



Quito, 15 de septiembre de 2016

**GR-1750-2016**

Señora Ing.  
**ANA PROAÑO DE LA TORRE**  
Directora Ejecutiva  
**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES –  
ARCOTEL**  
Presente.-

Ref.- Comentarios al Proyecto de Procedimiento para mensajes  
Masivos o individuales

De nuestra mayor consideración:

Por medio de la presente, nos dirigimos a usted, a fin de hacerle llegar nuestros cordiales saludos y a su vez, en relación con el **proyecto de "PROCEDIMIENTO PARA LOS MENSAJES MASIVOS O INDIVIDUALES O LLAMADAS CON FINES DE VENTA DIRECTA, COMERCIAL, PUBLICITARIA O PROSELITISTA QUE NO HAYAN SIDO PREVIA Y EXPRESAMENTE AUTORIZADOS POR EL CLIENTES, ABONADO O USUARIOS"**, en adelante "proyecto de procedimiento", mismo que fuera puesto en conocimiento para las Operadoras, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Consultas Públicas, y en consecuencia vuestra Autoridad ha solicitado se remitan las respectivas opiniones, observaciones y/o recomendaciones al mencionado proyecto, al respecto y dentro del término legal establecido para el efecto, adjunto a la presente misiva se servirá encontrar las respectivas observaciones realizadas por CONECEL, conforme al siguiente detalle:

Aplaudimos la labor realizada en base a la propuesta de Reglamento –el cual en base al principio de transparencia que es esencialísimo en el ámbito regulatorio permitirá transparentar, mejorar, dinamizar y socializar las propuestas de modificación de planes o

CONECEL S.A.

**Guayaquil:** Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

**Quito:** Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

**Cuenca:** Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

[www.claro.com.ec](http://www.claro.com.ec)





actos normativos vigentes; así como, para la expedición de nuevos actos administrativos. De acuerdo a ello, nos permitimos hacer especial énfasis en los comentarios adjuntos al presente, así como otros que coadyuven a perfeccionar la propuesta normativa en curso, serán formulados en la audiencia convocada por vuestro Despacho, para recibir comentarios y/u observaciones.

Ahora bien, una vez revisado el texto del proyecto vemos con gran preocupación lo siguiente:

1. Se establece como único responsable de la generación, cobro, entrega y captación de clientes a los operadores de telecomunicaciones como tal; cuando en este tipo de servicios tenemos dos actores con títulos habilitantes vigentes a) Los prestadores de servicios de SMA, Telefonía Fija y OMV; y, b) los permisionarios de servicio de valor agregado.

Como es de su conocimiento, en el tema de servicios de valor agregado, las operadoras de telecomunicaciones tanto fijas como móviles actuamos única y exclusivamente como un medio de transporte entre el usuario final y el permisionario de valor agregado; en este sentido la carga impuesta a los operadores de telecomunicaciones, frente a la prestación de un servicio de un tercero es considerable; aun cuando la regulación de telecomunicaciones establece claramente que cada prestador de servicio, llámese concesionario o permisionario, es responsable de la prestación del servicio autorizado por ARCOTEL.

En este sentido, es inaplicable que la responsabilidad general de la prestación de este servicio de valor agregado de un tercero, a través de la entrega y devolución de valores, o a través de la implementación de un gestor de servicios recaiga sobre el prestador de servicios de telecomunicaciones que en esta relación sirve única y exclusivamente como medio de transporte para la entrega del contenido; en caso de mantenerse esta determinación de responsabilidad hacia los prestadores de servicios se estarían violando los siguientes principios jurídicos contemplados en el ordenamiento jurídico vigente:

- a) **Principio de Culpabilidad:** Para verificar la existencia de una infracción administrativa e imponer la sanción correspondiente, hay que recorrer un largo camino analítico, cuyo primer paso es la constatación de la antijuricidad (proceso de contrastar los hechos



CONECEL S.A.

**Guayaquil:** Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

**Quito:** Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

**Cuenca:** Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

[www.claro.com.ec](http://www.claro.com.ec)





ocurridos con el ordenamiento jurídico y descartar alguna justificación legal) y luego examinar los presupuestos personales de culpabilidad, ello es así, porque solo será sancionable una acción antijurídica realizada por un autor culpable.

Sentencia STS de 27 de mayo de 1999 (escusol) *“para la imposición de una sanción no basta con que la infracción este tipificada y sancionada, sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor el elemento o categoría denominado culpabilidad. La culpabilidad es el reproche que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. ¿Por qué es el elemento de la culpabilidad la exigibilidad de un comportamiento distinto del que tuvo el infractor? Sencillamente porque la norma que tipifica las infracciones y las sanciones no exige nunca comportamientos imposibles.”*

Bajo la expresión principio de culpabilidad pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen en común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos “principio de personalidad de las penas”. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino solo conductas, hechos: “principio de responsabilidad por el hecho” exigencia de un derecho penal del hecho. Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado para el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él. Es preciso además que el hecho haya sido querido “doloso” o haya podido preverse (culpa) “principio de dolo y culpa”. Finalmente para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor, ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal “principio de atribuibilidad” o de “culpabilidad en sentido estricto”.



- b) **Principio de la personalidad en la acción ilícita:** Este principio garantiza que únicamente puede exigirse responsabilidad por los “hechos propios” y en ningún caso por los hechos de otros.



Sentencia Del Tribunal Constitucional de España de 27 de mar., 1998, *“La sanción representa el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita reproche que solo es posible predicar del sujeto sancionado y que únicamente respecto de él ha de producir efectos”*.

CONECCEL S.A.

**Guayaquil:** Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

**Quito:** Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

**Cuenca:** Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

[www.claro.com.ec](http://www.claro.com.ec)



El gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas personas que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el autor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La individualización de la sanción es un veto a la responsabilidad objetiva.

2. Sin perjuicio de lo indicado en el numeral anterior, vemos con gran preocupación que el presente reglamento no busca bajo ningún aspecto viabilizar la implementación de medios electrónicos que hoy en día no sólo es tendencia mundial, si no es a donde las políticas públicas ecuatorianas apuntan, esto es a la digitalización y reducción de trámites o procesos que las personas debemos hacer.

El implementar mecanismos que impongan que para la autorización de envío de mensajería o la aceptación de un servicio, el cliente que decide libre y voluntariamente hacerlo, deba pasar por una serie de requisitos que en lugar de protegerlo, lo que hace es confundir su elección.

El Ecuador, a través de la aprobación de la ley de comercio electrónico justamente buscaba que las contrataciones y procedimientos sean vía electrónica, de manera ágil; hoy en día a través de esta normativa se está poniendo límites a una normativa general.

3. Mediante el presente proyecto se pretende violentar derechos adquiridos por los usuarios al disponer que en caso de que el cliente no responda a la operadora sobre todos los servicios contratados, los mismos deberán ser desactivados; violando el derecho a la libre contratación. Adicionalmente, se está partiendo de que una no respuesta del cliente es una NO aceptación implícita; premisa que es errada, puesto que necesariamente debe existir una respuesta positiva o negativa de parte del cliente y no una acción arbitraria de cancelación masiva de servicios.



#### **SEGUNDO:**

CONECEL S.A.

**Guayaquil:** Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

**Quito:** Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

**Cuenca:** Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

[www.claro.com.ec](http://www.claro.com.ec)





Adjunto a la presente comunicación se servirá encontrar, un documento en Excel que contiene las observaciones y recomendaciones a cada uno de los artículos contenidos en el Proyecto de *"Procedimiento para los mensajes masivos o individuales o llamadas con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista que no hayan sido previa y expresamente autorizados por el clientes, abonado o usuarios"*. Finalmente es de precisar, que además de las observaciones contenidas en el presente documento así como en su respectivo anexo, nuestra representada, se reserva el derecho de agregar observaciones adicionales que considere importantes y necesarias, para exponerlas en el día de la Audiencia.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano su gentil atención, reiteramos nuestros sentimientos de alta consideración y estima.

Muy atentamente,

  
  
**María del Carmen Burgos**  
Gerente Jurídico

Adjunto: Matriz de Observaciones

...// amm

CONECEL S.A.

**Guayaquil:** Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

**Quito:** Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

**Cuenca:** Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

[www.claro.com.ec](http://www.claro.com.ec)