

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-0015

**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 del 2016, mediante Memorando ARCOTEL-CCDS-2016-0039-M, enviado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se conoce el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0011, de 5 de agosto de 2016, relacionado con la Validación de Pruebas y Procedimiento utilizado por CNT EP, para Ofrecer Servicios de Valor Agregado a través de SMS Premium, en el cual se concluye: "... 6.- CONCLUSIÓN: Durante la inspección ejecutada por la ARCOTEL el 4 de julio de 2016, se probó la inclusión de una línea prepago, en la lista de bloqueo (lista negra) para mensajes masivos, vía call center; sin embargo, el ejecutivo de atención al cliente indicó que no era posible atender el requerimiento del abonado, pues no conocía de la existencia de la lista o el procedimiento que debía ejecutar para que el abonado deje de recibir mensajes masivos".

Cabe señalar que en el Memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0039-M, adicionalmente se indica: "... 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 1 de septiembre 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-CZO2-2016-0007, 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 2 de septiembre de 2016 de conformidad como lo establece el Memorando ARCOTEL-CZO2-2016-0130-M de 5 de septiembre de 2016.

En el nombrado Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007, se consideró en lo principal lo siguiente:

"(...) 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 acápites 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.

*Una vez realizado el control respectivo y a (SIC) elaborado 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-2016-0011 de 05 de agosto de 2016, detectando en las pruebas de validación, realizadas el día 4 de julio de 2016, cuyos resultados constan en el apartado 5 del referido informe, evidenciando que la CNT EP no atendió la solicitud del abonado, cliente o usuario, relacionado con la suspensión de recepción de mensajes masivos, ya que al contactar al call center para solicitar la inclusión de una línea en la lista de bloqueo o lista negra, para recepción de mensajes masivos, no se atendió favorablemente el requerimiento, y **el ejecutivo de atención al cliente indicó que no era posible colocar a la línea en una lista de bloqueo**; puesto que no conocía de la existencia de la lista o el procedimiento que debía ejecutar para que el abonado deje de recibir mensajes masivos", conducta con la cual, la CNT EP, habría inobservado los derechos de los abonados/clientes o usuarios y las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, expresamente señaladas en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; por lo que, de confirmarse el hecho, y la responsabilidad de la Empresa Pública, esta podría incurrir en la infracción de primera clase tipificada en el **artículo 117, letra b), número 16** 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 DESCONCENTRADO:

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-2016-0039-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 lo 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-CZO2-2016-0007, 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 han 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. 117.- Infracciones de Primera Clase.-

b. Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones. (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:(...) **1. Infracciones de primera clase.-** La multa será de entre el 0,001 % y el 0,03 % 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 ingeniero César Regalado Iglesias en calidad de Gerente General 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-CZO2-2016-0007, a través del oficio No. 20160930, de 23 de septiembre de 2016, recibido con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002871-E de 23 de septiembre de 2016, dentro del término que tenía para hacerlo; adjuntando a su contestación, copia de la Resolución No. DIR-CNT-001-2010, en la que se resuelve su designación como Gerente General de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP; y, respondiendo a los cargos contenidos en el Acto de Apertura de la siguiente manera:

" (...)

Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-011 de fecha 05 de agosto de ARCOTEL.

En el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-011 de fecha 05 de agosto de 2016 consta lo siguiente: "Validar a través de pruebas e inspecciones los procedimientos utilizados por parte de la operadora CNT EP para la inclusión de líneas en la lista de bloqueo o lista negra para la recepción de mensajería masiva", en lo correspondiente al numeral 5. ANÁLISIS consta de dos puntos. De los cuales, el 5.2 se refiere a "PRUEBAS DE INCLUSION DE LINEAS EN LISTA NEGRA", en la que se ejecutaron pruebas con dos líneas, como se puede verificar en el mismo informe.

- Al respecto de la solicitud del número 0982079441, para la cual ARCOTEL señaló que realizó una prueba mediante la solicitud al ejecutivo del call center, para la inclusión de la línea en lista negra, me permito indicar que el proceso de "Listas Negras", que se dispone en la operadora es el referente al bloqueo de terminales que son reportados como robados, hurtados o perdidos; en la legislación actual en materia de telecomunicaciones, no existe normativa de lista negra en la que se disponga el bloqueo de los SMS Premium para ya no ser recibidos, de haber la normativa el Coordinador Zonal 2, deberá certificar que el incumplimiento de la CNT EP, es por no cumplir con la normativa de listas negras, como lo ha señalado en su informe.*

El Proceso que CNT EP, conoce sobre "Listas negras" es el que actualmente es administrado por la ARCOTEL, conforme lo establecido en la Resolución TEL-878-30-CONATEL-2012, correspondiente a la reforma a la "Norma que regula el procedimiento para el empadronamiento de abonados del servicio móvil avanzado (SMA) y registro de terminales perdidos, robados o hurtados". De esta forma, las Listas Negras administradas por la CNT EP, se refieren a los equipos terminales que son reportados como robados, hurtados o perdidos por parte de los usuarios de la Corporación, así como aquellos que se reciben de parte de ARCOTEL en referencia a reportes de otras operadoras nacionales e internacionales como (Colombia y Perú); y, no ha bloqueo de SMS Premium que realice un usuario a través de una llamada al call center reportando el bloqueo de mensajes masivo enviado por un integrador.

*De esta manera, la solicitud recibida por parte del usuario de la línea **0982079441** durante la inspección mal pudo haber hecho referencia el personal de la ARCOTEL a la inclusión en Listas Negras toda vez que en la normativa de regulación de telecomunicaciones no existe el bloqueo de SMS Premium en listas negras, razón por la cual no le permitió al asesor realizar el proceso requerido por el abonado, toda vez que el referirse al ingreso a una lista negra de SMS Premium es un proceso totalmente distinto al de bloqueo de mensajes masivos.*

Asimismo, es de señalar que como consta dentro de las propias inspecciones efectuadas por el ARCOTEL a la CNT EP, la Empresa Pública indicó que no dispone de un procedimiento de validación de suscripciones cobros, usos y cancelaciones de los servicios a los cuales se suscribe un usuario por cuanto la CNT EP no es un proveedor directo del contenido, sino únicamente el medio por el cual realiza la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, al cual un cliente se suscribe; de este modo **el cliente al suscribirse a un servicio brindado por un prestador del servicio de valor agregado de mensajería tipo Premium se convierte en cliente de éste, más no cliente directo de la operadora que brinda únicamente el medio de entrega de este tipo de mensajes.**

• Así también, al ser los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium, los responsables de interactuar de manera directa con el usuario para fines de la suscripción, frecuencia de uso y cancelación del servicio, es totalmente improcedente que la CNT EP al ser únicamente el medio de envío de este tipo de mensajería el que efectúe la inclusión de las solicitudes de los usuarios que son clientes directos del prestador del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium (Integrador); al contrario, corresponde a dichos Integradores el efectuar la gestión de no enviar ninguna clase de estos mensajes a los clientes que lo soliciten.

A manera de ejemplo, analicemos el caso en el cual un prestador de Internet tiene como disposición otro prestador de la red de la CNT EP para brindar sus servicios a sus propios clientes; si dichos clientes de este prestador de Internet requieren la suspensión de este servicio, surge la siguiente pregunta: ¿La solicitud de bloqueo de Internet se la debe realizar a la CNT EP que es únicamente la red de acceso? La respuesta inmediata y lógica es que NO, por cuanto esta solicitud debe ser realizada al prestador del servicio de Internet con el cual el cliente contrató su servicio.

• Por los motivos expuestos es completamente procedente que el ejecutivo de call center de la CNT EP le haya indicado al usuario la línea **0982079441** que el registro de su línea en listas negras para el no envío de mensajería tipo SMS Premium, no se lo puede realizar, por cuanto:
En primer lugar, al incluir una línea en lista negra se estaría registrando otra actividad distinta a lo que sería el ingreso en una lista para no recepción de mensajes tipo SMS Premium, por lo que se evidencia que inclusive hay una falta de claridad por parte del solicitante al hacer una incorrecta referencia de lo que se necesitaba en relación al número **0982079441**.

Y por otra parte, el ejecutivo de CNT EP realizó un adecuado manejo ante la comunicación del usuario de la línea **0982079441** al indicarle que para la no recepción de mensajes SMS Premium debe enviar la palabra SALIR al número corto al cual se suscribió, toda vez que como se ha reiterado, no es la CNT EP la operadora responsable de la entrega de este tipo de mensajería sino únicamente el medio de envío.

Sin perjuicio de indicado, se señala también que conforme la realización de inspecciones conjuntas, la CNT EP indicó que recepta reclamos por parte de los clientes que solicitan no recibir este tipo de mensajes, lo cual es totalmente

diferente a la petición directa de inclusión en listas negras realizada hacia el personal de call center de la CNT EP.

De esta manera, en cuanto a los reclamos escritos que se han receptado en la operadora al respecto del no envío de los mensajes SMS Premium se indicó en propias inspecciones del organismo de regulación y control que los mismos se ponen en conocimiento de los integradores para que los responsables directos de la prestación del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium, en este caso los Integradores, se abstengan de enviar mensajería masiva o individual a los números que han registrado su salida.

Tal es así que, durante las inspecciones realizadas, en efecto y de conformidad a lo contenido en el propio informe de la ARCOTEL, se efectuó la solicitud a los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium no se realice el envío de contenido de este estilo a los números que fueron indicados por el organismo de regulación y control.

De lo expuesto en los incisos anteriores se puede concluir lo siguiente:

- a) CNT EP, no es un prestador del Servicio de Valor Agregado de mensajería tipo SMS Premium, simplemente es un canal de puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, que tienen los llamados integradores para enviar a través de la red de la operadora contenido a los usuarios suscritos con los integradores.*
- b) El call center de la CNT EP no es responsable de efectuar el bloqueo o inclusión en listas negras en particular de los mensajes tipo SMS Premium requeridos por los clientes, ya que la entrega de estos mensajes es de exclusiva responsabilidad de los prestadores de servicio de valor agregado de mensajería Premium, comúnmente llamados Integradores. Además, la CNT EP no se encuentra facultada para suspender el servicio de valor agregado de SMS Premium prestado por los Integradores, por cuanto si la Empresa Pública suspende un servicio que no es el suyo sino de un prestador de SVA de mensajería SMS Premium incurriría en un claro incumplimiento a las normativas regulatorias de las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones y derechos de los usuarios.*
- c) A la CNT EP, no le corresponde efectuar el registro de la salida de un usuario del Servicio Móvil Avanzado de tipo SMS Premium, por cuanto no administra las plataformas de los integradores, sino que es el integrador quien tiene la potestad para registrar en sus plataformas el no envío de contenidos al usuario que haya decidido cancelar su suscripción a la recepción de SMS Premium.*
- d) Corresponde a la ARCOTEL exigir a los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium la implementación de los mecanismos que permitan a sus usuarios suscritos a contenidos para que, de ser solicitado, se interrumpa de manera total la entrega de éstos, toda vez que conforme se ha demostrado, la Empresa Pública en absoluto es responsable de efectuar el bloqueo de entrega de dichos mensajes.*

- e) *Le corresponde al usuario del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium solicitar de manera previa su decisión expresa de limitación de bloqueo de contenidos y aplicaciones al Integrador y no al call center de la operadora, en este caso la CNT EP, que es únicamente el medio por el cual se realiza el envío de estos mensajes como se realizó en la inspección de 4 de julio de 2016.*
- f) *El ejecutivo de la CNT EP atendió de manera correcta la llamada realizada por el usuario de la línea **0982079441** al indicar que para efectos de no recibir los mensajes tipo SMS Premium debe enviar la palabra SALIR al número al cual se suscribió para cancelar la recepción del contenido enviado por el Integrador.*
- g) *Dentro del acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio la ARCOTEL, al invocar el art. 18 de las "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES", tiende a confundir las obligaciones que tiene la Empresa Pública en relación a su Título Habilitante y el concepto de la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, pues, la CNT EP no tiene suscrito contratos de reventa con los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium con los Integradores por cuanto este tipo de mensajería no es un servicio brindado por la CNT EP; de esta manera, únicamente se suscriben con los prestadores de SVA de mensajería SMS Premium contratos que permiten la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, a la red de la Empresa Pública, mismo aspecto que se encuentra sustentado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

(...)

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

- La CNT EP, NO presta el servicio de valor agregado de mensajería SMS Premium, en ningún caso realiza el SVA de envío SMS Premium directo a clientes de la operadora, por cuanto actualmente son gestionados y proporcionados por las empresas llamadas integradores, en base a contratos suscritos, los integradores a los que se refiere son los descritos en el informe técnico IT-CCDS-RS-2016-011 por parte de ARCOTEL.*
- Para 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 al requerimiento que haya realizado el usuario de sus bases de datos.*
- Los Integradores son quienes brindan directamente al usuario la mensajería SMS Premium, que actualmente los prestadores del Servicio de Valor Agregado **NO** se encuentran regulados por el organismo de regulación y control de las telecomunicaciones.*

- Los prestadores del Servicio del Valor Agregado, son los únicos que pueden registrar a los usuarios registrados en la entrega de contenidos para que ya no recepcen mensajes de SMS Premium, previo envío de la palabra **SALIR**.
- Corresponde al prestador del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium la implementación de los mecanismos que permitan a los clientes suscritos a contenidos de esta índole, solicitar la cancelación total de recepción de este tipo de mensajes, por cuanto no es competencia que le corresponda a la operadora de servicios de telecomunicaciones como en este caso lo es la CNT EP.

Con respecto a todo lo señalado en el presente 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, por lo que ha pretendido sancionar a la CNT EP, en base al artículo 117, 121 y 122, lo cual no justifica la acción en la se indique cual es incumplimiento de la empresa pública para ser sancionada.

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), cuerpo legal que norma los procedimientos administrativos, en su artículo 194 señala lo siguiente:

"... Principio de tipicidad.

1. **Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley.**
2. Únicamente por la Comisión de Infracciones Administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.
3. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica ... " (La negrilla y cursiva me pertenece)

De lo transcrito en el articulado se puede apreciar que solo constituyen infracciones administrativas la que vulneren el ordenamiento jurídico y para el presente caso, al no existir una normativa expresa sobre la salida de un SVA de mensajes masivos SMS Premium o cualquier otro equivalente la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones estaría infringiendo el principio constitucional de la tipicidad que conforma el debido proceso; toda vez que la CNT EP no tiene la certeza respecto al presunto incumplimiento, por lo que la apreciación del Coordinador Zonal 2 al pretender sancionar a la Empresa Pública son inadmisibles.

No obstante, lo señalado anteriormente el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en su artículo 129 señala:

"... Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a. **Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;** (hoy art. 76)
- b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
- c. Los que tengan un contenido imposible;
- d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
- e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
- f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,
- g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. .. "
(La negrilla y cursiva me pertenece).

En función de lo señalado, la CNT EP ha demostrado que el procedimiento administrativo sancionador emitido por el Coordinador Zonal es nulo de pleno derecho, toda vez que a la presente fecha no se encuentra tipificada la infracción de la cual se indica estaría cometiendo la Empresa Pública, y más aún cuando el coordinador Zonal 2 reconoce que el servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium y su contenido es brindado por los Integradores y que son únicamente ellos quienes pueden dejar de enviar SMS Premium al usuario que ya no requiera el contenido de sus suscripciones.

En virtud de lo expuesto en este numeral se concluye que:

- El SMS Premium no es un servicio de valor agregado explícitamente brindado por la CNT EP hacia sus usuarios, sino que la operadora presta su red telefónica a los denominados integradores para que éstos a su vez envíen sus SMS con contenidos y aplicaciones a quienes hayan solicitado este servicio.
- El Servicio de Valor Agregado de SMS Premium puede dejar de ser recibido por parte del Usuario, cuando este haya enviado la palabra SALIR al integrador al cual se encuentra registrado para la recepción de contenidos.
- La CNT EP, no bloquea a través de su call center la recepción de de SMS Premium de, sino es el integrador quien registra en su plataforma de envió de SMS el numero al cual ya no debe enviar contenidos cuando se hubiera enviado la palabra SALIR.
- El procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra la Empresa Pública carece de motivos bien fundamentados para efectos de determinar un incumplimiento al SVA de mensajería Premium, toda vez que se ha indicado que dicho el servicio no se encuentra normado hasta la presente fecha; y, que el mismo no es brindado por la Empresa Pública. (...)

En cuanto a la forma Acto de Apertura CZ02-2016-0007, Procedimiento Administrativo Sancionador, se evidencia que el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, cumple con las normas del debido proceso señaladas en la Constitución, en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el Instructivo de Procedimiento Administrativo Sancionador, sin embargo se hace notar que actualmente en la normativa de telecomunicaciones no existe el mecanismos de bloqueo de mensajería tipo SMS Premium por listas negras como lo ha señalado el Coordinador Zonal 2 en su Acto de Apertura, por ello es claro indicar que existe una mala interpretación

por parte del regulador al pretenderse bloquear a un número de acuerdo a listas negras que no está dispuesto en ninguna normativa de telecomunicaciones.

(...)

Sírvase tener como prueba a mi favor, lo siguiente:

- El 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 a través de la red de CNT EP.
- El acta de inspección de actividades de control de fechas 2 de junio de 2016 y 4 de julio de 2016.
- Dentro del término de prueba se solicita a la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL emitir las siguientes certificaciones a fin de que se agreguen al presente procedimiento y tenga como prueba a mi favor:
 - Certificación en la que indique la normativa en la cual se puede realizar el bloqueo de Servicio de Valor Agregado de Audiotexto de mensajería SMS Premium a través de listas negras.
 - Certificación en la que indique si la CNT EP tiene Título Habilitante para la prestación del Servicio de Valor Agregado de Audiotexto de mensajería tipo SMS Premium.
 - Certificación en la que señale Si los prestadores del servicio de valor agregado de Audiotexto deben contar su propio título habilitante para la prestación de los servicio de mensajería tipo SMS Premium.
 - Certificación respecto a que si la CNT EP tiene registrado contratos de reventa para la prestación del Servicio de Valor Agregado de Audiotexto de mensajería tipo SMS Premium.
 - Certificación que indique si los prestadores del Servicio de Valor Agregado de Audiotexto de mensajería tipo SMS Premium deben cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Reglamento General a la Ley, y demás normativa regulatoria vigente”.

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 resaltado me 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.- Como prueba de cargo aportada por la administración consta: el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0011 de 5 de agosto de 2016, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0039-M de 10 de agosto de 2016.

2.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007, de 1 de septiembre de 2016.

3.- La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

1.- Contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007, por parte de la CNT EP, ingresado mediante documento ARCOTEL-DEDA-2016-002871-E de 23 de septiembre de 2016.

2.- Alegato verbal expuesto el día miércoles 5 de octubre de 2016, a las 11H00, dentro de la Audiencia de Alegatos, solicitada por CNT EP, en el procedimiento ARCOTEL-CZO2-2016-0007.

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-2016-0009 de 11 de octubre de 2016, remitido al área jurídica con Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0396-M de 15 de noviembre de 2016, realizó el análisis de la contestación de la CNT EP, al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007; en lo principal dicho análisis manifiesta:

"(...)

5.- ANÁLISIS:

5.2.- PRUEBAS DE INCLUSIÓN DE LÍNEAS EN LISTA NEGRA

Durante la inspección realizada el día 4 de julio de 2016, se realizó una prueba en la que se solicitó al ejecutivo del call center, la inclusión de la línea 0982079441 en la lista negra para la recepción de mensajería masiva o lista de bloqueo.

Durante una conversación de casi 25 minutos, en la que se solicitó varias veces, que la línea no reciba este tipo de mensajería, la respuesta final del ejecutivo fue, que "no es posible atender el requerimiento del abonado. Y propone como solución, que se envíe la palabra SALIR cada vez que se reciba este tipo de mensajes." (...)

Una vez que se han realizado las pruebas de validación, cuyos resultados constan en el apartado 5 del presente informe, se evidencia que la CNT EP no atendió la solicitud del abonado, cliente o usuario, relacionado con la suspensión de recepción de mensajes masivos, ya que al contactar al call center para solicitar la inclusión de una línea en la lista de bloqueo o lista negra, para recepción de mensajes masivos, no se atendió favorablemente el requerimiento, y el ejecutivo

de atención al cliente indicó que no era posible colocar a la línea en una lista de bloqueo.

6. CONCLUSIÓN:

• Durante la inspección ejecutada por la ARCOTEL el 4 de julio de 2016, se probó la inclusión de una línea prepago, en la lista de bloqueo (lista negra) para mensajes masivos, vía call center; sin embargo, el ejecutivo de atención al cliente indicó que no era posible atender el requerimiento del abonado, pues no conocía de la existencia de la lista o el procedimientos que debía ejecutar para que el abonado deje de recibir mensajes masivos. "

Al respecto de lo señalado por ARCOTEL en sus fundamentos de hecho, se resalta que el mismo se refiere a aspectos relacionados con el Servicio de Valor Agregado de SMS Premium.

(...)

1. Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-011 de fecha 05 de agosto de ARCOTEL.

En el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-011 de fecha 05 de agosto de 2016, consta lo siguiente: "Validar a través de pruebas e inspecciones los procedimientos utilizados por parte de la operadora CNT EP para la inclusión de líneas en la lista de bloqueo o lista negra para la recepción de mensajería masiva", en lo correspondiente al numeral 5. ANÁLISIS, consta de dos puntos. De los cuales, el 5.2 se refiere a "PRUEBAS DE INCLUSION DE LINEAS EN LISTA NEGRA", en la que se ejecutaron pruebas con dos líneas, como se puede verificar en el mismo informe.

- Al respecto de la solicitud del número 0982079441, para la cual ARCOTEL señaló que realizó una prueba mediante la solicitud al ejecutivo del call center, para la inclusión de la línea en lista negra, me permito indicar que el proceso de "Listas Negras", que se dispone en la operadora es el referente al bloqueo de terminales que son reportados como robados, hurtados o perdidos; en la legislación actual en materia de telecomunicaciones, no existe normativa de lista negra en la que se disponga el bloqueo de los SMS Premium para ya no ser recibidos, de haber la normativa el Coordinador Zonal 2, deberá certificar que el incumplimiento de la CNT EP, es por no cumplir con la normativa de listas negras, como lo ha señalado en su informe.

El Proceso que CNT EP, conoce sobre "Listas negras" es el que actualmente es administrado por la ARCOTEL, conforme lo establecido en la Resolución TEL-878-30-CONATEL-2012, correspondiente a la reforma a la "Norma que regula el procedimiento para el empadronamiento de abonados del servicio móvil - avanzado (SMA) y registro de terminales perdidos, robados o hurtados". De esta forma, las Listas Negras administradas por la CNT EP, se refieren a los equipos terminales que son reportados como robados, hurtados o perdidos por parte de los usuarios de la Corporación, así como aquellos que se reciben de parte de ARCOTEL en referencia a reportes de otras operadoras nacionales e internacionales como (Colombia y Perú); y, no ha bloqueo de SMS Premium que realice un usuario a través de una llamada al call center reportando el bloqueo de mensajes masivo enviado por un integrador.

*De esta manera, la solicitud recibida por parte del usuario de la línea **0982079441** durante la inspección mal pudo haber hecho referencia el personal de la ARCOTEL a la inclusión en Listas Negras toda vez que en la normativa de regulación de telecomunicaciones no existe el bloqueo de SMS Premium en listas negras, razón por la cual no le permitió al asesor realizar el proceso requerido por el abonado, toda vez que el referirse al ingreso a una lista negra de SMS Premium es un proceso totalmente distinto al de bloqueo de mensajes masivos.*

*Asimismo, es de señalar que como consta dentro de las propias inspecciones efectuadas por el ARCOTEL a la CNT EP, la Empresa Pública indicó que no dispone de un procedimiento de validación de suscripciones cobros, usos y cancelaciones de los servicios a los cuales se suscribe un usuario por cuanto la CNT EP no es un proveedor directo del contenido, sino únicamente el medio por el cual realiza la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, al cual un cliente se suscribe; de este modo **el cliente al suscribirse a un servicio brindado por un prestador del servicio de valor agregado de mensajería tipo Premium se convierte en cliente de éste, más no cliente directo de la operadora que brinda únicamente el medio de entrega de este tipo de mensajes.***

- *Así también, al ser los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium, los responsables de interactuar de manera directa con el usuario para fines de la suscripción, frecuencia de uso y cancelación del servicio, es totalmente improcedente que la CNT EP al ser únicamente el medio de envío de este tipo de mensajería el que efectúe la inclusión de las solicitudes de los usuarios que son clientes directos del prestador del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium (Integrador); al contrario, corresponde a dichos Integradores el efectuar la gestión de no enviar ninguna clase de estos mensajes a los clientes que lo soliciten.*

A manera de ejemplo, analicemos el caso en el cual un prestador de Internet tiene como disposición otro prestador de la red de la CNT EP para brindar sus servicios a sus propios clientes; si dichos clientes de este prestador de Internet requieren la suspensión de este servicio, surge la siguiente pregunta: ¿La solicitud de bloqueo de Internet se la debe realizar a la CNT EP que es únicamente la red de acceso? La respuesta inmediata y lógica es que NO, por cuanto esta solicitud debe ser realizada al prestador del servicio de Internet con el cual el cliente contrató su servicio.

- *Por los motivos expuestos es completamente procedente que el ejecutivo de call center de la CNT EP le haya indicado al usuario de la línea **0982079441** que el registro de su línea en listas negras para el no envío de mensajería tipo SMS Premium, no se lo puede realizar, por cuanto:*
 - *En primer lugar, al incluir una línea en lista negra se estaría registrando otra actividad distinta a lo que sería el ingreso en una lista para no recepción de mensajes tipo SMS Premium, por lo que se*

evidencia que inclusive hay una falta de claridad por parte del solicitante al hacer una incorrecta referencia de lo que se necesitaba en relación al número 0982079441.

- Y por otra parte, el ejecutivo de CNT EP realizó un adecuado manejo ante la comunicación del usuario de la línea 0982079441 al indicarle que para la no recepción de mensajes SMS Premium debe enviar la palabra SALIR al número corto al cual se suscribió, toda vez que como se ha reiterado, no es la CNT EP la operadora responsable de la entrega de este tipo de mensajería sino únicamente el medio de envío.

Sin perjuicio de lo indicado, se señala también que conforme la realización de inspecciones conjuntas, la CNT EP indicó que recepta reclamos por parte de los clientes que solicitan no recibir este tipo de mensajes, lo cual es totalmente diferente a la petición directa de inclusión en listas negras realizada hacia el personal de call center de la CNT EP.

De esta manera, en cuanto a los reclamos escritos que se han receptado en la operadora al respecto del no envío de los mensajes SMS Premium se indicó en propias inspecciones del organismo de regulación y control que los mismos se ponen en conocimiento de los integradores para que los responsables directos de la prestación del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium, en este caso los Integradores, se abstengan de enviar mensajería masiva o individual a los números que han registrado su salida.

Tal es así que, durante las inspecciones realizadas, en efecto y de conformidad a lo contenido en el propio informe de la ARCOTEL, se efectuó la solicitud a los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium no se realice el envío de contenido de este estilo a los números que fueron indicados por el organismo de regulación y control.

De lo expuesto en los incisos anteriores se puede concluir lo siguiente:

- a) CNT EP, no es un prestador del Servicio de Valor Agregado de mensajería tipo SMS Premium, simplemente es un canal de puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, que tienen los llamados integradores para enviar a través de la red de la operadora contenido a los usuarios suscritos con los integradores.
- b) El call center de la CNT EP no es responsable de efectuar el bloqueo o inclusión en listas negras en particular de los mensajes tipo SMS Premium requeridos por los clientes, ya que la entrega de estos mensajes es de exclusiva responsabilidad de los prestadores de servicio de valor agregado de mensajería Premium, comúnmente llamados Integradores. Además, la CNT EP no se encuentra facultada para suspender el servicio de valor agregado de SMS Premium prestado por los Integradores, por cuanto si la Empresa Pública suspende un servicio que no es el suyo sino de un prestador de SVA de mensajería SMS Premium incurriría en un claro incumplimiento a las normativas regulatorias de las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones y derechos de los usuarios.

- c) *A la CNT EP, no le corresponde efectuar el registro de la salida de un usuario del Servicio Móvil Avanzado de tipo SMS Premium, por cuanto no administra las plataformas de los integradores, sino que es el integrador quien tiene la potestad para registrar en sus plataformas el no envío de contenidos al usuario que haya decidido cancelar su suscripción a la recepción de SMS Premium.*
- d) *Corresponde a la ARCOTEL exigir a los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium la implementación de los mecanismos que permitan a sus usuarios suscritos a contenidos para que, de ser solicitado, se interrumpa de manera total la entrega de éstos, toda vez que conforme se ha demostrado, la Empresa Pública en absoluto es responsable de efectuar el bloqueo de entrega de dichos mensajes.*
- e) *Le corresponde al usuario del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium solicitar de manera previa su decisión expresa de limitación de o bloqueo de contenidos y aplicaciones al Integrador y no al call center de la operadora, en este caso la CNT EP, que es únicamente el medio por el cual se realiza el envío de estos mensajes como se realizó en la inspección de 4 de julio de 2016.*
- f) *El ejecutivo de la CNT EP atendió de manera correcta la llamada realizada por el usuario de la línea **0982079441** al indicar que para efectos de no recibir los mensajes tipo SMS Premium debe enviar la palabra SALIR al número al cual se suscribió para cancelar la recepción del contenido enviado por el Integrador.*
- g) *Dentro del acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio la ARCOTEL, al invocar el art. 18 de las "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES", tiende a confundir las obligaciones que tiene la Empresa Pública en relación a su Título Habilitante y el concepto de la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, pues, la CNT EP no tiene suscrito contratos de reventa con los prestadores del servicio de valor agregado de mensajería tipo SMS Premium con los Integradores por cuanto este tipo de mensajería no es un servicio brindado por la CNT EP; de esta manera, únicamente se suscriben con los prestadores de SVA de mensajería SMS Premium contratos que permiten la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, a la red de la Empresa Pública, mismo aspecto que se encuentra sustentado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

(...)

ANÁLISIS:

Referente al término listas negras (black list) o listas de bloqueo de los mensajes tipo SMS Premium requeridos por los clientes, éste término es conocido y manejado efectivamente por personal de CNT EP y no tiene relación a las listas negras para bloqueo de terminales que son reportados como robados, hurtados o perdidos, esto se evidencia en la inspección realizada por la ARCOTEL el día 2

de junio en las oficinas de la CNT EP quienes indican que se encuentran levantando una base de datos de los clientes que no desean que les envíen los mensajes para facilitar ésta al integrador y la base es alimentada en base a los reclamos recibidos por los clientes; de la misma manera en la reunión del 04 de julio en las oficinas de CNT EP, conjuntamente con servidores de la ARCOTEL se procede a enviar un correo electrónico a través de la Jefatura Comercial de SMA de CNT EP hacia los 3 integradores para que se proceda a ingresar a las listas negras del número 09820003613 (prepago), CNT EP indica que el resultado de este requerimiento lo están ingresando en aproximadamente 2 horas para lo cual los integradores BINBIT y CIBERSONS enviaron las respuestas respectivas.

En el informe técnico IT-CCDS-RS-2016-011 de 05 de agosto de 2016 y en las pruebas realizadas por la ARCOTEL las mismas que se encuentran suscritas en las respectivas actas, no consta expresamente si la línea prepago 0982079441 fue de-suscrita del servicio de mensajería masiva tal como lo solicitó el usuario, cliente o abonado.

3.2. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS PRESENTADOS EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS EFECTUADA EL 05 DE OCTUBRE DE 2016 A LAS 11H00.-

La operadora del SMA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP en la Audiencia de Alegatos efectuada el día miércoles 5 de octubre de 2016, a las 11h00, realizó una presentación (que se entrega impresa y forma parte del expediente), en la que se exponen los puntos indicados en el escrito presentado como impugnación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007, ingresado a la ARCOTEL con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002871-E de 23 de septiembre de 2016, los que ya han sido analizados en el numeral 3.1 del presente informe.

3.3. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS.-

En las páginas 20 y 21 de la contestación presentada por CNT EP se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...) VI.- PRUEBAS

Sírvase tener como prueba a mi favor, lo siguiente:

- El 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 PRESTAN POR MEDIO DE MENSAJERÍA PREMIUM, el cual indica cómo se desarrolla el procedimiento de SMS Premium con un integrador a través de la red de CNT EP.
- El acta de inspección de actividades de control de fechas 2 de junio de 2016 y 4 de julio de 2016
(...)
- Conforme lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c), h) de la Constitución de la República, solicito se señale día y hora a fin de que tenga lugar la audiencia para exponer los alegatos y argumentar las pruebas de descargo
- (...)"

ANÁLISIS:

Al respecto de las pruebas presentadas por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones antes mencionadas se puede indicar lo siguiente:

a.- *Referente al oficio No. GNRI-GREG-06-00917-2016 de 06 de junio de 2016 enviado por el Abogado Álvaro Mosquera, Gerente de Regulación de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, indica que han levantado un informe de "SERVICIOS DE VALOR AGREGADO DE AUDIOTEXTO QUE SE PRESTAN POR MEDIO DE MENSAJERÍA PREMIUM" con fecha 02 de junio de 2016*

En este informe se da contestación a algunas interrogantes planteadas por la ARCOTEL referente al servicio de valor agregado de audio texto que se presta por medio de mensajería Premium.

Ante lo mencionado por CNT EP queda claro que el día 04 de julio de 2016, fecha en la que se solicitó a un ejecutivo del Call Center de CNT EP que se incluya a la línea 0982079441 a una lista de bloqueo para no recibir mensajería masiva Premium, este requerimiento fue atendido al abonado, cliente o usuario de la línea al indicar el ejecutivo del Call Center de CNT EP que escriba la palabra "SALIR".

Es importante indicar que la Operadora CNT EP, también cuenta con varias alternativas válidas para el bloqueo de los mensajes tipo SMS Premium requeridos por los clientes, así, el Integrador ha facilitado a la CNT EP un acceso a un servicio web donde el asesor del Contact Center puede dar de baja al servicio de manera directa y también tienen la posibilidad a través de comunicación interna y envíos de correo electrónico entre CNT EP y el Integrador en donde se especifica que "se realice una de-suscripción o registro en listas negras", todo esto bajo petición expresa por parte del usuario final que solicita que no le lleguen ese tipo de mensajería. La petición por parte del abonado, cliente o usuario fue expresa al solicitar que no le llegue mensajería masiva Premium.

b.- *El acta de inspección de actividades de control de fechas 2 de junio de 2016 y 4 de julio de 2016.*

- *Se suscribe un acta de inspección el día 2 de junio de 2016 a las 9h00 en las instalaciones de CNT EP en Quito por parte de funcionarios de la ARCOTEL y de la CNT EP*
- *Se suscribe un acta de inspección el día 4 de julio de 2016 a las 9h30 en las instalaciones de CNT EP en Quito por parte de funcionarios de la ARCOTEL y de la CNT EP.*
- *Se analiza la respuesta realizada por CNT EP al oficio No. ARCOTEL-DCS-2016-0243-OF en el que 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 los 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.”

Ante lo expuesto y las pruebas realizadas en las inspecciones efectuadas a CNT EP de las cuales se han suscrito las actas del 02 de junio y 04 de julio de 2016 se puede resaltar que en el proceso de verificar la transaccionalidad y procedimiento efectuado entre CNT EP y los Integradores para atender solicitudes de clientes, abonados o usuarios de CNT EP que soliciten de-suscribirse de los servicios de mensajería Premium, la Operadora CNT EP tiene como opción enviar la solicitud a los integradores por correo electrónico y en un tiempo de aproximadamente dos horas el Integrador procesa el requerimiento, esto se evidencia de las pruebas realizadas en la línea de CNT EP 0982003613 en la que los integradores BINBIT y CIBERSONS enviaron las respuestas respectivas.

Lo indicado por el asesor del Call Center de CNT EP al requerimiento del usuario, abonado o cliente de la línea 0982079441 indicando que la opción es escribir la palabra “SALIR” para que el usuario no reciba los mensajes SMS Premium es una opción de atención al cliente sin embargo CNT EP cuenta con otras opciones de atención al cliente, usuario o abonado para atender estos casos. Por otro lado CNT EP menciona que para el caso del Integrador BINBIT pueden realizar consultas directas y que reciben constantemente reclamos de desactivaciones de recepción de mensajes Premium. En el informe técnico IT-CCDS-RS-2016-011 de 05 de agosto de 2016, no consta expresamente si la línea prepago 0982079441 fue de-suscrita del servicio de mensajería masiva tal como lo solicitó el usuario, cliente o abonado, por lo cual en las pruebas realizadas no se verificó fácticamente, si la empresa Pública CNT EP, procedió con la desactivación de recepción de mensajes Premium.

4.- CONCLUSIÓN.-

Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que las pruebas realizadas por la ARCOTEL, no fueron completadas, ya que no se verificó fácticamente, si la empresa Pública CNT EP, procedió con la desactivación de recepción de mensajes Premium, de la línea prepago 0982079441; y si la verificación fue realizada, esta no consta expresamente en el informe técnico IT-CCDS-RS-2016-011 de 05 de agosto de 2016.”

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-2016-013 de 9 de noviembre 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 que legitima la intervención del Gerente General así como lo solicitado como prueba a su favor; y, lo esbozado dentro de la Audiencia de Alegatos, llevada a cabo el día 5 de octubre de 2016, se encuentra centrada en señalar que no existe normativa para bloqueo de SMS Premium en “**Listas Negras**”; y, 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; sin embargo, por lo manifestado en la intervención de la CNT EP: “... En cuanto al Acto de Apertura CZ02-2016-0007, Procedimiento Administrativo Sancionador, se evidencia que el Coordinador Zonal 2 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: **“El call center de la CNT EP no es responsable de efectuar el bloqueo o inclusión en listas negras en particular de los mensajes tipo SMS Premium requeridos por los clientes, ya que la entrega de estos mensajes es de exclusiva responsabilidad de los prestadores de servicio de valor agregado de mensajería Premium, comúnmente llamados Integradores. Además, la CNT EP no se encuentra facultada para suspender el servicio de valor agregado de SMS Premium prestado por los Integradores, por cuanto si la Empresa Pública suspende un servicio que no es el suyo sino de un prestador de SVA de mensajería SMS Premium incurriría en un claro incumplimiento a las normativas regulatorias de las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones y derechos de los usuarios”;** 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...”** (lo resaltado en negrita me pertenece); razón por la cual, en el presente la operadora CNT EP, no puede ni debe enervar su responsabilidad frente a sus usuarios.

e.- La defensa de la CNT EP, asume: “... A la CNT EP, no le corresponde efectuar el registro de la salida de un usuario del Servicio Móvil Avanzado de tipo SMS Premium, por cuanto no administra las plataformas de los integradores, sino que es el integrador quien tiene la potestad para registrar en sus plataformas el no envío de contenidos al usuario que haya decidido cancelar su suscripción a la recepción de SMS Premium ...”; al respecto, el Anexo D de las Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones a favor de la CNT EP, señala, “3.1.15 **En cualquier momento, el abonado podrá solicitar por cualquier medio, sin costo alguno, la suspensión para la recepción de mensajes masivos de carácter comercial. La Empresa Pública se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos** comerciales que genere, o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y cuya suspensión haya sido solicitada por el abonado. De acuerdo con lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico Vigente y en este Anexo, la Empresa Pública mantendrá un sistema eficiente para la solución de quejas y reclamos, debiendo atenderlos de conformidad con lo previsto en el Apéndice 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Anexo, el abonado cliente usuario tendrá derecho a acudir a los organismos competentes establecidos en el Ordenamiento Jurídico Vigente para la solución efectiva de sus quejas y reclamos”; lo cual también se encuentra prescrito en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que 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: (...) 24. **A no recibir 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**”; y, en su artículo 24: **“Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones:** Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: (...)2. Prestar el servicio de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y **lo establecido en los títulos habilitantes**; por lo que la responsabilidad de la empresa pública CNT EP, es directa, para que ante el pedido del abonado o usuario, de suspensión de recepción de mensajes masivos, proceda al bloqueo de los mismos.

f.- Adicionalmente en el análisis plasmado en el Informe No. IT-CZO2-AA-2016-0009 de 11 de octubre de 2016, a la contestación de la CNT EP al Acto de Apertura

del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007, se indica entre otros aspectos que el término listas negras (black list) o listas de bloqueo de los mensajes tipo SMS Premium requeridos por los clientes, "(...) es conocido y manejado efectivamente por personal de CNT EP ... esto se evidencia en la inspección realizada por la ARCOTEL el día 2 de junio en las oficinas de la CNT EP quienes indican que se encuentran levantando una base de datos de los clientes que no desean que les envíen los mensajes para facilitar ésta al integrador y la base es alimentada en base a los reclamos recibidos por los clientes; de la misma manera en la reunión del 04 de julio en las oficinas de CNT EP, conjuntamente con servidores de la ARCOTEL se procede a enviar un correo electrónico a través de la Jefatura Comercial de SMA de CNT EP hacia los 3 integradores para que se proceda a ingresar a las listas negras del número 09820003613 (prepago), CNT EP indica que el resultado de este requerimiento lo están ingresando en aproximadamente 2 horas para lo cual los integradores BINBIT y CIBERSONS enviaron las respuestas respectivas. (...)", lo que demuestra que la CNT EP, cuenta con varias alternativas válidas para el bloqueo de los mensajes tipo SMS Premium requeridos por los clientes, por lo que, no puede ni debe evadir su responsabilidad frente al usuario.

Sin embargo de lo motivado, en el mismo análisis del citado Informe del área técnica de esta Coordinación Zonal 2, se establece que "En el informe técnico IT-CCDS-RS-2016-011 de 05 de agosto de 2016 y en las pruebas realizadas por la ARCOTEL las mismas que se encuentran suscritas en las respectivas actas, no consta expresamente si la línea prepago 0982079441 fue de-suscrita del servicio de mensajería masiva tal como lo solicitó el usuario, cliente o abonado.", concluyendo finalmente que "... las pruebas realizadas por la ARCOTEL, no fueron completadas, ya que no se verificó fácticamente, si la empresa Pública CNT EP, procedió con la desactivación de recepción de mensajes Premium, de la línea prepago 0982079441; y si la verificación fue realizada, esta no consta expresamente en el informe técnico IT-CCDS-RS-2016-011 de 05 de agosto de 2016.", con lo cual no se refleja la plena existencia de la verdad material del presupuesto de hecho detectado, necesaria para determinar y motivar la infracción imputada en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007.

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

La Constitución de la República, consagra el derecho de la presunción de inocencia, mientras que la verdad material del hecho detectado no demuestre lo contrario, esto como fruto de la doctrina en materia administrativa, llamada IN DUBIO PRO ADMINISTRADO, consiste en que en caso de duda razonable, esta debe entenderse a favor del procedimentado; en efecto, el hecho administrativo que constituyó el génesis para el presente procedimiento administrativo sancionador, es el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0011, que indica que: "...durante la inspección ejecutada por la ARCOTEL el 4 de julio de 2016, se probó la inclusión de la línea prepago en la lista de bloqueo (lista negra) para mensajes masivos, vía call center; sin embargo el ejecutivo de atención al cliente indicó que

no era posible atender el requerimiento del abonado, pues no conocía de la existencia de la lista o el procedimiento que debía ejecutar para que el abonado deje de recibir mensajes masivos.”, sin que el informe señale taxativamente, si los técnicos de ARCOTEL que participaron en la prueba, procedieron a verificar, luego de la conversación con el agente del Call Center de la CNT EP, si la línea prepago (0982079441), había sido efectivamente bloqueada para la recepción de mensajes masivos; lo cual podría generar subjetividades, en el establecimiento de la verdad material, que debe ser eminentemente objetiva.

Por las razones anotadas y existiendo la duda razonable sobre si la CNT EP, procedió con el bloqueo de recepción de mensajes masivos SMS en la línea 0982079441, lo cual no ha sido demostrado fácticamente en los resultados, conclusión ni recomendación del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-011, no se puede establecer la verdad material, para determinar la infracción imputada, lo cual debe constituirse en el elemento eximente de sanción alguna, por el presunto hecho infractor, imputado en contra de la CNT EP, en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007, de 1 de septiembre de 2016, por lo que, siendo el momento procesal oportuno, se recomienda a la Autoridad Administrativa que se abstenga de sancionar a la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP y disponga el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador.”

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-2016-0009, de 11 de octubre de 2016, adjunto al Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0396-M, de 15 de noviembre de 2016 e Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0015, de 15 de noviembre de 2016, emitidos por la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que con respecto al fundamento de hecho imputado en el Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007, de 1 de septiembre de 2016, en contra de la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con RUC. 1768152560001, no se ha podido establecer la verdad material necesaria, en la motivación del Acto Administrativo, sobre una conducta infractora en materia administrativa, en relación al hecho imputado en el citado Acto de Apertura ; por lo que esta autoridad se abstiene de emitir sanción alguna.

Artículo 3.- DISPONER que el procedimiento iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0007 de 1 de septiembre de 2016, en contra de la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con RUC. 1768152560001, sea archivado.

Artículo 3.- 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; en especial lo estipulado en el Anexo D de las Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones a favor de la CNT EP, que señala, “3.1.15 **En cualquier momento, el abonado podrá solicitar por cualquier medio, sin**

costo alguno, la suspensión para la recepción de mensajes masivos de carácter comercial. La Empresa Pública se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos comerciales que genere, o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y cuya suspensión haya sido solicitada por el abonado”.

Artículo 5.- NOTIFICAR a la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con RUC1768152560001, 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; así como a la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, y a la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que notifique a las Unidades correspondientes.

Notifíquese y cúmplase.-

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 16 días del mes de noviembre de 2016.



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

Elaborado por:	Revisado por:
Eduardo Carrión Ivonne Vásquez	Raúl Avilés

c.c. archivo
16 de noviembre de 2016.

