

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-0019

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

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

CONSIDERANDO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

1.1 TITULO HABILITANTE

En fecha 26 de agosto de 2008, se suscribió el Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público y Concesión de las Bandas de Frecuencias Esenciales celebrado entre la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía CONECEL S.A., el cual tiene una duración de quince (15) años, contados a partir del 27 de agosto de 2008.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0059-M, de 17 de agosto de 2016, 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-2016-007, de 05 de agosto de 2016, en el que se determina los siguientes aspectos que es necesario resaltarlos:

"5.1.3. CONTINUACIÓN DE PRUEBAS

(...)

Por lo que, una vez que se han realizado las pruebas de validación, y los resultados obtenidos producto de la inspección realizada el 28 de junio del 2016, se evidenció que, la operadora CONECEL S.A. para los productos a los cuales se ha ejecutado las pruebas de suscripción no se ha informado al abonado, cliente o usuario, previo a la suscripción del servicio, de forma clara, las condiciones del mismo, en relación al acceso limitado a contenido o a las opciones del mismo, en relación al acceso limitado a contenido o a las opciones que tuviere el usuario, en caso de que no pueda descargar los contenidos (juegos).

6.- CONCLUSIÓN:

- *De las pruebas ejecutadas y validadas se evidencia que, el abonado/cliente-usuario no está recibiendo previo a la contratación o*



suscripción de servicios a través de SMS Premium, información clara y precisa, respecto de las condiciones o limitaciones para la descarga de contenido; pues no se le indica, antes de suscribirse, que ciertos contenidos pueden ser incompatibles para su teléfono.”

Cabe señalar que en el Memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0059-M, adicionalmente se indica “...que las pruebas e inspecciones se realizaron en las ciudades de Quito y Guayaquil; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional.”

1.3 ACTO DE APERTURA

El 26 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-CZO2-2016-0006, notificado a la Operadora CONECEL S.A. el 26 de agosto de 2016, conforme se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0122-M de 26 de agosto de 2016.

En el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 se consideró en lo principal lo siguiente:

“(...) Mediante Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0006 de 25 de agosto de 2016, la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2 estableció la procedencia de iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de la empresa operadora CONECEL S.A., para lo cual realiza el análisis que relaciona los hechos determinados en el Informe de Control Técnico IT-CCDS-RS-2016-007, de 05 de agosto de 2016, con las normas jurídicas, garantías básicas del debido proceso y principios generales de derecho, conforme consta del análisis legal que transcribo:

“4.- ANÁLISIS JURÍDICO.- (...) En ejercicio de las referidas atribuciones legales y con sustento en lo expuesto, 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 CONECEL S.A. PARA OFRECER SERVICIOS DE VALOR AGREGADO A TRAVÉS DE SMS PREMIUM, conforme se detalla en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0007, de 05 de agosto de 2016, detectando en las pruebas de validación y durante las inspecciones realizadas día 24 de mayo de 2016 y 28 de junio del 2016, cuyos resultados constan en el referido informe, que la operadora CONECEL S.A., no está brindando información clara y precisa en cuanto a las opciones del usuario, respeto de las condiciones y limitaciones para la descarga de contenidos, pues no se informa que ciertos contenidos son incompatibles con ciertos números de teléfono. Con esta conducta no se ha observado los derechos de los abonados, clientes o usuarios así como las obligaciones que se tiene como prestador del servicio de telecomunicaciones; concretamente lo determinado en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. De confirmarse la existencia del incumplimiento y la responsabilidad de la operadora CONECEL S.A., podría incurrir en la infracción de segunda 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 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.” (Lo resaltado me pertenece)

“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:

“Artículo 116.- 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. (...).”

“Artículo 132.- 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. (...)”.

“Artículo 142.- 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.”.

“Artículo 144.- 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 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 Nro. ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C** (10 de agosto de 2016), se establece, entre otros aspectos, 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".*

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para iniciar, sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre procedimientos administrativos sancionadores; tomando en cuenta además, que conforme consta indicado en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0059-M, "... las pruebas e inspecciones se

realizaron en las ciudades de Quito y Guayaquil; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional."

2.2 PROCEDIMIENTO:

El **artículo 125** de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala: "**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."

Este procedimiento se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, respetando especialmente el derecho a la defensa establecido en el número 7, letra a) que establece que: "**Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento**", que guarda concordancia con lo dispuesto en el Art. 125 de la LOT.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN:

Con la finalidad de establecer la presunta infracción y sanción correspondientes, establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se deberá considerar lo siguiente:

Ley Orgánica de Telecomunicaciones

"Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios:

Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho:

(...)

5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. (...)"

"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:

(...)

4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...)

27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. La información también se proveerá en el idioma de relación intercultural predominante del abonado, cliente o usuario, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones". Lo resaltado y subrayado me pertenece)

PRESUNTA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

a) Infracción

"Art. 117.- Infracciones de primer clase.-

(...) b. Son infracciones de primera clase aplicables a 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 y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.".(Lo subrayado y 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.

Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes: (...) **a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general. (...)**".

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

PRIMER ESCRITO

La empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., ha presentado la contestación al Acto de Apertura con Oficio GR-1762-2016 de 16 de septiembre de 2016, ingresado a con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002551-E de 16 de septiembre de 2016, el que en lo principal manifiesta:

“(…) 1. DE LA ILEGALIDAD DEL "INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL" CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015-0694.

El "Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - Arcotel" (en adelante "el Instructivo"), contiene una serie de inconsistencias y disposiciones que no se encuentran acorde a la normativa vigente, las mismas que han conculcado derechos garantizados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual genera como consecuencia la restricción de principios y garantías constitucionales como legalidad, debido proceso, defensa y otros como se verá en esta acápite.

A través de la promulgación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT)¹, cuyo objeto es “ (...) desarrollar, el régimen general de telecomunicaciones y



del espectro radioeléctrico como sectores estratégicos del Estado que comprende las potestades de administración, regulación, control y gestión en todo el territorio nacional **"bajo los principios y derechos constitucionalmente establecidos (...)"** se creó la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como una persona jurídica de derecho público **adscrita** al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. Entre las competencias de la ARCOTEL, la propia LOT estableció la de emitir regulaciones para que la provisión de los servicios de telecomunicaciones **cumplan con lo dispuesto en la Constitución de la República**².

De lo manifestado supra, se desprende que las actuaciones de la ARCOTEL, como la emisión de regulaciones, normas técnicas, planes técnicos y demás actos que sean necesarios en el ejercicio de sus competencias deben estar sujetas a lo determinado por la Constitución y la Ley. Esto se encuentra acorde a lo establecido en la propia Carta Magna, que dispone en su Artículo 226 que,

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** (el subrayado es nuestro).

Por lo tanto, la emisión de regulaciones, normas técnicas o Instructivos por parte de la ARCOTEL, deberán estar sujetas a lo establecido en la Constitución de la República y en la Ley, caso contrario estaría en riesgo su validez jurídica propiamente dicha, pues iría en contra del orden jerárquico de aplicación de normas establecido en el Artículo 425 de la Constitución de la República, el cual dispone que, "(...) en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, **lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior**" (el subrayado es nuestro).

En el presente caso, el Instructivo expedido por la ARCOTEL mediante Resolución ARCOTEL-2015-0694, contiene una serie de disposiciones que van en contra de lo establecido en la Constitución de la República, la LOT y el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), las mismas que afectan a la validez del propio Instructivo, por lo cual se toman ilegales como se verá a continuación.

Si bien es cierto la LOT menciona únicamente a la Apelación como el mecanismo para recurrir administrativamente ante el Director Ejecutivo de la ARCOTEL una resolución de un Organismo Desconcentrado de la misma dentro de un procedimiento administrativo sancionador⁴, este no es el único recurso disponible en sede administrativa. Más aún cuando el propio ERJAFE establece en su Artículo 173 que,

Art. 173.- 1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los **recursos de apelación y de**

reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 130 y 131 de esta norma.

Sin embargo, el Instructivo emitido por la ARCOTEL, pretende limitar y conculcar el derecho a la interposición de otro tipo de recursos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues establece en su Artículo 36 que además del recurso de apelación, "(...) no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga (...)", lo cual violenta lo establecido en el ERJAFE y en la propia Constitución de la República.

Por lo tanto, es evidente que el Instructivo contenido en la Resolución ARCOTEL-2015- 0694 transgrede la normativa vigente, violentando de manera flagrante lo establecido en la Constitución de la República, la LOT y el ERFAJE al tratar de reformar normas que se encuentran en una posición jerárquicamente superior.

2. DE LOS ANTECEDENTES DEL ACTO DE APERTURA

Señor Coordinador Zonal 2, en virtud de los requisitos que debe contener el Acto de Apertura previstos en el artículo 126 de la LOT, su despacho ha indicado lo siguiente:

"En ejercicio de las referidas atribuciones legales y con sustento en lo expuesto, 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 (sic) POR CONECEL S.A. PARA OFRECER SERVICIOS DE VALOR AGREGADO A TRAVÉS DE SMS PREMIUM, conforme se detalla en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-007, de 05 de agosto de 2016, detectando en las pruebas de validación y durante las inspecciones realizadas día 24 de mayo de 2016 y 28 de julio del 2016, cuyos resultados constan en el referido informe, que la operadora CONECEL S.A. no está brindando información clara y precisa en cuanto a las opciones del usuario, respecto a las condiciones y limitaciones para la descarga de contenidos, pues no se informa que ciertos contenidos son incompatibles con ciertos números de teléfono. Con esta conducta no se ha observado los derechos de los abonados, clientes o usuarios así como las obligaciones que se tiene como prestador del servicio de telecomunicaciones; concretamente lo determinado en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. De confirmarse la existencia del incumplimiento y la responsabilidad de la operadora CONECEL S.A., podría incurrir en la infracción de segunda 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"⁵

Dicho en otras palabras, el Proceso Sancionatorio se sustenta en la presunta falta de información clara y precisa respecto al servicio contratado a través de SMS PREMIUM que se brinda a través del código corto 6030 bajo el comando JUEGOSWEB1 configurando la conducta prevista en el artículo 117, letra b), número 15 de la LOT.

3. DE LA INVOCACIÓN DE ATENUANTES

Al amparo de lo previsto en el artículo 130 de la LOT, referente a la facultad de ARCOTEL de abstenerse de sancionar en los casos de infracciones de primera y

segunda clase, cuando se demuestra la concurrencia de circunstancias atenuantes, nos permitimos invocar a continuación los siguientes, sin perjuicio que una vez aprobado el plan de subsanación por su Despacho, se procederá a la ejecución del mismo y configuración de todos los 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.** CONECEL no ha sido sancionado en los últimos 9 meses por conducta tipificada en el artículo 117, letra b) numeral 16 de la LOT, bajo la misma identidad de causa y efecto.
- 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 las Telecomunicaciones.** Como CONECEL, aceptamos la infracción imputada en el presente Acto de Apertura y descrita en el artículo 117, letra b) numeral 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Señor Coordinador conoedores de su apego irrestricto al ordenamiento jurídico y garantías constitucionales, nos permitimos presentar el plan de subsanación el mismo que se implementará previo a su autorización, el cual detallamos a continuación:

- a. Cargar toda la información suficiente sobre las características y condiciones de uso del servicio en cuanto a equipos, para la correcta prestación del servicio.
- b. Enviar un link a los usuarios que contrataron el servicio con toda la información correcta y suficiente sobre las condiciones del mismo.
- c. La subsanación se comunicará a los usuarios mediante el siguiente mensajes de texto:
 - i. Mensaje 1

"6030: Entérate de toda la información sobre las condiciones del comando JUEGOSWEB1 se encuentra en el link xxxxxxxx""

Respecto al Plan de Subsanación presentado en este numeral, solicitamos a su Despacho nos conceda una reunión a fin de tratar el mismo y aclarar ciertas inquietudes que pudieren surgir respecto al mismo previo a su aprobación.

- 3) **Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.** La subsanación de la infracción imputada prevista en el artículo 117 letra b) numeral 16, se ejecutará una (SIC) vez que el Plan de Subsanación indicado en el apartado anterior haya sido autorizado, sin perjuicio que previo a la emisión de la Resolución Sancionatoria se presenten los respectivos elementos que justifiquen la subsanación íntegra.
- 4) **Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.** La reparación íntegra de los daños causados producto de la infracción imputada descrita en el artículo 117 letra b) numeral 16, se la realizará una vez que el

*Plan de Subsanación indicado en el apartado anterior **haya sido autorizado e implementado**, sin perjuicio que previo a la emisión de la Resolución Sancionatoria se presenten los respectivos elementos que justifiquen la reparación de los daños ocasionados*

4. MEDIOS DE PRUEBAS

Solicitamos que se actúen las siguientes pruebas, y se consideren a favor de CONECEL:

- a. Que, por Secretaría General de ARCOTEL se certifique si CONECEL ha sido sancionada por la conducta tipificada el artículo 117, letra b) numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con igual identidad de causa y efecto en los 9 meses anteriores a al Acto de Apertura.*
- b. Que, se considere todo cuanto elemento se presente a futuro como justificativo de la aplicación de atenuantes descrito en el artículo 130 de la LOT.*
- c. Que, se nos fije fecha y hora, a fin de presentar de forma verbal nuestros argumentos jurídicos expuestos en la presente*
- d. Que, se nos fije fecha y hora, a fin de en una reunión exponer el Plan de Subsanación expuesto previo a su autorización.*
- e. Que, se tome como prueba a nuestro favor, todo el contenido de este escrito de contestación al Acto de Apertura NO.ARCOTEL-CZO2-2016-0006.*

5. DE NUESTRA SOLICITUD

Señor Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, con lo antes descrito solicitamos a su Despacho se tome en cuenta lo indicado en el presente escrito, y se considere nuestra invocación de la concurrencia de atenuantes previstos en el artículo 130 de la LOT, para que al amparo de lo previsto en el inciso final de dicha norma, vuestro Despacho asigne la consecuencia jurídica prevista en la LOT en cuanto a la invocación de atenuantes por cuanto se cumple con todos los requisitos que en derecho se requieren para demandar su aplicación. (...)"

Adicionalmente, en ejercicio de su derecho a la defensa, la operadora presenta los siguientes escritos:

SEGUNDO ESCRITO

En el segundo escrito se legitima y ratifica la intervención de los abogados Patricia Falconí y Luis Guerra por parte de Francisco Maldonado Guevara, Apoderado Especial y Procurador Judicial de CONECEL S.A., escrito signado con oficio GR-01776-2016 de 19 de septiembre de 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002892-E de 23 de septiembre del 2016, y además se autoriza a los citados profesionales y a "los abogados María del Carmen Burgos, Andrés Machuca Moreno y Gilberto Gutierrez Perdomo, para que dentro del procedimiento administrativo con su sola firma presenten escritos, acudan a audiencias y realicen cuanto acto fuere necesario en defensa de los intereses de mi Representada."

TERCER ESCRITO

Oficio GR-01946-2016 de 10 de octubre del 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-216-003789-E, con por el que se solicita una prórroga para la evacuación del término de prueba, el mismo que en la parte fundamental manifiesta:

"(...) II.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Artículo 66 de la Constitución, garantiza y reconoce a las personas

"23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo."

Artículo 76 de la Carta Magna.

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

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."

Artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

*"El presunto infractor podrá presentar sus alegatos y descargos y aportar y solicitar las pruebas que considere necesarias para su defensa, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del acto de apertura del procedimiento. Vencido este lapso, se abrirá un período de quince días hábiles para la evacuación de las pruebas solicitadas. **En caso de necesidad comprobada para la evacuación de pruebas por parte del presunto infractor o del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se podrá prorrogar el lapso de evacuación de pruebas mediante acto debidamente motivado.**" (Lo subrayado me pertenece)*

Artículo 119 del ERJAFE

1. La Administración concederá a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de terceros. La resolución de ampliación deberá ser notificada a los interesados"

III.

PETICIÓN

Con base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, de amera respetuosa señor Coordinador solicito que.

1. Se prorrogare el lapso e evaluación de la prueba del procedimiento administrativo SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2016-006 por el

término de diez (10) días, conforme lo manda la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

- 2. Se admita la solicitud de CONECEL S.A., presentada dentro del término legal correspondiente. (...)"**

CUARTO ESCRITO

Oficio GR-01964-2016 de 20 de octubre del 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-004410-E, de la misma fecha, el que en lo fundamental manifiesta:

"(...) II.

PRESENTACIÓN DE ELEMENTOS PARA APROBACIÓN DEL PLAN DE SUBSANACIÓN

PRUEBAS

Dentro del término legal nos permitimos presentar los elementos de convicción y/o justificativos ampliados que sustentan nuestro Plan de Subsanación propuesto mediante oficio No. GR-1762-2016 con registro de ingreso No. ARCOTEL-DEDA-2016-002551-E, bajo las siguientes premisas.

a) Número de usuarios

En nuestro el Informe técnico del Acto de Apertura se indica que los usuarios activos a la fecha en que se realizó el requerimiento de información respecto del código corto 6030 son 1112, debemos aclarar que una vez revisada exhaustivamente la información y realizadas nuestras validaciones, concluimos que el número total de abonados que activaron el servicio (entendidos como los activos e inactivos en el numero corto) es de 21673, desde el 02 de septiembre de 2015 –fecha de inicio de operación del short code--hasta el 31 de agosto de 2016 –fecha en la cual se determinó el número de usuarios que activaron este -. Como se puede observar, la fecha de inicio que probamos mediante un print de nuestro sistema, con lo cual se demuestra la precisión certera de nuestro punto de partida y por consiguiente del correcto valor de abonados que activaron el servicio y que serán objeto de nuestro plan de compensación.

Al respecto nos permitimos remitir en formato Pdf el listado de los 21673 abonados que suscribieron al servicio a través del SC 6030 (Anexo 1) es importante indicar que la presente base de datos al contemplar información confidencial de nuestros abonado, hemos sustraído los tres últimos dígitos con el fin de precautelar sus derechos.

Finalmente debemos reiterar en que la cantidad de usuarios antes indicada serán objeto del envió de un SMS en el que se envié un link con la información correcta y suficiente sobre las condiciones del servicio brindado a través del SC 6030 y comando "JUEGOSWEB1", bajo el siguiente texto:

"Entérate de toda la información sobre las condiciones del comando JUEGOSWEB1 que se encuentra en el link xxxxx"

III.

PETICIÓN

Con base a los fundamentos expuestos, solicitamos a su Despacho lo siguiente:

- a) *Considere nuestros justificativos sobre el plan de subsanación propuesto en presente Procedimiento Administrativo Sancionador a fin que sea autorizado.*
- b) *Se autorice nuestro Plan de Subsanación propuesto en nuestro oficio GR-1762-2016, el cual consiste en lo siguiente:*
 - a. *Carga de la información suficiente sobre las características y condiciones del uso de servicio en cuanto a quipo, para la correcta prestación del servicio.*
 - b. *Enviar un link a los usuarios que contrataron en servicio con toda la información correcta y suficiente sobre las condiciones del mismo.*
 - c. *Comunicar a los usuarios la subsanación con el siguiente mensaje de texto:*
“Entérate de toda la información sobre las condiciones del comando JUEGOSWEB1 que se encuentran en el link xxxxx”
- c) *Ratificándonos en nuestro pedido contenido en la respuesta al Acto de Apertura en referencia y en la Audiencia llevada a cabo, solicitamos respetuosamente a su Despacho, nos fije una fecha y hora a fin de explicar la información remitida y el Plan de Subsanación. Una vez aprobado dicho plan, se procederá con la compensación a los usuarios indicada además de la remisión de las pruebas y elementos de descargos respectivos. (...)*

QUINTO ESCRITO

En escrito signado con GR-02169-2016 de 15 de noviembre de 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006107-E, de la misma fecha, se solicita que por motivos de fuerza mayor se difiera la audiencia notificada para el 16 de noviembre de 2016,

SEXTO ESCRITO

En Oficio GR-02204-2016 de 23 de noviembre de 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006745-E de 24 de noviembre de 2016, la Operadora CONECEL en lo principal presenta elementos para aprobación del plan de subsanación propuesto.

SÉPTIMO ESCRITO

En Oficio GR-02214-2016 de 28 de noviembre de 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006907-E de 28 de noviembre de 2016, en el que se establece la existencia de un error en el oficio GR-2204-2016 y su rectificación.

OCTAVO ESCRITO

Oficio No. GR-02307-2016 de 30 de noviembre de 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007071-E de la misma fecha, mediante el cual, en lo principal se indica:

"(...) II.

ALCANCE DE LOS OFICIOS GR-2204-2016 Y GR-2214-2016

En virtud de la reunión mantenida el 29 de noviembre de 2016 en su Despacho, nos permitimos remitir el siguiente alcance a nuestros oficios GR-2204-2016 y GR-2214-2016 bajo los siguientes términos:

a) Mensaje de texto a los usuarios.

A toda la base de clientes de CONECEL activos a la fecha de envío del mensaje, serán destinatarios de un SMS de información general, que tiene como fin, informar a nuestros usuarios la obligación que tienen de informarse de los términos y condiciones, previo a la contratación de cualquier servicio de contenido. El envío será masivo a toda la base de clientes activos de CONECEL, independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería Premium, excluyendo de este envío a todos los clientes que se encuentran en listas negra de recepción de mensajes de contenido, puesto que como se indicó en la reunión de la referencia puede causar malestar al cliente y llevar a una mala interpretación del contenido, pudiendo creer que la operadora lo ha retirado de esta lista. La propuesta de SMS es la siguiente:

"Estimado usuario: le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los termino y condiciones del servicio"

b) Carga de los términos y condiciones

En beneficio de nuestros usuarios que quisieran o activen los servicios prestados a través del SC con el contratado JUGOSWEB1, previo a la contratación o suscripción de dicho servicio, se informara las condiciones para la descarga de contenido. (...)"

Como justificativos de cumplimiento del Plan de Subsanción, la operadora presenta los siguientes escritos:

NOVENO ESCRITO

Oficio GR-02388-2016 de 19 de diciembre del 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007995-E de 19 de diciembre del 2016, al cual adjunta un CD, y que en su parte fundamental manifiesta:

"(...) II

DE LA PRESENTACIÓN DE ELEMENTOS JUSTIFICATIVOS AL PLAN DE SUBSANACIÓN

En virtud de los antecedentes antes expuestos nos permitimos remitir los logs generados hasta el 19 de noviembre de 2016 a las 12h00, de los SMS enviados a nuestros abonados y que son objeto del Plan de Subsanción objeto del presente Procedimiento Administrativo Sancionador en un CD (Anexo 1)

La información que se remite en el presente oficio se la remite sin perjuicio de que hasta el 21 de diciembre de 2016, se remita la totalidad de los logs de los SMS enviados a nuestros abonados. (...)"

DÉCIMO ESCRITO

Oficio GR-02405-2016 de 21 de diciembre de 2016, ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-Ela misma fecha, al que se adjunta un CD, y en lo principal indica:

"(...) II.

DE LA PRESENTACIÓN DE ELEMENTOS JUSTIFICATIVOS AL PLAN DE SUBSANACIÓN

En virtud de los antecedentes antes expuestos nos permitimos remitir los siguientes elementos justificativos de implementación del plan de subsanación (...)

1. *7'785.251 logs generados, de los SMS enviados a nuestros todos nuestros (sic) abonados y que son objeto del Plan de Subsanación objeto del presente Procedimiento Administrativo Sancionador en un CD (Anexo 1) (...)*

2. *Copia de la Protocolización del envío del SMS bajo el texto "Estimado usuario: le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los términos y condiciones del servicio", remitido a la línea perteneciente a la operadora Claro con número 0999840649. (Anexo 2)*

3. *Copia de la Protocolización del Acta de Constatación del SMS remitido previa a la contratación de servicios prestados a través del short code 7676, cuyo texto es el siguiente: "Solicitaste suscribirte al servicio FRANCISO PINOARGOTTI, responde OK para aceptar y se debitará de tus recargas o cargará a tu factura. **Recuerda revisar los términos y condiciones**" (lo subrayado nos corresponde); en el que a través de la inserción de la frase resaltada, se informa a los usuarios su deber de revisar las características del servicio previo a su contratación (Anexo 3).*

Es importante aclarar que la frase "Recuerda revisar los términos y condiciones" fue implementada en nuestra plataforma por lo que todas las activaciones de números cortos tendrán esta leyenda. Para probar lo indicado nos permitimos remitir el print de pantalla del mensaje de respuesta al querer activar los servicios prestados a través del short code 6030 con el comando "Juegosweb1" (...)

En virtud de lo antes indicado y al haber presentado los justificativos del Plan de Subsanación en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, solicitamos a su despacho abstenerse de sancionar a CONECEL por la conducta imputada en el Acto de Apertura. (...)"

3.2 PRUEBAS:

La Constitución de la República ordena en su artículo 76 número 7, que 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 y subrayado 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, consta como prueba de cargo aportada por la Administración, lo siguiente:

- 1.- Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-007 de 5 de agosto de 2016, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0059-M de 17 de agosto de 2016.
- 2.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 de 26 de agosto de 2016.
- 3.- La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

- 1.- Los alegatos y descargos que presenta dentro del escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 de 26 de agosto de 2016, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, por parte de la compañía CONECEL S.A., ingresado mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002551-E de 16 de septiembre de 2016; en el cual solicita, entre otros aspectos, en calidad de diligencia probatoria se incorpore como prueba a su favor, lo detallado en el escrito de contestación.
- 2.- Alegato verbal expuesto el día jueves 29 de septiembre de 2016, a las 15H00, dentro de la Audiencia de Alegatos solicitada por CONECEL S.A.; y, la impresión de la presentación realizada y entregada durante la Audiencia.
- 3.- Escritos que se refieren a la presentación del Plan de Subsanción y presentación de justificativos de su cumplimiento, detallados y transcritos en lo principal en el ordinal anterior (3.1), así como los respectivos CDs (3).

3.3 MOTIVACIÓN:

PRIMERO: ANÁLISIS TÉCNICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS EN LA CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA Y EN LA AUDIENCIA SOLICITADA POR LA OPERADORA:

El área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante **INFORME No. IT-CZO2-AA-2016-0012**, remitido al área jurídica con Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0520-M de 23 de diciembre de 2016, realizó el análisis de la contestación de la compañía CONECEL S.A. al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006; así como también de los alegatos y pruebas presentadas dentro de la etapa de evacuación de pruebas; y durante la realización de la Audiencia concedida, sobre o cual, en lo principal dicho análisis manifiesta:

"(...)

3. EN RELACIÓN A LOS DESCARGOS TÉCNICOS.

3.1 CONTESTACIÓN DADA POR CONECEL S.A. AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 POR PARTE DE LA OPERADORA DEL SMA CONECEL S.A.

La operadora del SMA CONECEL S.A., con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002551-E de 16 de septiembre de 2016, da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006, invocando la concurrencia de los atenuantes previstos en el artículo 130 de la LOT y presentando un Plan de Subsanción en el que se detallaba lo siguiente:

- a. Cargar toda la información suficiente sobre las características y condiciones de uso del servicio en cuanto a equipos, para la correcta prestación del servicio.
- b. Enviar un link a los usuarios que contrataron el servicio con toda la información correcta y suficiente sobre las condiciones del mismo.
- c. La subsanción se comunicará a los usuarios mediante el siguiente mensajes (SIC) de texto:
 - i. Mensaje 1

"6030: Entérate de toda la información sobre las condiciones del comando JUEGOSWEB1 se encuentra en el link xxxxxxx".

Respecto al Plan de Subsanción presentado en este numeral, solicitamos a su Despacho nos conceda una reunión a fin de tratar el mismo y aclarar ciertas inquietudes que pudieren surgir respecto al mismo previo a su aprobación."

Posteriormente, en oficio GR-01964-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-004410-E de 20 de octubre de 2016) CONECEL S.A. presentó elementos de convicción y/o justificativos ampliados que sustentan su Plan de Subsanción, indicando en lo principal lo siguiente:

«a) Número de usuarios

En nuestro el Informe técnico del Acto de Apertura se indica que los usuarios activos a la fecha en que se realizó el requerimiento de información respecto del código corto 6030 son 1112, debemos aclarar que una vez revisada exhaustivamente la información y realizadas nuevas validaciones, concluimos que el número total de abonados que activaron el servicio (entendidos como los activos e inactivos en el número corto) es de 21673, desde el 02 de septiembre de 2015 -fecha de inicio de operación del short code-- hasta el 31 de agosto de 2016 -fecha en la cual se determinó el número de usuarios que activaron este código-. Como se puede observar, la fecha de inicio que probamos mediante un print de nuestro sistema, con lo cual se demuestra la precisión certera de nuestro punto de partida y por consiguiente del correcto valor de abonados que activaron el servicio y que serán objeto de nuestro plan de compensación (...)

Al respecto nos permitimos remitir en formato Pdf el listado de los 21673 abonados que suscribieron al servicio a través del SC 6030 (Anexo 1) es importante indicar que la presente base de datos al contemplar información

confidencial de nuestros abonados, hemos sustraído los tres últimos dígitos con el fin de precautelar sus derechos.

Finalmente debemos reiterar en que la cantidad de usuarios antes indicada serán objeto del envío de un SMS en el que se envíe un link con la información correcta y suficiente sobre las condiciones del servicio brindado a través del SC 6030 y comando "JUEGOSWEB1", bajo el siguiente texto:

"Entérate de toda la información sobre las condiciones del comando JUEGOSWEB1 que se encuentra en el link xxxxx"»

Luego de la reunión llevada a cabo el 17 de noviembre de 2016, en oficio GR-02204-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006745-E de 24 de noviembre de 2016), CONECEL S.A. presentó ante esta Coordinación Zonal nuevos elementos de convicción y/o justificativos ampliados que sustentan su Plan de Subsanación, presentado en los oficios detallados anteriormente, indicando:

a) Mensaje de texto a los usuarios.

Los usuarios descritos en los oficios citados en el párrafo anterior, serán destinatarios del envío de un SMS el cual contendrá un link con la información correcta y suficiente sobre las condiciones del servicio brindado a través del SC 6030 y comando "JUEGOSWEB1", bajo el siguiente texto:

"Estimado usuario: le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los términos y condiciones del servicio"

Es importante destacar que el envío de este mensaje de texto de modo general, cumple con los requisitos previstos por la autoridad en la reunión llevada a cabo el 17 de noviembre de 2016, tanto para el presente Procedimiento Administrativo Sancionador como para el Expediente signado con el número ARCOTEL-CZO2-2016-0003. (sic)

b) Carga de los términos y condiciones

En beneficio de nuestros usuarios que quisieran o activen los servicios prestados a través del SC 6030 con el comando JUEGOSWEB, es importante indicar que el 30 de junio de 2016 -como se señala en el informe suscrito por el señor Alejandro Escudero de la empresa Telecarrier S.A., cuya copia se adjunta- se incluyó en los textos de bienvenida y en los "Términos y Condiciones" del portal, el requerimiento de Java para la descarga de Juegos, como se indica a continuación (...). Adjuntando la siguiente imagen:

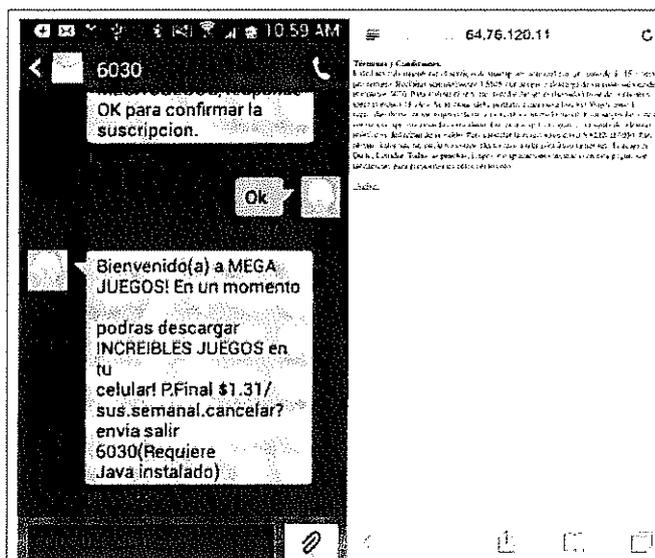


Fig. 1 SMS: short code 6030.

Oficio GR-02204-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006745-E)

Posteriormente, con oficio GR-02214-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006907-E de 28 de noviembre de 2016) CONECEL S.A. rectificó parte del oficio GR-02204-2016 indicando:

«... Que, por un error involuntario en el literal a) del numeral II de nuestro oficio (SIC) GR-2204-2016, se introdujo el texto indicado el párrafo anterior, cuando el correcto es el siguiente:

a) Mensaje de texto a los usuarios.

A todos nuestros usuarios activos a la fecha de envío del mensaje, serán destinatarios del envío de un SMS de información general, respecto al que el usuario previo a la contratación de cualquier servicio de contenido, primero se informe de los términos y condiciones del mismo. El envío será masivo a toda la base de clientes activos de CONECEL, independientemente de si se han o no suscrito a un servicio de mensajería Premium, excluyendo de este envío a todos clientes que se encuentran en listas negras, bajo el siguiente texto: "Estimado usuario: le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los términos y condiciones del servicio".»

Producto de la reunión de trabajo mantenida el martes 29 de noviembre de 2016 en las instalaciones de la Coordinación Zonal 2 (conforme Providencia de fecha 25 de noviembre de 2016), CONECEL S.A. ingresó a la Coordinación Zonal 2 el oficio GR-02307-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007071-E de 30 de noviembre de 2016) a través del cual efectuó un alcance a los oficios GR-02204-2016 y 02214-2016 consolidando el Plan de Subsanación en referencia, que en lo principal indica:

"En virtud de la reunión mantenida el 29 de noviembre de 2016 en su Despacho, nos permitimos remitir el siguiente alcance a nuestros oficios GR-2204-2016 y GR-2214-2016 bajo los siguientes términos:

a) Mensaje de texto a los usuarios.

A toda la base de clientes de CONECEL activos a la fecha de envío del mensaje, serán destinatarios de un SMS de información general, que tiene como fin, informar a nuestros usuarios la obligación que tienen de informarse de los términos y condiciones, previo a la contratación de cualquier servicio de contenido. El envío será masivo a toda la base de clientes activos de CONECEL, independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería Premium, excluyendo de este envío a todos los clientes que se encuentran en listas negras de recepción de mensajes de contenido, puesto que como se indicó en la reunión de la referencia puede causar malestar al cliente y llevar a una mala interpretación del contenido, pudiendo creer que la operadora lo ha retirado de esta lista. La propuesta de SMS es la siguiente:

"Estimado usuario: le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los términos y condiciones del servicio"

b) Carga de los términos y condiciones

En beneficio de nuestros usuarios que quisieran o activen los servicios prestados a través del SC 6030 con el comando JUEGOSWEB1, previo a la contratación o suscripción de dicho servicio, se informará las condiciones para la descarga de contenido."

ANÁLISIS:

Como se observa, la contestación dada por CONECEL S.A. al acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 se fundamenta, en su parte principal, en la presentación de un Plan de Subsanación que consiste en: a) el envío de un SMS masivo; y, b) que el usuario cuente con la información de los términos y condiciones del servicio del SC 6030 previo a su contratación.

En ese sentido, revisados los oficios GR-1762-2016, GR-01964-2016 y GR-02307-2016, se determina que el Plan de Subsanación presentado por la operadora CONECEL S.A. contempla **el envío de un SMS masivo a toda la base de clientes activos de CONECEL S.A, independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería Premium (excluyendo a todos los clientes que se encuentran en listas negras de recepción de mensajes de contenido)**, con el siguiente texto:

"Estimado usuario: le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los términos y condiciones del servicio"

Adicionalmente, la operadora CONECEL S.A. en Oficio GR-02204-2016 indica que a partir del 30 de junio de 2016 incluyó en los textos de bienvenida y en los "Términos y Condiciones" del portal (del SC 6030 con el comando JUEGOSWEB1), **el requerimiento de Java para la descarga de Juegos**. Adicionalmente, en oficio GR-02307-2016 manifiesta que **informará sobre las condiciones para la descarga de contenido a los usuarios que quisieran o activen los servicios prestados a**

través del SC 6030 con el comando JUEGOSWEB1, previo a la contratación o suscripción de dicho servicio.

3.2 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS PRESENTADOS EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS EFECTUADA EL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2016.-

La operadora del SMA CONECEL S.A., en la Audiencia de Alegatos efectuada el 29 de septiembre de 2016 a las 11H00, realizó una presentación en la que se expuso lo contenido en el escrito presentado como contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0009, ingresado a la ARCOTEL con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-02551-E de 16 de septiembre de 2016, el que ya ha sido analizado en el numeral 3.1 del presente informe.

3.3 ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS:

En el numeral 4 del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002551-E de 16 de septiembre de 2016, mediante el cual CONECEL S.A. da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006, entre otros aspectos, solicita que:

“e. Que, se tome como prueba a nuestro favor, todo el contenido de este escrito de contestación al Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006.”.

Además, en oficio GR-01964-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-004410-E de 20 de octubre de 2016), en su ordinal II, CONECEL S.A. presenta elementos para aprobación del plan de subsanación como pruebas.

Respecto a lo anterior, se ha realizado el análisis respectivo de lo manifestado por la operadora en los Documentos No. ARCOTEL-DEDA-2016-002551-E y No. ARCOTEL-DEDA-2016-004410-E antes referidos, cuyos argumentos se consideraron y analizaron en el numeral 3.1 del presente informe.

3.4 SOBRE LOS JUSTIFICATIVOS DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE SUBSANACIÓN.

Con providencia de 2 de diciembre de 2016 la Coordinación Zonal 2 indicó:

“(…) **1.-** Autorizar el Plan de Subsanación presentado por CONECEL S.A. con Oficio GR-02307-2016 (ingreso ARCOTEL-DEDA-2016-007071 de 30 de noviembre de 2016), conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General, que se refiere a enviar un mensaje de texto (SMS) recordatorio a todos los clientes activos de CONECEL S.A., independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería premium (excluyendo a todos los clientes que se encuentran en listas negras de recepción de mensajes masivos); recomendando revisar términos y condiciones del servicio antes de contratar el contenido a través de números cortos, así como a la inclusión de información sobre las condiciones para la descarga de contenido en el SC 6030 comando “JUEGOS WEB 1”, previa la contratación o suscripción a dicho servicio. **2.-** Que la operadora CONECEL S.A., cumpla con el Plan de Subsanación autorizado de manera integral. **3.- Que la operadora CONECEL S.A. presente hasta el 16 de diciembre de 2016 la documentación que justifique el cumplimiento del Plan de Subsanación con**

la finalidad de proceder como determina la ley;... (El resaltado fuera del texto original.)

Así, la operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A. disponía hasta el 16 de diciembre de 2016 para presentar a la Coordinación Zonal 2 toda la documentación que justifique el cumplimiento del Plan de Subsanción; sin embargo, tal como se detalló entre los antecedentes del presente informe, la operadora presentó los correspondientes justificativos en el oficio GR-02388-2016 ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007995-E de 19 de diciembre de 2016; y en el oficio GR-02405-2016 ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016.

A pesar de la extemporaneidad de dichos documentos, los mismos son considerados para el análisis que se presenta a continuación:

3.4.1 SMS INFORMATIVO.

CONECEL S.A. con oficio GR-02388-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007995-E de 19 de diciembre de 2016) manifestó entre los antecedentes, lo siguiente:

“1.8 Que, el 13 de diciembre de 2016 CONECEL inició el envío de SMS "Estimado usuario: le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los términos y condiciones del servicio"; sin embargo los clientes que recibieron los SMS mal interpretaron el mensaje remitido, entendiéndolo que se les había suscrito a servicios de Mensajería Premium, provocando numerosas llamadas a nuestro Call Center.

1.9 Que, considerando el inconveniente planteado en el numeral 1.8, en correo electrónico de fecha 14 de diciembre de 2016, remitido al Ing. Roberto Moreano, respecto al envío del SMS, se indicó que a fin de evitar la inmensa cantidad de reclamos presentados por nuestros usuarios objeto del SMS enviado, se detuvo el envío programado y se solicita la autorización para remitir un SMS bajo un texto diferente. Además que se indica que la remisión de los logs a la ARCOTEL, demorará un plazo adicional, razón por la cual extendimos nuestro pedido de ampliación.

1.10 Que, en correo electrónico de fecha 15 de diciembre de 2016 el Ing. Roberto Moreano autorizó el envío de los SMS bajo el texto "Recuerda que tenemos disponible servicios y mensajes de entretenimiento, antes de suscribirte entérate de sus términos y condiciones. "

1.11 Que, el 15 de diciembre de 2016, se reinició el reenvío de SMS bajo el nuevo texto aprobado, conforme lo indicado en el numeral 1.10.”

Y sobre la base de esos antecedentes, manifiesta remitir (en el mismo oficio GR-02388-2016):

“...los logs generados hasta el 19 de noviembre de 2016 a las 12h00, de los SMS enviados a nuestros abonados y que son objeto del Plan de Subsanción objeto del presente Procedimiento Administrativo Sancionador en un CD (Anexo 1)

La información que se remite en el presente oficio se la remite sin perjuicio que hasta el 21 de diciembre de 2016, se remita la totalidad de los logs de los SMS enviados a nuestros abonados.”

Se revisaron los archivos que contienen los logs de SMS remitidos por la operadora en el oficio GR-02388-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007995-E de 19 de diciembre de 2016, CD anexo) observándose que existen 56 archivos, cada uno de ellos con los logs de las líneas contactadas por la operadora con el SMS informativo: “le recordamos que previo a la contratación de contenido a través de números cortos, debe informarse de los términos y condiciones del servicio” (SIC).

Posteriormente en el oficio GR-02405-2016 ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016, CONECEL S.A. menciona:

“En virtud de los antecedentes antes expuestos nos permitimos remitir los siguientes elementos justificativos de implementación del plan de subsanación.

- 1. 7'785.251 logs generados, de los SMS enviados a nuestros todos nuestros abonados y que son objeto del Plan de Subsanación objeto del presente Procedimiento Administrativo Sancionador en un CD (Anexo 1) (...).”*

Se revisaron los archivos que contienen los logs de SMS presentado por CONECEL S.A. en el CD (Anexo 1) del oficio GR-02405-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016) observándose que existen un total de 266 archivos con los logs de las líneas contactadas por la operadora con el SMS informativo y que según la operadora, corresponderían a todos los abonados que son objeto del Plan de Subsanación, es decir, toda la base de clientes activos de CONECEL S.A., independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería Premium (excluyendo a todos los clientes que se encuentran en listas negras de recepción de mensajes de contenido).

Es importante indicar que en los logs remitidos en el CD (Anexo 1) del oficio GR-02405-2016 se puede observar que la operadora CONECEL S.A. procedió con el cambio en el texto del SMS informativo, mencionando:

“Recuerda que tenemos disponible servicios y mensajes de entretenimiento, antes de suscribirte entérate de sus términos y condiciones.” (SIC)

3.4.2 CARGA DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES.

*Como se explicó ya en el análisis efectuado en el numeral 3.1 del presente informe, la operadora CONECEL S.A. en oficio GR-02204-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006745-E de 24 de noviembre de 2016) indicó que a partir del 30 de junio de 2016 incluyó en los textos de bienvenida y en los “Términos y Condiciones” del portal (del SC 6030 con el comando JUEGOSWEB1), **el requerimiento de Java para la descarga de juegos.***

*Adicionalmente, en oficio GR-02307-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007071-E de 30 de noviembre de 2016) CONECEL S.A. manifestó que informará sobre las condiciones para la descarga de contenido **previo a la contratación o suscripción del servicio prestado a través del SC 6030.***

"b) Carga de los términos y condiciones

En beneficio de nuestros usuarios que quisieran o activen los servicios prestados a través del SC 6030 con el comando JUEGOSWEB1, previo a la contratación o suscripción de dicho servicio, se informará las condiciones para la descarga de contenido."

*Sin embargo, como se observa en la Fig. No. 1 del presente informe extraída del oficio GR-02204-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006745-E de 24 de noviembre de 2016), la notificación al usuario del requerimiento de Java para la descarga de Juegos (condiciones del servicio del SC 6030) **aparece después de que el usuario haya enviado el mensaje de confirmación de suscripción al servicio de mensajería Premium del SC 6030.***

Posteriormente, en el oficio GR-02405-2016 ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016, CONECEL S.A. presentó elementos justificativos adicionales al cumplimiento del Plan de Subsanación que a continuación se analizan aun cuando, como ya se explicó anteriormente, dicho documento fue ingresado a la Coordinación Zonal 2 de manera extemporánea a la fecha establecida en la providencia de 2 diciembre de 2016.

En dicho oficio GR-02405-2016, CONECEL S.A., entre otros aspectos manifiesta:

"II.

*DE LA PRESENTACIÓN DE ELEMENTOS JUSTIFICATIVOS AL PLAN DE
SUBSANACIÓN*

En virtud de los antecedentes antes expuestos nos permitimos remitir los siguientes elementos justificativos de implementación del plan de subsanación (...)

*3. Copia de la Protocolización del Acta de Constatación del SMS remitido previa a la contratación de servicios prestados a través del short code 7676, cuyo texto es el siguiente: "Solicitaste suscribirte al servicio FRANCISO PINOARGOTTI, responde OK para aceptar y se debitará de tus recargas o cargará a tu factura. **Recuerda revisar los términos y condiciones**" (lo subrayado nos corresponde); en el que a través de la inserción de la frase resaltada, se informa a los usuarios su deber de revisar las características del servicio previo a su contratación (Anexo 3).*

Es importante aclarar que la frase "Recuerda revisar los términos y condiciones" fue implementada en nuestra plataforma por lo que todas las activaciones de números cortos tendrán esta leyenda. Para probar lo indicado nos permitimos remitir el print de pantalla del mensaje de respuesta al querer activar los servicios prestados a través del short code 6030 con el comando "Juegosweb1"

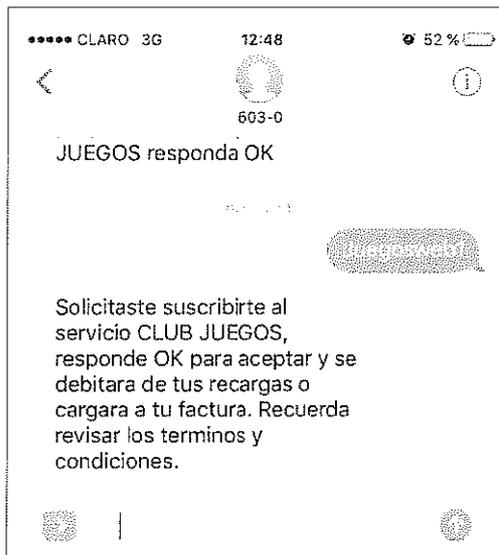


Fig. 2. SMS: short code 6030.

Oficio GR-02405-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E)

Al respecto se debe observar lo siguiente:

CONECEL S.A. hace referencia a un servicio prestado a través de un short code 7676, que no corresponde al que se consideró para las pruebas que constan en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-007 de 5 de agosto de 2016, que es materia del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006.

En todo caso, en el print de pantalla presentado por la operadora, se puede observar una prueba de suscripción al short code 6030 con el comando "Juegosweb1" y con un mensaje de respuesta que indica:

"Solicitaste suscribirte al servicio CLUB JUEGOS, responde OK para aceptar y se debitara de tus recargas o cargara a tu factura. Recuerda revisar los términos y condiciones." (SIC).

Por tanto, en la documentación remitida no se observa que la operadora CONECEL S.A. haya incluido la información sobre las condiciones para la descarga de contenido en el SC 6030, de acuerdo a lo indicado en el oficio GR-2016-2307 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007071-E de 30 de noviembre de 2016) de que "(...) previo a la contratación o suscripción de dicho servicio, se informará las condiciones para la descarga de contenido."

Pues debe considerarse que, en la providencia de 2 de diciembre de 2016 la Coordinación Zonal 2 indicó:

"1.- Autorizar el Plan de Subsanación presentado por CONECEL S.A. con Oficio GR-02307-2016 (ingreso ARCOTEL-DEDA-2016-007071 de 30 de noviembre de 2016), conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General, que se refiere a enviar un mensaje de texto (SMS) recordatorio a todos los clientes activos de CONECEL S.A., (...); recomendando revisar términos y condiciones del servicio antes de contratar el contenido a través de números cortos, así como a la inclusión de información sobre las condiciones para la descarga de

contenido en el SC 6030 comando "JUEGOS WEB 1", previa la contratación o suscripción a dicho servicio..." (El resaltado fuera del texto original)

Es importante recalcar que de acuerdo al oficio GR-02204-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006745-E de 24 de noviembre de 2016), el requerimiento principal para la descarga de contenido a través del SC 6030 es la instalación de Java en el dispositivo terminal; sin embargo, en el print de pantalla (Fig. 2) del oficio GR-02405-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016) no se observa que la operadora notifique al usuario sobre ese requisito y en la demás justificación de cumplimiento del Plan de Subsanación presentada por CONECEL S.A. en sus oficios GR-02388-2016 y GR-02405-2016 tampoco se hace referencia sobre ese particular.

Por tanto CONECEL S.A. no demuestra en la documentación presentada, que informe a los usuarios de las condiciones para la descarga de contenido del SC 6030 previo a la contratación o suscripción a dicho servicio.

4. CONCLUSIÓN.-

La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., a través de la documentación y justificativos presentados que son materia de análisis del presente informe, no ha demostrado el cumplimiento del Plan de Subsanación que la Coordinación Zonal 2 autorizó mediante providencia de fecha 2 de diciembre de 2016."

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO:

El área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a través de Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2016-019 de 22 de diciembre de 2016, realiza en lo principal, el siguiente análisis.

"(...) Existen dos situaciones a ser tomadas en cuenta y que son:

- Los escritos presentados por la empresa operadora CONECEL S.A. y que en lo fundamental han sido transcritos dentro del presente procedimiento,
- Las pruebas de descargo descritas anteriormente en el punto 3.2.

a.- La comparecencia al procedimiento por parte de la Operadora de SMA CONECEL S.A., se encuentra debidamente legitimada por el Abogado Francisco Teodoro Maldonado Guevara en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la compañía CONECEL S.A.

b.- Con relación a la supuesta **ilegalidad** del "INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL", contenido en la RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015-0694, alegada por la Operadora CONECEL S.A., la cual sostiene que: " (...) El Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones – Arcotel" (en adelante "el Instructivo"), contiene una serie de inconsistencias y disposiciones que no se encuentran acorde a la normativa vigente, las mismas que han conculcado derechos garantizados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual genera como consecuencia la restricción de principios y garantías

constitucionales como legalidad, debido proceso, defensa y otros como se verá en esta acápite. (...), le manifiesto que, en relación al Reclamo Administrativo presentado por la apoderada especial del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, mediante el cual pretendió en lo principal, que la ARCOTEL modifique el citado Instructivo o que ordene la inaplicabilidad de todos aquellos artículos que a su decir, limitan, disminuyen o violan derechos constitucionales y legales garantizados por el ordenamiento jurídico del Ecuador, a pretexto de la aplicación del ERJAFE y otras normas del ordenamiento jurídico, esta Agencia luego del respectivo análisis jurídico y en forma motivada, con sustento en lo dispuesto en el artículo 134 de la LOT, el artículo 85 del Reglamento General a la LOT; y, lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República, emitió la **RESOLUCIÓN ARCOTEL-2016-0135 de 11 de febrero de 2016**, en la cual, resolvió "(...) **Artículo 2.- NEGAR el reclamo administrativo** y en consecuencia rechazar las pretensiones de la señora Rosa Virginia Nakagawa Morales, en calidad de apoderada especial del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, formuladas en el interpuesto en contra de la Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, ingresado con trámite No. ARCOTEL-2015-015878 el 11 de diciembre de 2015.- **Artículo 3.- RATIFICAR** en todas sus partes el contenido de la Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, expedida por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.- **Artículo 4.- ESTABLECER** que la presente resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad con la dispuesto en el artículo 6 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)", razón por lo cual se considera improcedente lo alegado por la empresa operadora CONECEL S.A., en el escrito de contestación al Acto de apertura, ya que la ARCOTEL, ya resolvió dicho argumento previamente.

c.- Lo fundamental de la comparecencia de la operadora CONECEL S.A. dentro del presente procedimiento, está en la invocación de circunstancias atenuantes y la subsanación de la infracción con la finalidad de que una vez autorizadas y consideradas por la ARCOTEL, se pueda graduar la sanción correspondiente.

La solicitud de la empresa CONECEL S.A. está fundamentada en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta:

"Artículo 130.- Atenuantes.

Para los fines de 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 las Telecomunicaciones.*
- 3. Haber subsanado íntegramente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.*

4. *Haber reparado íntegramente 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 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 a infracciones de tercera y cuarta clase."

Para considerar las circunstancias atenuantes invocadas por la empresa CONECEL S.A. se debe proceder con mucho detenimiento al análisis de cada una de las circunstancias determinadas en el artículo que se ha transcrito, en consideración a la contestación presentada y la demás documentación que ha sido transcrita en lo fundamental dentro de esta resolución.

Para este análisis partiremos de tres situaciones concretas:

- *Antecedentes de hecho*
- *Relación con el derecho*
- *Circunstancias jurídicas*

Estas tres circunstancias tienen que ver en primer lugar con determinar la conducta de la empresa CONECEL S.A. en cuanto a considerar que la misma se encuentra o no dentro del ordenamiento jurídico vigente.

En primer lugar, en cuanto a los antecedentes del hecho, se debe manifestar que cuando el Estado Ecuatoriano otorgó la concesión para la prestación del servicio SMA a la empresa operadora CONECEL S.A., esta adquirió obligaciones y responsabilidades que deben ser cumplidas, las cuales se encuentran determinadas dentro del título habilitante; así como también, en las obligaciones que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General que entre otras obligaciones de los prestadores el cliente, abonado o usuario debe recibir información clara y precisa respecto de las limitaciones y condiciones para la descarga de contenidos antes de suscribirse, así como también a recibir información sobre la incompatibilidad de los equipos telefónicos para acceder a los servicios de SMS PREMIUM.

*Esto se manifiesta por cuanto el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0007, de 05 de agosto del 2016, concluye que "De las pruebas ejecutadas y validadas se evidencia que, el abonado/cliente-usuario no está recibiendo previo a la contratación o suscripción de servicios a través de SMS Premium, información clara y precisa, respecto de las condiciones y limitaciones para la descarga de contenido; pues no se le indica, antes de suscribirse, que ciertos contenidos pueden ser incompatibles para su teléfono.", con lo cual, de acuerdo a lo indicado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 de 26 de agosto de 2016, "... no se ha observado los derechos de los abonados, clientes o usuarios así como las obligaciones que se tiene como prestador del servicio de telecomunicaciones; concretamente lo determinado en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)", por lo que de confirmarse esta conducta, la operadora CONECEL S.A., podría incurrir en la infracción de primera clase tipificada en el **artículo 117, letra b) número 16** de la LOT, cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la misma Ley, que es la relación con el derecho.*

La descripción de la conducta de la operadora, su relación con el derecho, indudablemente tiene consecuencias jurídicas, pero para determinar las responsabilidades de CONECEL S.A. se debe considerar dos aspectos fundamentales:

- La existencia de la infracción.
- La responsabilidad de la empresa operadora en haber ejercido esa conducta contraria a la ley.

En primer lugar la existencia de la citada conducta se pudo verificar en las inspecciones realizadas a la operadora CONECEL S.A., como consta del Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0007, de 05 de agosto del 2016, enviado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y que fue la actividad en la que se levantó el Informe Técnico y la información que se puso en conocimiento de la Coordinación Zonal 2.

La empresa CONECEL S.A., en su escrito de contestación GR-1762-2016, de 16 de septiembre del 2016, admite haber cometido la infracción, lo que nos permite determinar sin mayor análisis la existencia de la infracción y la responsabilidad de la operadora CONECEL S.A. en el cometimiento de la misma.

Una vez probada la infracción y reconocida la misma por CONECEL S.A. relevan de cualquier circunstancia probatoria a la ARCOTEL, por lo tanto debemos considerar las demás pruebas y escritos aportados dentro del procedimiento.

d.- Invocación de atenuantes.- Estas se analizarán de una en una para determinar la procedencia o no de las mismas:

ANÁLISIS ATENUANTE 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.

En cuanto a la primera alegación de no haber sido sancionado por una infracción idéntica en causa y efecto en nueve meses anteriores; efectivamente, no consta en los archivos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones que la empresa Operadora CONECEL S.A. haya sido sancionada anteriormente en los nueve meses anteriores por una misma causa y efecto, antes del inicio del presente procedimiento administrativo, razón por lo que se acepta a trámite esta atenuante.

ANÁLISIS ATENUANTE 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 las Telecomunicaciones.

Esta alegación o atenuante tiene dos circunstancias:

- ✓ Haber admitido la infracción.
- ✓ Presentar un plan de subsanación que debe ser autorizado por ARCOTEL

En cuanto al primer aspecto, la empresa operadora CONECEL S.A., en escrito de 16 de septiembre del 2016, con Oficio GR-1762-2016, con el que dio contestación al Acto de Apertura ARCOTEL-CZO2-2016-0006, en la página 6, numeral 2 acepta

expresamente la infracción imputada y descrita en el artículo 117, letra b) numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La primera parte de esta excepción se cumple, en cuanto al haber admitido la infracción durante la sustanciación del procedimiento administrativo.

La segunda parte de esta circunstancia atenuante manifiesta que se deberá presentar un plan de subsanación el mismo que debe ser autorizado por ARCOTEL.

Al respecto la operadora presenta varios oficios que han sido transcritos anteriormente en su parte esencial, ha realizado una alegación verbal en donde la empresa operadora ha procedido a exponer ante ARCOTEL, las circunstancias de su comparecencia y las excepciones que ha planteado, incluso la subsanación y presenta un plan que en un principio consistía en:

«a. Cargar toda la información suficiente sobre las características y condiciones de uso del servicio en cuanto a equipos para la correcta prestación de servicio.

b. Enviar un link a los usuarios que contrataron el servicio con toda la información correcta y suficiente sobre las condiciones del mismo.

c. La subsanación se comunicará a los usuarios mediante el siguiente mensajes de texto: (SIC)

i. Mensaje 1

“6030: Entérate de toda la información sobre las condiciones de comando JUEGOSWEB1 se encuentra en el link xxxxxx”»

Posteriormente y en escritos GR-01964-2016 de 20 de octubre de 2016, GR-02204-2016 de 23 de noviembre de 2016 y GR-02214-2016 de 28 de noviembre de 2016, CONECEL S.A. realiza aclaraciones, corrige y rectifica errores para que se autorice el Plan de Subsanación propuesto.

Finalmente, con providencia de 2 de diciembre de 2016, notificada a CONECEL S.A. el mismo día, de conformidad con el memorando ARCOTEL-CZO2-2016-0445-M, de 05 de diciembre de 2016, la Coordinación Zonal 2 acordó:

*“(…) 1.- Autorizar el Plan de Subsanación presentado por CONECEL S.A. con Oficio GR-02307-2016 (ingreso ARCOTEL-DEDA-2016-007071 de 30 de noviembre de 2016), conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General, que se refiere a enviar un mensaje de texto (SMS) recordatorio a todos los clientes activos de CONECEL S.A., independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería premium (excluyendo a todos los clientes que se encuentran en listas negras de recepción de mensajes masivos); recomendando revisar términos y condiciones del servicio antes de contratar el contenido a través de números cortos, así como a la inclusión de información sobre las condiciones para la descarga de contenido en el SC 6030 comando “JUEGOS WEB 1”, previa la contratación o suscripción a dicho servicio. 2.- Que la operadora CONECEL S.A., cumpla con el Plan de Subsanación autorizado de manera integral. **3.- Que la operadora CONECEL S.A. presente hasta el 16 de diciembre de 2016 la documentación que justifique el cumplimiento del Plan de Subsanación con***

la finalidad de proceder como determina la ley:.... (El resaltado fuera del texto original.)

Hasta aquí podemos manifestar que se ha cumplido con las dos circunstancias alegadas en el escrito de contestación y alegatos, y determinadas en los numerales 1 y 2 del artículo 130 de la LOT, por lo tanto se acepta a trámite esta excepción, y se considerará para la imposición de la sanción.

ANÁLISIS ATENUANTE 3: *Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.*

La empresa CONECEL S.A. alega también lo que determina el numeral 3 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como es el hecho de haber subsanado integralmente la infracción en forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.

Para analizar esta circunstancia se debe considerar lo que determina el informe técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0012, de 22 de diciembre de 2016, el cual realiza un análisis de la contestación, alegatos y pruebas presentadas por CONECEL S.A., el mismo que en lo referente a la subsanación determina:

"(...)

3.4.1 SMS INFORMATIVO.

(...)

en el oficio GR-02405-2016 ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016, CONECEL S.A. menciona:

"En virtud de los antecedentes antes expuestos nos permitimos remitir los siguientes elementos justificativos de implementación del plan de subsanación.

- 1. 7'785.251 logs generados, de los SMS enviados a nuestros todos nuestros abonados y que son objeto del Plan de Subsanación objeto del presente Procedimiento Administrativo Sancionador en un CD (Anexo 1) (...)"*

Se revisaron los archivos que contienen los logs de SMS presentado por CONECEL S.A. en el CD (Anexo 1) del oficio GR-02405-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016) observándose que existen un total de 266 archivos con los logs de las líneas contactadas por la operadora con el SMS informativo y que según la operadora, corresponderían a todos los abonados que son objeto del Plan de Subsanación, es decir, toda la base de clientes activos de CONECEL S.A., independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería Premium (excluyendo a todos los clientes que se encuentran en listas negras de recepción de mensajes de contenido).

Es importante indicar que en los logs remitidos en el CD (Anexo 1) del oficio GR-02405-2016 se puede observar que la operadora CONECEL S.A. procedió con el cambio en el texto del SMS informativo, mencionando:

"Recuerda que tenemos disponible servicios y mensajes de entretenimiento, antes de suscribirte enterate de sus terminos y condiciones." (SIC)

3.4.2 CARGA DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES.

(...)

Es importante recalcar que de acuerdo al oficio GR-02204-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006745-E de 24 de noviembre de 2016), el requerimiento principal para la descarga de contenido a través del SC 6030 es la instalación de Java en el dispositivo terminal; sin embargo, en el print de pantalla (Fig. 2) del oficio GR-02405-2016 (Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008112-E de 21 de diciembre de 2016) no se observa que la operadora notifique al usuario sobre ese requisito y en la demás justificación de cumplimiento del Plan de Subsanación presentada por CONECEL S.A. en sus oficios GR-02388-2016 y GR-02405-2016 tampoco se hace referencia sobre ese particular.

Por tanto CONECEL S.A. no demuestra en la documentación presentada, que informe a los usuarios de las condiciones para la descarga de contenido del SC 6030 previo a la contratación o suscripción a dicho servicio.”

Cabe señalar que como demostración del cumplimiento del plan de subsanación, la operadora hace referencia a un servicio prestado a través de un código corto 7676, el cual no corresponde al que originó este procedimiento administrativo, el cual es el código 6030, lo cual se puede constatar en oficio GR-02405-2016.

Por otro lado es necesario manifestar que el plan de subsanación autorizado se refiere a “(...) enviar un mensaje de texto (SMS) recordatorio a todos los clientes activos de CONECEL S.A., independientemente de si se han suscrito o no a un servicio de mensajería premium (excluyendo a todos los clientes que se encuentran en listas negras de recepción de mensajes masivos); recomendando revisar términos y condiciones del servicio antes de contratar el contenido a través de números cortos, así como a la inclusión de información sobre las condiciones para la descarga de contenido en el SC 6030 comando “JUEGOS WEB 1”, previa la contratación o suscripción a dicho servicio. (...)”; sin embargo, la empresa operadora CONECEL S.A. en oficio GR-02204-2016 manifestó que para hacer uso del servicio proporcionado por este código corto, se debía tener instalado Java en el dispositivo terminal, asunto que no es notificado al usuario.

Sin necesidad de abundar más en este aspecto, se debe considerar la conclusión a la que llega el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0012 de 21 de diciembre de 2016, el cual menciona que:

“La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., a través de la documentación y justificativos presentados que son materia de análisis del presente informe, no ha demostrado el cumplimiento del Plan de Subsanación que la Coordinación Zonal 2 autorizó mediante providencia de fecha 2 de diciembre de 2016.”

Por todo lo anotado anteriormente, no cabe aceptar a trámite esta excepción, por lo que desde el punto de vista jurídico se concluye que la empresa CONECEL S.A., no ha demostrado el cumplimiento del plan de subsanación, que presentó y que fue debidamente autorizado por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

ANÁLISIS DE ATENUANTE 4: *Haber reparado íntegramente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.*

En relación a esta atenuante, se debe considerar lo establecido en el número 2 del artículo 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que expresa "2. (...) En caso de que la infracción no ocasione daño técnico, no se requerirá la concurrencia del numeral cuatro del artículo 130 de la LOT para que el organismo desconcentrado pueda abstenerse de la imposición de sanción; siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en la Ley para este efecto."

En el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-007 de 05 de agosto del 2016, se concluyó que "De las pruebas ejecutadas y validadas se evidencia que, el abonado/cliente-usuario no está recibiendo previo a la contratación o suscripción de servicios a través de SMS Premium, información clara y precisa, respecto de las condiciones y limitaciones para la descarga de contenido; pues no se le indica, antes de suscribirse, que ciertos contenidos pueden ser incompatibles para su teléfono.", sin establecer que el hecho informado haya ocasionado algún daño técnico, por lo que se considera que no se requiere la concurrencia de este atenuante conforme lo indica el número 2 del artículo 83 del Reglamento General antes citado.

No existen circunstancias agravantes que se deban considerar en el presente procedimiento.

Concluyendo, se determina que han operado las circunstancias atenuantes 1 y 2 a favor de la operadora, lo que se considerará para imponer la respectiva sanción; sin embargo, en cuanto a las obligaciones contraídas en el título habilitante de CONECEL S.A., lo determinado en la Constitución y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establece:

- *La existencia de la infracción, lo que se aprecia en lo alegado por parte de la operadora y su reconocimiento expreso en el escrito de comparecencia y cuando invoca las atenuantes.*
- *La existencia de responsabilidad de la operadora CONECEL S.A.*
- *No se debe considerar la existencia de circunstancias agravantes como lo determina el artículo 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

e.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

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 compañía CONECEL S. A., correspondientes a la declaración de 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-2016-0143-M de 22 de septiembre de 2016, asciende a la cantidad de 1.305.779.127,65 USD (MIL TRESCIENTOS CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTE Y SIETE DÓLARES CON 65/100).

*Conforme lo prevé el artículo 121 de la referida Ley, para las infracciones de **primera clase**, la multa será de entre el 0.001% al 0.03%, del monto de la referencia, por lo que considerando que en el presente caso existen DOS de las cuatro atenuantes que señala el artículo 130 de la Ley de la materia, y ninguna agravante de las señaladas en el artículo 131 de la misma Ley, se obtiene que el valor de multa asciende a*

CIENTO SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE Y SEIS DÓLARES CON 78/100 (107.726,78 USD).

f.- RECOMENDACIÓN:

Siendo el momento procesal oportuno, dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006 emitido el 26 de agosto de 2016, se recomienda a la Autoridad Administrativa emitir la resolución declarando la responsabilidad de la Operadora del SMA CONECEL S.A. en la comisión del hecho atribuido en el citado Acto de Apertura, imponiendo la sanción económica que corresponde”

No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado, al haberse observado las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República y los requisitos de validez establecidos en la ley, por ser la autoridad competente declaro válido todo lo actuado.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0012 de 21 de diciembre de 2016 e Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0019 de 22 de diciembre de 2016, emitidos por las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR que la empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, es responsable del hecho atribuido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0006, al inobservar el derecho de los abonados, clientes o usuarios a obtener información clara y precisa sobre las condiciones y limitaciones para la descarga de contenido, previo a la contratación o suscripción de servicios a través de SMS Premium, obligación de la Operadora que esta dispuesta en los artículos 22 número 5 y 24 número 27 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; por lo que, se configura la comisión de la infracción de primera clase, determinada en el Art. 117, letra b, número 16 de la citada Ley.

Artículo 3.- IMPONER a la empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de USD 107.726,78 (CIENTO SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE Y SEIS CON 78/100 DÓLARES AMERICANOS), cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad 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 empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, que

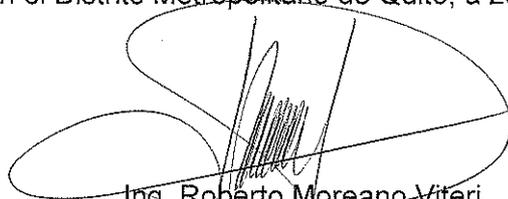
cumpla su obligación de garantizar el derecho de los abonados, clientes o usuarios a obtener información clara y precisa, sobre las condiciones y limitaciones para la descarga de contenido, previo a la contratación o suscripción de servicios a través de SMS Premium, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 22 número 5 y, 24 números 2, 4 y 27 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 5.- INFORMAR a la empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, 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 del término 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 empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con RUC No. 1791251237001, con la presente resolución, en el domicilio señalado para el efecto en las oficinas de CONECEL ubicadas en la Av. Amazonas 6017 y Río Coca, Edificio ETECO, Tercer Piso, en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; 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.-

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 23 de diciembre de 2016.



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

Preparado por	Revisado por
Jaime Ordóñez	Eduardo Carrión 
	Ivonne Vásquez 
	Raúl Avilés 