensajería tipo SMS Premium.

El papel que desempeña en este proceso la operadora móvil, en este caso la CNT EP es ser únicamente el medio por el cual se facilita la entrega de la mensajería SMS Premium generada por los integradores hacia los clientes móviles.

De esta forma, el integrador que es el proveedor del servicio de mensajería Premium, envía contenidos de diversa naturaleza a usuarios del servicio móvil, empleando como acceso la red de la CNT EP. Para ello, los integradores envían los SMS a quienes hayan aceptado recibir su contenido como música, juegos, concursos, noticias, campañas solidarias etc; a su vez, el cliente al haber aceptado la entrega de un contenido en particular.

Entre los servicios que ofrecen los integradores de mensajería Premium se encuentran los siguientes:

- *Recibir información de noticias, horóscopo, resultados de deportes, etc.*
- *Suscribirse a "Clubs de contenidos" en el cual puedan canjear música, imágenes, juegos, etc.*
- *Participar en concursos.*

La suscripción a la mensajería SMS Premium, se realiza cuando un usuario envía un SMS a un número corto de un integrador; al suscribirse el usuario, el mismo está aceptando con el integrador a que éste le envíe contenidos de SMS Premium periódicamente y a cobrar por cada mensaje de solicitud de contenido, convirtiéndose de este modo quien solicita el contenido en usuario del Integrador.

Los SMS Premium se los puede dejar de recibir cuando el usuario, abonado o cliente envía la palabra SALIR, al integrador a fin de que este registre su salida y ya no se envíen SMS al número que ha estado suscrito.

El cobro de un SMS se lo realiza cuando el usuario, abonado o cliente recibe por completo el SMS por parte del integrador con la correspondiente información del contenido que haya sido solicitado. Estos mensajes se encuentran sustentados en el registro de CDR's como las transacciones exitosas o no que son comunicadas al integrador.

Cabe aclarar que los mensajes que no corresponden a contenido no son cobrados a los clientes.

Realizada la explicación del funcionamiento del SMS Premium, se puede concluir claramente que el integrador es el dueño del Servicio de Valor Agregado de SMS Premium que se envía a través de la red telefónica de CNT EP, así como de los mensajes tipo SMS Premium con el mensaje de contenido (...).

3.- Normativa regulatoria en cuanto al servicio de valor agregado SMS Premium.

Resolución N° TEL-477-16-CONATEL-2012

Mediante Resolución N° TEL-477-16-CONATEL-2012 publicada en el Registro Oficial Suplemento 750 de 20 de julio de 2012, se expidió el denominado: "Reglamento para los Abonados/clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado"; dentro del cual se estableció en las Disposiciones Transitorias, lo siguiente:

"Cuarta.- Se concede el plazo de noventa (90) días, contados a partir de la entrada en vigencia del presente reglamento, para que la SENATEL, conjuntamente con la SUPERTEL, remitan para aprobación del CONATEL, las condiciones de aplicación, contratación, pago y uso de los servicios de Valor Agregado de Audio texto que se presenten por medio de SMS (SMS Premium)." (Lo resaltado me pertenece)

Conforme lo citado, se desprende claramente que con la normativa expedida por el organismo de regulación y control de telecomunicaciones ya se efectuó la calificación de la mensajería SMS Premium **como un Servicio de Valor Agregado de Audiotexto**; por lo tanto, este ya se constituía desde el año 2012 como un nuevo servicio, mismo que es diferente a los restantes servicios de telecomunicaciones que brinda la CNT EP.

En consecuencia, con base en esta calificación correspondía al organismo de regulación y control de las telecomunicaciones el otorgamiento de los respectivos títulos habilitantes a los prestadores del Servicio de Valor Agregado que prestan el Servicio de mensajería tipo SMS Premium; es decir, en este caso a los Integradores, cuestión que no ha sucedido hasta la presente fecha, evidenciándose que la Coordinación Zonal 2 presente argumentos de incumplimiento hacia la Empresa Pública sin ningún fundamento normativo.

Al pretender juzgar a la CNT EP por un hecho que no tiene ninguna responsabilidad administrativa en el envío de mensajería SMS Premium, se ha evidenciado que el Coordinador Zonal 2 atentaría contra la honra de la Empresa Pública, al querer imputarle responsabilidad por un servicio de valor agregado **que no presta directamente** sino que es prestado a través de sus integradores y que inclusive se encuentra claramente reconocido en su informe N° IT-CCDS-RS-2016-009 de 5 de agosto de 2016.

Para aclarar un poco más lo dicho, CNT EP simplemente es el canal de envío de mensajería SMS Premium que el integrador genera desde sus propias plataformas hacia los usuarios conforme sus propias bases de datos que se suscriben a un determinado contenido.

Confidencialidad de la información cursada por las redes de las operadoras.

Adicionalmente, en cuanto a la entrega de mensajería tipo SMS Premium por parte del Integrador, se comprueba que el organismo de regulación y control de las telecomunicaciones está cometiendo un gravísimo error al haber omitido la obligación que tienen las operadoras para guardar la confidencialidad de las comunicaciones que se cursan por su red; en este caso es claro que la CNT EP no se encuentra de ninguna manera facultada para supervisar y controlar el contenido que es entregado a los usuarios por parte de los Integradores.



En este sentido, la Empresa Pública cumple a cabalidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones según lo dispuesto en el Título VII, Capítulo I del Secreto de las comunicaciones y protección de datos personales:

"Artículo 76.- Medidas técnicas de seguridad e invulnerabilidad.

*Las y los prestadores de servicios ya sea que usen red propia o la de un tercero, deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad de sus servicios y la invulnerabilidad de la red y **garantizar el secreto de las comunicaciones y de la información transmitida por sus redes.** Dichas medidas garantizarán un nivel de seguridad adecuado al riesgo existente. (Lo resaltado me pertenece).*

Nuevamente entonces, se demuestra la falta de argumentos con el sustento suficiente para haber iniciado en contra de la CNT EP un procedimiento administrativo sancionatorio de esta naturaleza.

Reglamento para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción

*Por otra parte, el Reglamento para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, publicado en el Registro Oficial 739 de 06 de mayo de 2016, ha definido el **valor agregado** en su ficha descriptiva de servicios de telecomunicaciones como:*

"Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija."

Entre sus especificaciones técnicas, operativas o legales, a cumplir, relacionadas específicamente con el servicio ha definido lo siguiente:

"4. - En caso de que los prestadores del servicio móvil o de telefonía fija presten servicio de valor agregado de forma directa, no requieren de título habilitante adicional a dichos servicios."

Asimismo, dentro del servicio, a modo ejemplificativo, se puede considerar al acceso a:

1. Contenidos informativos, de difusión, imágenes, entre otros, por suscripción o prepagados por el cliente, suscriptor o abonado.

2. Envío de información de datos (aplicaciones machine-to-machine, localización, georreferenciación, telemetría).

3. Servicios provistos por medio de SMS Premium (servicios de mensajescortos).

De lo expuesto en la ficha descriptiva de servicios de telecomunicaciones, se deberealizar las siguientes puntualizaciones:

• la CNT EP, no presta el servicio de valor agregado de mensajería SMS Premium, por lo que en ningún caso realiza el envío directo de contenidos y SMS Premium a los

clientes, por cuanto actualmente son gestionados y proporcionados por los integradores, en base a contratos suscritos con los mismos.

- Se reitera que en el caso de entrega de mensajería tipo SMS Premium, la CNT EP es simplemente el canal de envío que utiliza el Integrador para llegar a los usuarios, a los cuales éste provee de contenidos de música, imágenes, videos, información, de acuerdo a sus propias bases de datos.*
- Siendo que los Integradores son quienes brindan directamente al usuario la mensajería SMS Premium, no se encuentran actualmente regulados por el organismo de regulación y control de las telecomunicaciones y mal se estaría atribuyendo a la CNT EP un incumplimiento que no corresponde.*

De manera complementaria, respecto de todo lo señalado en este numeral cabe indicar que hasta la presente fecha no se ha expedido las condiciones específicas para regular el servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium; tal es así que recientemente la autoridad se encuentra trabajando en Audiencias Públicas para recibir observaciones y comentarios al proyecto de "PROCEDIMIENTO PARA LOS MENSAJES MASIVOS O INDIVIDUALES O LLAMADAS CON FINES DE VENTA DIRECTA, COMERCIAL, PUBLICITARIA O PROSELITISTA QUE NO HAYAN SIDO PREVIA Y EXPRESAMENTE AUTORIZADOS POR EL CLIENTE, ABONADO O USUARIO", lo cual evidencia que el Organismo de Regulación y Control al momento de iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador, no tenía un procedimiento ni normativa establecida para el juzgamiento de las condiciones de prestación del servicio de valor agregado, en este caso SMS Premium.

De esto último se desprende que la ARCOTEL pretende juzgar a la operadora CNTEP, en este caso la mensajería tipo SMS Premium, que no se encuentra normado a la presente fecha, lo cual se contrapone con lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76, que dice:

"En todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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; si se le aplicara una sanción no prevista por la Constitución o la Ley... "

Por ello, mal podría el Coordinador Zonal emitir una sanción a la operadora, toda vez que a la presente fecha no se encuentra tipificada la infracción de la cual se indicaría en cometimiento la CNT EP y más aún cuando se insiste en que el servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium es brindado por los Integradores.
(...)

Al respecto de lo señalado de los artículos precedentes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se ha evidenciado que el Coordinador Zonal 2 pretende sancionar a la CNT EP por una infracción de segunda clase que no le corresponde a la Empresa Pública, toda vez que como se ha indicado varias veces en los numerales anteriores, el

servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium es brindado por parte de los llamados Integradores. (...)

IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los argumentos expuestos se fundamentan en las siguientes normas Constitucionales y Legales:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

(...)

"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: (...)

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" (El poner negritas y subrayar me pertenece)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la Preparación de su defensa. (lo subrayado y en negrilla me pertenece)

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

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.

"Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. (...)"

3.2. PRUEBAS

La Constitución de la República ordena en su artículo 76 número 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: *"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**".(Lo resaltadome pertenece).*

En orden a lo expuesto, las pruebas aportadas y consideradas dentro del presente procedimiento administrativo sancionador son:

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, como pruebas de cargo de la Administración, se enumeran las siguientes:

1.-Dentro del expediente consta como prueba de cargo aportada por la administración: el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0009 de 5 de agosto de 2016, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0040-M de 10 de agosto del 2016.

2.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001, de 17 de agosto de 2016.

3.- La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

1.- Contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001 de 17 de agosto de 2016, ingresado mediante documento ARCOTEL-DEDA-2016-02166-E de 9 de septiembre de 2016, y la documentación anexada en calidad de prueba, en el mismo documento de ingreso.

2.- Alegato verbal expuesto el día miércoles 21 de septiembre de 2016, a las 11H00, dentro de la Audiencia de Alegatos, solicitada por CNT EP, dentro del procedimiento ARCOTEL-CZO2-2016-0001.

3.3 MOTIVACIÓN

PRIMERO: ANALISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA DEL PRESUNTO INFRACTOR

El área técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a través de Informe No. IT-CZO2-AA-2016-0003 de 26 de septiembre de 2016, remitido al área jurídica con Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0231-M de 30 de septiembre de 2016, realizó el análisis de la contestación de la CNT EP al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No.ARCOTEL-CZO2-2016-0001; en lo principal dicho análisis manifiesta:

"(...)Se analiza técnicamente la contestación efectuada por "CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP" mediante Oficio No. 20160873 de 08 de septiembre de 2016 ingresado a la ARCOTEL con Documento No.ARCOTEL-DEDA-2016-002166-E de 09 de septiembre de 2016.

a.- En la página 12 CNT EP indica lo siguiente:

"(...) ESCENARIO 2: con observación por parte de la ARCOTEL

- *Envío de SMS desde el terminal (593996327042) para suscripción o alta en el servicio 37888. (SMS sin costo)*
- *Recepción en el terminal móvil de mensaje de bienvenida al servicio desde el 37888. (SMS sin costo)*

Fecha de Ejecución		02/08/2016	
Nombre Integrador		BINBIT	
Producto		Servicio Multimedia	
Periodicidad		Semanal	
Número	0996327042	Modalidad	Postpago
Código Corto	37888	Comando Enviado	CANTA

Figura. Escenario 2 de prueba citado en el informe CNT-GG-2016-08373

- En el informe la ARCOTEL indica de esta prueba que únicamente recibió el mensaje de bienvenida y que a pesar de no haber recibido el mensaje con contenido de descarga desde el SC 378881 si fue debitado de su saldo la transacción
- Se valida en la plataforma de CNT EP y sí existe un CDR desde el SC 378881 hacia el terminal de destino por lo cual es correcto que se haya debitado el valor.

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
sm_ID	OrgAddr	DestAddr	ScAddr	MTMscAddr	com_class	PRI	MMS	RP	CDM	SRR	PIB	DCS	TimeStamp	UTL	Resalt
1138694115	593996327042	37888	493996099901		0	0	0	0	0	0	0	0	2016/08/02 12:01:35	3	0
1138695498	37888	593996327042	493996099901	493996099915	0	0	0	0	0	0	0	0	2016/08/02 12:01:37	113	0
1138695524	378881	593996327042	493996099901	493996099915	0	0	0	0	1	0	0	4	2016/08/02 12:01:40	98	0

Figura 4. Tabulación CDRs plataforma SMSC para Escenario 2.

Adicionalmente en el historial del correo enviado por el área de Servicios de valor agregado de la CNT EP, el Integrador Binbit propietario del SC 37888 confirma que en sus plataformas también tienen registros de CDRs que el SMS fue entregado correctamente.

Figura 5. Registros CDRs plataforma BINBIT para Escenario 2.

Se concluye entonces que en relación a la prueba efectuada por la ARCOTEL, la CNT EP puede ratificar que al ser únicamente el medio por el cual se entrega la mensajería tipo SMS Premium, efectúa el registro de las transacciones que demuestran haber sido exitosas y por consecuencia procede el cobro respectivo. (...)"

Del análisis expuesto por CNT EP se comprueba que el envío de SMS desde el terminal 593996327042 para suscripción o alta en el servicio 37888. (SMS sin costo), se valida en la plataforma de CNT EP con la existencia de los CDR desde el SC 37888 hacia el terminal de destino por lo que se verifica que se realizó el cobro por parte de la Operadora CNT EP, aunque el contenido no fue entregado al usuario, como se ha demostrado en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0009 de 05 de agosto de 2016.

b.- En la página 16 CNT EP indica lo siguiente:

“(…) ESCENARIO 3: con observación por parte de la ARCOTEL

- Envío de SMS desde el terminal (593996327042) para suscripción o alta en el servicio 60700. (SMS sin costo)
- Recepción en el terminal móvil de mensaje de bienvenida al servicio desde el 60700. (SMS sin costo)
- Recepción en el terminal móvil de mensaje de bienvenida al servicio desde el 60701. (Valor SMS 0.64)

Fecha de Ejecución		02/08/2016	
Nombre Integrador		BINBIT	
Producto		Servicio Multimedia	
Periodicidad		Semanal	
Número	0996327042	Modalidad	Postpago
Código Corto	60700	Comando Enviado	TORNEO

Figura. Escenario 3 de prueba citado en el informe CNT-GG-2016-08373

La ARCOTEL indica que se registró correctamente al servicio 60700 y que recibió un SMS de contenido con un link de descarga, sin embargo cuando accedió al link no se realizó ninguna descarga y el resultado fue una pantalla en negro y fue debitado un costo de 0.64 USD.

Al respecto, se señala que a nivel del CDRs de CNT EP sí existen los registros de cada una de las transacciones indicadas por lo cual es correcto que se haya debitado el valor del SMS Premium; el problema suscitado es en la descarga desde el hipervínculo que envía el Integrador en su mensaje, mismo el cual podría deberse a diferentes factores como son: Problema en el aplicativo web (Responsabilidad del integrador Binbit), problema del equipo terminal usado.

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
sm_ID	OrgAddr	DestAddr	ScAddr	MTMacAddr	esm_class	PRI	MMS	RP	UDHI	SRR	PID	DCS	TimeStamp	UDL	Result
1158752141	593996327042	60700	593996327042	593996327042	0	0	0	0	0	0	0	0	2016/08/02 13:09:44	6	0
1158752223	60700	593996327042	593996327042	593996327042	0	0	0	0	0	0	0	0	2016/08/02 13:09:45	138	0
1158752249	60701	593996327042	593996327042	593996327042	0	0	0	0	0	0	0	0	2016/08/02 13:09:50	63	0

Figura. Tabulación CDRs plataforma SMSC para Escenario 3.

Se concluye entonces que en relación a la prueba efectuada por la ARCOTEL, la CNT EP puede ratificar también en este caso que al ser únicamente el medio por el cual se entrega la mensajería tipo SMS Premium, efectúa el registro de las transacciones que demuestran haber sido exitosas y por consecuencia procede el cobro respectivo. (...)”

Del análisis expuesto por CNT EP, no justifica el hecho técnico determinado en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0009 de 05 de agosto de 2016, se verificó que se realizó el cobro del valor sin que el usuario haya podido realizar la descarga.

4.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL considera que sobre la contestación, alegatos y pruebas presentadas por la "CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP" al ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001, no desvirtúan técnicamente el hecho señalado ya que se comprueba fehacientemente que la CNT EP facturó y realizó el cobro de un servicio que no fue entregado al abonado, cliente o usuario, debido a que no se descargó o reprodujo el contenido desde el link: <http://download.enterfactory.com> (...).

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

El área jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a través de Informe Jurídico No. IJ-CZO2-C-2016-012 de 28 de octubre de 2016, realiza el siguiente análisis:

" (...)

Contando con la comparecencia de la debida representación legal de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP; y, las demás constancias actuadas en el procedimiento, se debe considerar lo siguiente:

El presente procedimiento administrativo sancionador, observa estrictamente las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 76, numeral 7, letra I), de la Constitución de la República que expresa: "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: 7. El derecho a las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: I) 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."

a.- *La comparecencia de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P, y la Resolución No. CNTEP-GG-003-2010, que legitima la intervención del Gerente General subrogante, así como lo solicitado como prueba a su favor; y, lo esbozado dentro de la Audiencia de Alegatos, llevada a cabo el día 21 de septiembre de 2016, se encuentra centrada en señalar que la CNT EP, no presta el Servicio de Valor Agregado de mensajería SMS Premium, y que solamente constituye el canal de envío que utiliza el integrador para llegar a los usuarios, argumentando adicionalmente que no existe ni procedimiento ni normativa establecida para el juzgamiento de las condiciones de prestación del servicio de valor agregado SMS Premium, y por tanto debe constituirse en la motivación central del presente procedimiento administrativo; sin embargo, por lo manifestado en la intervención de la CNT EP: "... En cuanto al Acto de Apertura CZ02-2016-0001, Procedimiento Administrativo Sancionador, se evidencia que el Coordinador Zonal 2 Subrogante de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, cumple con las normas del debido proceso señaladas en la Constitución, en el Instructivo de Procedimiento Administrativo Sancionador y así como en la demás normativa para el inicio de procedimientos administrativos ...", la legitimidad y legalidad de esta actuación, está aceptada.*

b.- No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.

c.- Es necesario, previo a tomar la resolución que corresponda, considerar las siguientes disposiciones constitucionales:

El Art. 11, declara: "**El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.** El Estado, sus delegatarios, **concesionarios** y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares **por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones** de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (...)"

El numeral 1 del artículo 83, dispone que: "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.**"

"**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. 261.-** El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones."

"**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.”

d.- Como derivación de lo anterior, cabe referirse a lo manifestado por la CNT EP, en el sentido de que: “Los **Servicios de mensajería Premium** son servicios que generalmente **ofrecen empresas externas** a las operadoras, en este caso a la CNT EP. Estas empresas externas son conocidas comúnmente como integradores y son las mismas quienes se encargan de realizar el envío de los SMS Premium a través de la red de un prestador de servicio de telefonía, hacia los abonados /clientes-usuarios de las bases de números que los mismos disponen. Cabe reiterar que las empresas llamadas integradores, prestan el servicio de valor agregado de mensajería SMS Premium a través de la red de la CNT EP, conforme se lo irá demostrando en lo posterior de este escrito. Por lo tanto, el envío de mensajería SMS Premium solamente es responsabilidad del integrador y no de la operadora”; al respecto, las “CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES” a favor de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP; inscrito en el Tomo 92 a Fojas 9209 del Registro Público de Telecomunicaciones de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, señalan en su “**ARTÍCULO 18.- Suscripción de contratos con terceros.- Artículo 18.1.** La Empresa Pública, podrá negociar y suscribir los convenios y contratos con terceros que sean necesarios o convenientes para la ejecución de este instrumento, con sujeción al Ordenamiento Jurídico Vigente... **Artículo 18.2** La celebración de estos contratos **no exime a la Empresa Pública del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente instrumento**, ni de las establecidas en el Ordenamiento Jurídico Vigente.**Artículo 18.3** En cualquier caso, la Empresa Pública **siempre será la responsable ante los abonados/clientes usuarios y organismos de administración, regulación y control, por la prestación de los servicios contemplados en el presente instrumento** en los términos definidos en el presente instrumento y el Ordenamiento Jurídico Vigente.**Artículo 18.4** Los contratos o acuerdos que la Empresa Pública suscriba con terceros, incluyendo los de reventa, **no podrán contener estipulaciones que de alguna manera limiten parcial o totalmente dicha responsabilidad o transfieran los derechos y obligaciones que asume por efectos de este instrumento...**”; por otra parte, El Anexo D de las Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones a favor de la CNT EP, señala, en su “**Artículo 7.16.-** La Empresa Pública **en ningún caso podrá eximirse de su responsabilidad frente a sus abonados/clientes-usuarios y ante los organismos de regulación, administración y control de las telecomunicaciones**, aun cuando contrate o subcontrate con terceros la prestación y/o reventa de los servicios a los que está obligada, de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Vigente.”(lo resaltado en negrita me pertenece); razón por la cual, en el presente caso se ha demostrado fáctica y técnicamente que el envío de SMS ... para suscripción o alta en el servicio 37888 (SMS sin costo), se valida en la plataforma de CNT EP con la existencia de los CDR desde el SC 37888 hacia el terminal de destino por lo que se verifica que se realizó el cobro por parte de la Operadora CNT EP, aunque el contenido no fue entregado al usuario, conforme se indicó en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0009 de 05 de agosto de 2016; además como segundo ejemplo, al acceder al servicio 60700, se recibió un SMS de contenido con un link de descarga, sin embargo

cuando se accedió al link no se obtuvo ninguna descarga y el resultado fue una pantalla en negro; sin embargo de lo cual, la CNT EP procedió a debitar ... un valor de 0.64 USD, es decir fue la Empresa Pública CNT EP, quien cobró por servicios que no fueron prestados.

e.- La defensa de la CNT EP, asume: "...de lo señalado de los artículos precedentes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se ha evidenciado que el Coordinador Zonal 2 pretende sancionar a la CNT EP por una infracción de segunda clase que no le corresponde a la Empresa Pública, toda vez que como se ha indicado varias veces en los numerales anteriores, el servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium es brindado por parte de los llamados Integradores. O de ésta forma, cabe preguntarse **¿Cuál es la infracción cometida por la CNT EP cuando el papel que cumple dentro del mecanismo de entrega de mensajería tipo SMS Premium es únicamente el ser el canal por medio del cual se envía el SMS Premium por parte del Integrador?...**" (lo resaltado en negrita me pertenece); al respecto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Registro Oficial No. 439 el 18 de febrero de 2015, entre otros aspectos establece en su artículo 22 **"Derechos de los abonados, clientes y usuarios:** Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (...)8. A la facturación y tasación correcta, oportuna, clara y precisa, de acuerdo con las normas aplicables...11. A obtener de su prestador **la compensación por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos o el reintegro de valores indebidamente cobrados.**(...)"(lo resaltado en negrita me pertenece); en tanto que como obligaciones, el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prescribe: "Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: (...)18. **Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones** prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas (...)"(lo resaltado en negrita me pertenece). En el presente caso, la facturación incluye servicios que no han sido efectivamente prestados, cuya responsabilidad es directa para la Empresa Pública CNT EP, por lo que la ARCOTEL, debe en forma obligatoria defender los derechos de los abonados, a que se le facture y cobre los servicios efectivamente prestados conforme los derechos de los abonados arriba referidos.

f.- Por otra parte, la Empresa Pública CNT EP, alega como prueba a su favor, el contenido del oficio GNRI-GREG-06-917 de 06 de junio de 2016, recibido en la ARCOTEL mediante documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-008939-E, con el que se envió el informe SERVICIOS DE VALOR AGREGADO DE AUDIOTEXTO QUE SE PRESTAN POR MEDIO DE MENSAJERÍA PREMIUM, el cual indica cómo se desarrolla el procedimiento de SMS Premium con un integrador; al respecto, dicho informe en su respuesta, entre otros aspectos indica: "(...) Actualmente la CNT EP no cuenta con un procedimiento en el cual se pueda validar la suscripción, cobro, uso y cancelación del servicio de contenido por parte del cliente, ya que la CNT EP no es un proveedor directo de contenido, **es un medio de acceso y recaudación del contenido al cual el cliente se suscribe.** En este caso, los integradores son los responsables de validar la suscripción, frecuencia de uso y cancelación del servicio. Al ser los integradores los que interactúan directamente con el usuario final son quienes son responsables de los procedimientos de suscripción, frecuencia de uso y cancelación del servicio. El integrador es propietario de las bases de datos de

clientes y de todo ese tipo de información, por tanto la CNT EP no realiza ningún tipo de validación ni interviene en ese tipo de procedimientos (...)", (lo resaltado me corresponde), por lo tanto, la misma empresa pública reconoce, que realiza la recaudación por la venta del contenido al cual el cliente se suscribe; por lo que, al no haber recibido el cliente contenido alguno, conforme lo demostrado en el presente procedimiento administrativo sancionador, no cabía realizar cobro alguno.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESUNTO INFRACCTOR:

*El hecho infractor imputado en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001, determinó que la Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, cobró por servicios que no fueron entregados o prestados al abonado, cliente o usuario, al no haber sido rebatido ni desvirtuado, en la intervención y aporte de pruebas de descargo aportadas por la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001, que sumado al aval de presunción de responsabilidad y legitimidad de la que gozan los actos de administración como son los informes técnicos practicados en el ámbito técnico, adecúan el hecho, a la inobservancia de Derechos de los abonados, clientes y usuarios, establecidos en el artículo 22, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones referidos en el procedimiento... e incumplimiento de obligaciones claramente determinadas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, específicamente en su artículo: **Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones:** lo cual, se subsume en la infracción tipificada en el mismo cuerpo legal: "**Artículo 118.- Infracciones de segunda clase. b.** Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) **5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.**"(Lo resaltado me pertenece).*

ANÁLISIS DE REINCIDENCIA

De la revisión de los archivos de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, no existen procedimientos administrativos sancionatorios con identidad de causa y efecto, durante los seis meses anteriores al inicio del presente procedimiento.

ATENUANTES Y AGRAVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

De los hechos fácticos respecto de la expedientada CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, así como del análisis de la contestación, alegatos y pruebas presentadas por la citada empresa, que se detalla en los párrafos anteriores, así como la revisión del sistema de infracciones y sanciones de la ARCOTEL se desprende que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, no ha sido sancionada por la misma infracción con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador, por lo que como cumple como única circunstancia atenuante a considerar la señalada en el número 1 del artículo 130 de la LOT.

Por otro lado al haber facturado y cobrado por servicios no prestados, cumple con la circunstancia agravante determinada en el artículo 131 de la referida Ley, 2, que indica: "La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción."

Sobre la sanción económica que corresponde aplicar, esta se regula sobre la base de la existencia de atenuantes y agravantes previstos en los artículos 130 y 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones analizados en los párrafos anteriores.

Considerando lo indicado en el Artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el monto de referencia se obtiene con base en los ingresos totales de la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, correspondientes a la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2015, con relación al Servicio Móvil Avanzado, monto que de acuerdo a lo indicado en el Memorando Nro. ARCOTEL-CTHB-2016-0199-M asciende a la cantidad de 142'391.842,95 USD (CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DÓLARES CON 95/100).

Conforme lo prevé el artículo 121 de la referida Ley para las infracciones de segunda clase, la multa será de entre el 0.031% al 0.07%, del monto de la referencia, por lo que considerando que en el presente caso existe una de las cuatro atenuantes que señala el artículo 130 de la Ley de la materia, y una de las 3 agravantes que indica el artículo 131 de la misma Ley, se obtiene que el valor de multa asciende a SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIÚN DÓLARES 75/100 (USD. \$ 74.221,75). (...)

Con base en las anteriores consideraciones y análisis que precede, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0003, de 26 de septiembre de 2016, adjunto al Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0231-M, de 30 de septiembre de 2016 e Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0012, de 28 de octubre de 2016, emitidos por la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con RUC. 1768152560001, no ha justificado ni desvirtuado, el hecho imputado, en el presente procedimiento administrativo; es decir, cobrar por servicios no prestados, por lo que se configura la infracción administrativa atribuida en el procedimiento administrativo sancionador, iniciado con la emisión del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0001, lo cual se constituye en una infracción prescrita en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que manifiesta: "**Artículo 118.- (...) Infracciones de segunda clase.(...) b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.**"(Lo resaltado me pertenece).

Artículo 3.- IMPONER a la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, la sanción económica, de acuerdo a lo previsto en el artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el valor de SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIÚN DÓLARES 75/100 (USD. \$ 74.221,75), valor cuya cancelación deberá ser coordinada en la Unidad de Gestión de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

Artículo 4.- DISPONER a la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con RUC 1768152560001, que cumpla con las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su título habilitante y anexos, normativa inherente, y demás disposiciones emitidas por la autoridad competente; y se abstenga de cobrar por servicios que no hayan sido efectivamente prestados.

Artículo 5.- INFORMAR a la administrada que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a través de Recurso de Apelación, ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 de la Ley citada.

Artículo 6.- NOTIFICAR a la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con RUC 1768152560001, con la presente resolución, en su domicilio ubicado la Av. Amazonas No. 36-49 y Corea, Edificio Vivaldi, Sexto Piso, de la ciudad de Quito.

Notifíquese y cúmplase.-

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 31 días del mes de octubre de 2016.



Ing. Roberto Fernando Moreano Viteri
COORDINADOR ZONAL 2
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL

Elaborado por: Eduardo Carrión	Revisado por: Raúl Avilés
-----------------------------------	------------------------------

c.c. archivo
 28 de octubre del 2016.