

Quito, 15 de septiembre de 2016

VPR-13059-2016

Ingeniera
Ana Vanessa Proaño de La Torre
Directora Ejecutiva
ARCOTEL
En su despacho

De mi consideración:

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 Cliente, Abonado o Usuario”* (en lo sucesivo, el Proyecto de Reglamento), exponemos las siguientes observaciones y sugerencias:

1. De la incompetencia de la Directora Ejecutiva:

Partamos de la denominación de la propuesta normativa como “PROCEDIMIENTO”. Un procedimiento es un “método de ejecutar algunas cosas”¹. Del contenido del mismo no existe método alguno, sino que se impone condiciones reglamentarias de carácter general normativo², cuyo efecto recae sobre concesionarios de servicios de telecomunicaciones, prestadores de servicios de SVA, abonados y clientes.

De conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 146 de la LOT, corresponde al Directorio “(...) 7. *Aprobar los reglamentos previstos en esta ley o los necesarios para su cumplimiento y los reglamentos internos para el funcionamiento de la Agencia*”.

Por lo expuesto, el competente para emitir esta norma de carácter general es el Directorio de ARCOTEL, *so pena* de nulidad por incompetencia por parte de la Directora Ejecutiva.

Como hemos señalado nos referiremos como el Proyecto de Reglamento puesto que no por titularlo como Procedimiento se modifica su naturaleza.

2. De la modificación unilateral del Contrato de Concesión, la LOT y el Reglamento General a la LOT:

La cláusula 24.2 del Contrato de Concesión suscrito entre OTECEL y el Estado Ecuatoriano, el 20 de noviembre del 2008 señala:

¹ Real Academia de la Lengua Española

² Regula el derecho a elegir servicios y sus formas de contratación, lo cual está vinculado con derechos constitucionales y legales tanto de operadores (libertad comercial) como de usuario (libertad de elección y contratación) que no pueden ser restringido o limitados mediante un PROCEDIMIENTO.

“Dada la naturaleza de este Contrato, la Sociedad Concesionaria no requerirá la obtención de permisos para la prestación de Servicios de Valor Agregado con la plataforma del Servicio Móvil Avanzado (SMA), cumpliendo con la Legislación Aplicable para la prestación de SMA”.

La concesión del SMA, respecto a la naturaleza del servicio concesionado, lo define: *“Servicio de telecomunicaciones del servicio móvil terrestre, que permite toda transmisión, emisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, voz, datos o información de cualquier naturaleza”*³. Es decir que la prestación de un servicio de cualquier naturaleza corresponde al Servicio Móvil Avanzado (SMA) y no al Servicio de Valor Agregado (SVA).

OTECEL S.A, como concesionaria del SMA, entonces puede prestar cualquier tipo de servicios, como por ejemplo el de contenidos mediante SMS Premium o de cualquier otra forma. Los contenidos pueden ser de desarrollo propios o mediante acuerdos comerciales con terceros. Los terceros pueden ser locales o internacionales. Estos terceros no requieren de un título habilitante alguno otorgado por ARCOTEL (como prestadores del servicio de SVA) puesto que el servicio al usuario lo proporciona OTECEL S.A. de conformidad con la concesión de SMA.

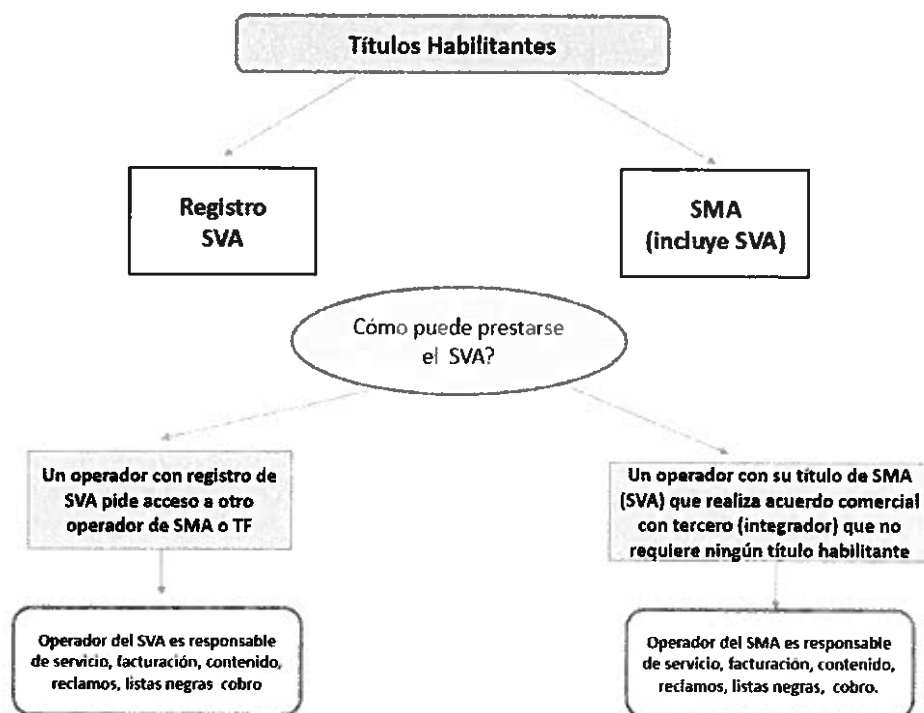
Con estos proveedores de contenidos, con presencia local o internacionales, OTECEL S.A. debe suscribir UN ACUERDO COMERCIAL, sin que la regulación lo alcance, conforme con lo previsto en el Contrato de Concesión y en las normas regulatorias superiores al Proyecto de Reglamento en tratamiento. El prestador del servicio es OTECEL, del SMA, en que se encuentra incluida la emisión de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, voz, datos o información de cualquier naturaleza. Los derechos y obligaciones para prestación del SMA están claramente definidos en el Contrato de Concesión, en el Reglamento de Abonados y Usuarios y en el Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones, a los que nos referiremos en extenso más adelante.

El otro título habilitante establecido en la LOT y en sus reglamentos para los prestadores del SVA (que no sea Internet) es el título de “registro” señalado en el Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción y, en cuya ficha técnica se describe el servicio como *“Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija”*. Así, la ficha descriptiva del SVA contenida en el referido Reglamento establece *“Aplica régimen de acceso: Si, acceso por medio de los servicios de telecomunicaciones de telefonía fija o servicio móvil avanzado”*.

Entonces los prestadores de SVA requieren de un título habilitante y de un acuerdo de acceso o conexión con los prestadores del SMA o de telefonía fija (los dos son requisito, no el uno u el otro). Los titulares del título habilitante de registro de SVA son los responsables del servicio, de la facturación, de plataformas comerciales, de la relación con el cliente y el SMA acuerda únicamente el acceso, no pudiendo asumir, ni ser sujeto de transferencia de ARCOTEL la responsabilidad de la facturación, reclamos, contenidos, bases de datos de aceptación previa, bases de datos de listas negativas, etc, como se lo pretende en el Proyecto de Reglamento.

³ Ficha Descriptiva del SMA conforme la Resolución 05-03-ARCOTEL-2016.

Esta explicación se evidencia del siguiente gráfico:



No obstante, lo anterior, en el Proyecto se regula la prestación del SVA como si los integradores de OTECEL requiriesen ser SVA; como requisito para establecer un acuerdo comercial. Esto constituye un desconocimiento al título habilitante del SMA y a la diferencia regulatoria entre un SMA y un SVA. Así, en cada artículo se establecen responsabilidades impertinentes a los operadores del SMA, cuando estas corresponderían al prestador del SVA. La única vinculación entre un SVA con OTECEL, es mediante un acuerdo o disposición de acceso. El SVA es quién realiza la prestación del servicio y como tal es responsable por su prestación, de conformidad con los propios reglamentos emitidos por la ARCOTEL. Así también el SMA es el único responsable por la prestación de su servicio concesionado.

En consecuencia, es contrario al Contrato y a las Normas legales superiores, lo señalado en el Art. 16 del Proyecto de Reglamento. La obligación entre OTECEL y un SVA es suscribir un acuerdo de acceso y como tal no existe verificación alguna que deba realizarse, menos aún pretender que se deje de prestar el servicio que no es de SVA sino de SMA, alterando la Concesión y su equilibrio económico de manera fragante:

“Los prestadores de servicios de telecomunicaciones que tengan contratos en vigencia con los prestadores de servicios de valor agregado, deberán verificar que éstos tengan el título habilitante correspondiente, para continuar con la relación contractual que le permita la difusión de los servicios de valor agregado. En caso que el prestador de servicios de telecomunicaciones mantenga contratos con prestadores de servicios de valor agregado sin título habilitante, deberá terminar de forma inmediata la difusión de los servicios de valor agregado. Para el cumplimiento de este artículo se otorga a los prestadores de servicios de telecomunicaciones el plazo de 15 días”.

Para ejemplificar la confusión regulatoria, el Art 5⁴ del Proyecto de Reglamento impone obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, a través de los cuales se prestan los servicios de valor agregado, como si estos fuesen prestados por los operadores de telecomunicaciones. La evidencia reglamentaria muestra que la única obligación que le corresponde a OTECEL es suscribir un acuerdo de acceso con el SVA tomando en cuenta *“aquellos elementos que sean indispensables para permitir la prestación de un servicio por parte de un operador a través de la red de otro”*⁵ y con base en los costos⁶.

La ARCOTEL no puede imponer nuevas obligaciones, que no nacen de la Ley puesto que no forman parte de los acuerdos y conceptos de “acceso”. Por su puesto la mera propuesta se enmarca en una alteración del Contrato de Concesión, de la LOT, del Reglamento General a la LOT y de los conceptos mismos de la regulación imperantes. A continuación, la precisión correspondiente:

- a) Que el prestador del SMA mantenga un Gestor de servicios de valor agregado, encargado de administrar, gestionar y registrar la información relacionada con la prestación de dichos servicios (numeral 5.2 del Proyecto de Reglamento). Esto está por fuera de los acuerdos de acceso que se limitan a liquidar “cargos de acceso” con base a las mediciones de una y otra parte, de conformidad con los términos pactados. El SVA es el que deberá gestionar y administrar los servicios prestados a sus clientes, no el SMA, nada tiene que ver con ello.
- b) Que el prestador del SMA realice el cobro únicamente por servicios expresamente solicitados / aceptados y contratados por los abonados, clientes o usuarios y efectivamente prestados a un SVA (numeral 5.3 del Proyecto de Reglamento). La relación comercial entre el SMA y el SVA es mediante un acuerdo de cargos de acceso. No es factible ni posible que se le trasladen las obligaciones del SVA con sus clientes, respecto a la facturación y cobro al SMA.
- c) Que el prestador del SMA atienda y solucione los reclamos que presenten los abonados, clientes o usuarios de un SVA que utilice la red del SMA (numeral 5.4 del Proyecto de reglamento). Es decir, se pretende que el prestador del SMA asuma las obligaciones para con los clientes del SVA bajo el control y multas de ARCOTEL por un servicio no prestado y que corresponde a la autorización de otro operador con otro título habilitante.
- d) Que el prestador del SMA implemente los mecanismos necesarios de listas negativas para los clientes que no quieran recibir llamadas o mensajes. Esto le corresponde al prestador del servicio del SVA, que proceda conforme con los

⁴ Existen muchos otros artículos que caen en la misma explicación. Por ejemplo: El Art. 7 que trata de “Autorización del abonado, cliente o usuario”, se menciona que los registros de autorización serán almacenados por el prestador de servicios de telecomunicaciones a través de los cuales se prestan los servicios de valor agregado y estarán disponibles para consulta y fines de control de la ARCOTEL, en línea, por 6 meses. El Art. 8, que señala de las “Cancelaciones de la autorización del abonado cliente Usuario” de un SVA que lo asuma el concesionario de SMA. Cada operador de SVA debe asumir sus obligaciones de gestión sin que ARCOTEL las pueda imputar al SMA.

⁵ Art. 71 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

⁶ Art. 66 de la LOT

derechos y obligaciones especificados en su correspondiente el título habilitante y en los reglamentos pertinentes. No pueden ser endosadas al prestador del SMA por haber suscrito un acuerdo de acceso

Lo expuesto evidencia no solo la alteración de normas legales superiores sino de los conceptos mismos regulatorios:

- De conformidad con las normas legales hay prestadores de SMA que dan servicios de contenidos, aplicaciones, etc por la naturaleza de su título habilitante. El SMA no es un prestador de SVA.
- También existen prestadores de SVA, que deben suscribir un acuerdo de acceso (previamente obtener el título habilitante). Requieren las DOS COSAS. Como tal son responsables de la gestión con sus clientes: facturación, cobro, aceptación previa, reclamos, listas negativas, control de ARCOTEL, etc., que de ninguna manera son endosables al prestador del SMA.
- Finalmente, también existen las personas naturales o jurídicas, que mediante la adquisición de servicios comerciales del SMA, por ejemplo, minutos, SMS o USSD utilizan como integradores, sin estar autorizados para ello. Puesto que de conformidad con la normativa solo pueden ser SMA o SVA. Un tercero no está autorizado para comercializar al público servicios de telecomunicaciones.

Lamentablemente el Proyecto de Reglamento confunde todos estos aspectos y condiciones regulatorias, generando un documento con eventos impertinentes, dependiendo de la condición regulatoria en que se encuentre cada operador económico (SMA o SVA) y ninguna alusión al servicio prestado por terceros que se encuentra al margen de la LOT.

3. De la violación a la neutralidad tecnológica:

El Artículo 3 de la LOT (Ley Orgánica de Telecomunicaciones) establece como objetivo “fomentar la neutralidad tecnológica y la neutralidad de red”. Neutralidad tecnológica corresponde a la prestación de un servicio de manera indistintas a la tecnología. Es decir la tecnología es neutral al servicio prestado. Se regula el servicio y no la tecnología.

El Proyecto de Reglamento regula la prestación del servicio del para quienes cuenten con título habilitante (también pretenden hacerlo para el SMA con los problemas regulatorios antes mencionados), cuando corresponde al uso de la tecnología de “SMS, USSD u otros que se soporten en las redes de telecomunicaciones⁷”. Excluye regular los servicios equivalentes, que se prestan mediante el protocolo IP, y que se soportan en la misma red de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado. Es decir, altera lo dispuesto en la LOT, sin considerar que se trata de una norma inferior.



⁷ Artículo 3 del Proyecto de Reglamento

De manera específica modifica el objetivo mismo de la LOT, que impone a ARCOTEL la obligación de observar el principio de neutralidad tecnológica, que en este caso no ha sido considerado.

4. De la modificación de LOT mediante un reglamento inferior y otras normas legales

La LOT en su artículo 22 numeral 24 señala que es un derecho de los abonados, clientes y usuarios:

“A no recibir mensajes masivos o individuales o llamadas con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista, que no haya sido previa y expresamente autorizados por el cliente, abonado u usuario”.

La LOT en su artículo 23 numeral 8 señala como obligación de los abonados, clientes y usuarios:

“No realizar llamadas o enviar mensajes con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista, que no hayan sido previamente aceptados por el destinatario”.

Del articulado de la LOT se evidencia que no existe excepción alguna, y que en todos los casos se requiere la aceptación previa. Sin embargo, el Proyecto de Reglamento, en el artículo 6, propone alterar lo dispuesto en la LOT, creando excepciones no establecidas. Las excepciones son:

- a) Información comercial relacionada con el servicio contratado (tarifas, precio, saldos, avisos de vencimiento o cortes de facturación).
- b) Información de instituciones del sector público, sistema financiero e instituciones educativas
- c) Otros que determine la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Esto constituye una condición impertinente al establecer excepciones que modifican la LOT.

Por otro lado, la LOT establece como única condición la autorización previa de los abonados y clientes para recibir mensajes, para cualquiera de los fines mencionados. Esta obligación recae en los distintos actores de manera independiente:

- 1) Los abonados y clientes (personas naturales o jurídicas) que pueden hacer llamadas individuales o enviar mensajes masivos, sobre los cuales OTECEL S.A. no tiene responsabilidad alguna ni de control. ARCOTEL en el Proyecto de Reglamento no ha definido como se hace cumplir la LOT.
- 2) Los prestadores del Servicio de Valor Agregado (ejemplo el BCE para dinero electrónico), que han suscrito un acuerdo de acceso (conexión). En este caso, la responsabilidad de obtener la autorización previa de sus clientes para enviar mensajes, le corresponde al prestador del SVA.
- 3) Los prestadores del SMA como parte de su servicio integrado.

El proyecto de Reglamento limita el mecanismo. Esta limitación es evidentemente contra el SMA alterando la Concesión y Reglamentos superiores. El Art. 7 del Proyecto de Reglamento señala:

“La autorización a la que hace referencia este artículo no podrá darse dentro del contrato de prestación del servicio de telecomunicaciones (adhesión) sobre el que se soporta el envío de los mensajes o la realización de llamadas...”

W

En otro contexto, el Art. 9 del Proyecto de Reglamento Señala:

“2. Los mensajes tipo push no deberán ser utilizados para la contratación de servicios que fueren”

El Art. 10 del Proyecto de Reglamento Señala:

“Cuando la prestación del servicio de valor agregado se publicite a través de mensajes autorizados (...), estos deberán ser únicamente de carácter informativo, prohibiéndose en ellos las opciones de aceptación del servicio de valor agregado”.

El Art. 11 del Proyecto de Reglamento establece:

“... debe ser validada con la utilización de un doble OPT IN; para todos los casos, es necesario un SMS de confirmación por parte del usuario”.

Las restricciones antes señaladas no nacen de LOT, al contrario la modifican. La LOT no establece impedimento alguno para que el cliente den la aceptación de recibir información por cualquier medio o para adquirir un producto de manera electrónica, al contrario, la alienta.

Sobre la importancia de la contratación electrónica, ni siquiera vale la pena profundizar en su relevancia, basta decir que hoy es el medio más importante de transacción, a nivel mundial. Es inentendible, y opuesto al desarrollo, que ARCOTEL considere negar los derechos de los usuarios y restringir su uso. Lo que sí se le corresponde a ARCOTEL es verificar la total transparencia para con el usuario, con respecto a la información de contratación electrónica.

Resulta muy grave la restricción del derecho constitucional a la libertad de contratación, establecido en el numeral 16 del artículo 66 de la Constitución en los siguientes términos:

“Art. 66. Derechos de Libertad.- Se reconoce y garantizará a las personas:
(...) el derecho a la libertad de contratación”.

El Proyecto restringe varios canales de contratación (llamadas telefónicas, SMS, USSD, IVR WEB, WAP, etc) violentando lo establecido en el numeral 10 de la LOT que otorgar el derecho a los usuarios a *“elegir con libertad”*. Asimismo, desconoce la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos, instrumento éste de rango legal que reconoce como válida la contratación electrónica a través de mensajes de datos (artículos 44, 45 y 46) y, establece que no se le negará validez a contratación realizadas a través de mensajes de datos. El Proyecto al desconocer determinados medios electrónicos resulta violatorio a esta norma superior, por lo que sería nula en caso de ser emitida en esos términos.

También el artículo 54 del RGLOT reconoce la validez de las contrataciones electrónicas sin limitaciones, en concordancia con lo establecido en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensaje de Datos, estableciendo que:

“Art.54.- Forma de los contratos.- Los contratos de adhesión así como aquellos cuyas cláusulas han sido negociadas de consuno, podrán ser físicos o electrónicos y se regirán a lo establecido en la LOT, en las leyes que normen el comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos; la defensa del consumidor; sus reglamentos correspondientes; y demás normativa vigente.



Sin perjuicio de lo anterior, los servicios complementarios o promociones que deseen contratar los abonados o clientes que tengan vigente un contrato con un determinado prestador de servicio, podrán hacerlo vía telefónica, para lo cual los prestadores del servicio deberán tener constancia de la solicitud del abonado o cliente, debiendo asegurar su plena identificación y la aceptación de las condiciones ofrecidas por el prestador de servicios, de conformidad con lo que establezca la ARCOTEL para el efecto. Los mecanismos descritos anteriormente serán aplicados para la terminación de los contratos y sus anexos”.

Igualmente, el Reglamento de Abonados reconoce todos los medios electrónicos permitidos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (entre los que no se restringen IVR, USSD, SAT PUSH):

“Artículo 5.- Modelo de Contrato.- (...) Para fines de la contratación de servicios en la modalidad pospago, podrán ser válidos todos los medios que aseguren la identificación plena y la aceptación de los términos y condiciones para las partes contratantes. En caso de usar medios electrónicos, los mismos deberán sujetarse a las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”.

En el caso de prepago, el recientemente promulgado Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, establece que:

“Artículo 20.- Sin perjuicio de otros **derechos** y obligaciones reconocidos por la LOT, los títulos habilitantes y el ordenamiento jurídico vigente, se reconocen especialmente los siguientes **derechos** y obligaciones del abonado, cliente o suscriptor:

(...) c. Para la modalidad prepago, se entenderá como aceptación por parte de los abonados o suscriptores la compra del servicio **bajo cualquier modalidad**, para lo cual, las condiciones que se aplicarán deberán ser entregadas o informadas al abonado o suscriptor previo a la compra o adquisición del servicio. El mecanismo de contratación es independiente de la obligación de identificación del abonado o suscriptor previo al inicio de la prestación del servicio”.

De todas las normas legales y reglamentarias anteriormente citadas, se desprende que ARCOTEL a través del Proyecto no puede restringir el derecho de los usuarios a realizar contrataciones electrónicas (SAT PUSH) ni exigir dobles confirmaciones sobre la manifestación de la voluntad de los usuarios. Nótese que esto en el caso de OTECEL sería sobre todos los productos que devienen del SMA. Por ejemplo, cuando el cliente contrata el servicio prepago, este no se activa mientras no se le remita un SMS de confirmación o cuando un cliente está navegando y se le hace conocer que su paquete está por concluir, ante lo cual se le envía un SAT PUSH para que si lo considera adquiera otro paquete. En este caso, a más que no puede contratar en línea, el cliente deberá hacerlo por un medio distinto, dejando de navegar por disposición de ARCOTEL y esperar además un SMS de confirmación. Todo ello no pensado en beneficio del cliente y en los avances tecnológicos.

5. Del desconocimiento de contratos suscritos, de la manifestación de voluntad de los usuarios y la aplicación retroactiva:

El Proyecto, exige la reconfirmación de las contrataciones previas realizadas, legalmente, por los usuarios o abonados y en caso de no haya reconfirmación se procedería a la cancelación. Esto no

sólo violaría normas constitucionales, legales y reglamentarias sectoriales, sino normas civiles que reconoce la primacía de la voluntad de las partes, que los contratos son ley entre las partes (Art. 1561 del Código Civil) y que no pueden ser modificados por terceros (en este caso, por ARCOTEL).

Igualmente, dicha exigencia constituiría una aplicación retroactiva la ley que está proscrita en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que es perjudicial para el usuario y para el operador, según consta en el artículo 7 del Código Civil:

“Artículo 7.- La Ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; (...).”

En atención a lo expuesto, se evidencia que ARCOTEL al emitir la referida normativa debe respetar las contrataciones válidamente realizadas por los usuarios o abonados y no tiene competencia alguna para invalidar las manifestaciones de voluntad realizadas por los usuarios a través de mensajes de datos o medios electrónicos para contratar los servicios. Caso contrario, tales normas serían nulas por violación de normas civiles.

6. De la necesidad de regular y sancionar la piratería por parte de emisores de mensajes no autorizados:

Existen gran cantidad de SMS no autorizados (no cuentan con un SVA o no tienen un acuerdo comercial con OTECEL), suponemos que al menos el 50%. Estos lo comercializan terceros. La reglamentación establece que para prestar un servicio de telecomunicaciones se requiere de un título habilitante o un acuerdo comercial con el SMA. En estos casos estos terceros carecen de dichos requisitos legales. Se caracterizan por:

- No utilizan OPTIN.
- Envían en cualquier horario.
- Envían con cualquier frecuencia y, por ende, varios impactos al usuario en el mismo día.
- Los textos pueden ser de cualquier tipo: promociones engañosas, fraude, proselitismo político e incluso contenido de adultos.

El Proyecto omite establecer regulaciones para controlar el uso indebido de estos terceros. Es nuestra opinión, que indirectamente lo incentiva, puesto que, ante tantas restricciones y complejidad para los operadores formales, es obvio que se moverán hacia el margen legal. Las empresas no dejarán de hacer publicidad por medios digitales (son los que mayor impacto generan en la audiencia). Con lo cual, esta propuesta solo conseguirá que aumenten las quejas de los clientes, en lugar de disminuirlas, dado que crea regulación innecesaria y confusa que vuelven muy complejo el entorno de mantener el servicio.

Alentamos por una propuesta adecuada, que vaya en beneficio del mercado, de los usuarios y del Estado. El objetivo compartido por todos estos actores debe ser que se promueva mayor inversión, mayor innovación y mayor competencia (ello se consigue respetando los Contratos, la aplicación de las normas y los conceptos regulatorios usuales). Con ello los usuarios maximizan sus beneficios al igual que el sector productivo que utiliza como insumos los productos de telecomunicaciones. La propuesta reglamentaria, al contrario de lo que propone debería considerar, por lo menos, los siguientes aspectos:

- Intensificar el uso de medios de contratación electrónicos en tiempo real, bajo el entendido (sin discusión) que el cliente cuente con la información necesaria y suficiente para que conozca el servicio precio y características del servicio que está contratando.

- Campaña de difusión a los clientes, para que tome conocimiento que si opta por no recibir información, será de todo tipo: entidades públicas, bancos, servicios de telecomunicaciones, promociones de terceros, promociones por geolocalización, etc. Los sistemas técnicos no permiten establecer salvedades para unos casos que sí y para otros que no.
- Incentivar el desarrollo de aplicaciones locales, considerando que el mayor incentivo es que su comercialización y contratación electrónica. Caso contrario Ecuador estará apartado del desarrollo del mundo digital por su propia exclusión.
- Regular el envío de mensajería masiva desde códigos cortos, y el bloqueo inmediato de mensajes masivos desde números largos.
- Horarios y frecuencia de promoción, para no afectar la sensibilidad del usuario.
- Política de OPT-OUT

Lamentablemente la propuesta normativa es en sentido contrario, modificando la visión de desarrollo del Plan Nacional de Telecomunicaciones que se encuentra oficialmente expedida por el MINTEL

7. De la restricción inconstitucional de la libertad comercial de los operadores del SVA:

La norma desconoce que, cada servicio tiene sus particularidades comerciales, en el caso de la prestación de contenidos, el canal comercial por definición es el electrónico. No cabe ni siquiera pensar que el proyecto promueva la comercialización en centros de atención presenciales. Para el caso de SMA sería para todos los servicios, que hoy en día son por canales electrónicos. Esta realidad es discordante con la naturaleza del servicio que se presta y los beneficios que otorga la tecnología.

Así, el canal electrónico es el único medio adecuado y eficaz con el que cuentan los prestadores de contenidos (también del SMA) para ofertar, publicitar, comercializar y ofrecer sus servicios. Si se restringe la posibilidad de emitir este tipo de mensajes se está coartando la libertad económica y comercial de los prestadores de servicios. Lo que corresponde es promover emprendimientos, *start ups* y nuevos negocios que contribuyan al desarrollo del país.

8. De los contratos

En el contrato de adhesión de pospago vigente aprobado por el regulador se permite que el cliente manifieste su consentimiento a recibir publicidad, SMS Premium y similares. De cara al mundo digital y la simplificación de trámites no tiene sentido exigirle al cliente trámites posteriores a la firma del contrato o prohibir que manifieste su aceptación a través de medios electrónicos o mensajes de datos reconocidos por la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y, además reconocido a nivel sectorial.

Si se permiten medios electrónicos para la contratación de servicios, la autorización para recibir SMS Premium o publicidad también puede darse igualmente por medios electrónicos o en las condiciones de prepago (como sucede en el caso de CONECEL, S.A. y que se ha aplicado a OTECEL, S.A.). Es decir, cualquier manifestación de voluntad o autorización puede darse por medios electrónicos:

h

“Artículo 5.- Modelo de Contrato.- (...) Para fines de la contratación de servicios en la modalidad pospago, podrán ser válidos todos los medios que aseguren la identificación plena y la aceptación de los términos y condiciones para las partes contratantes. En caso de usar medios electrónicos, los mismos deberán sujetarse a las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”.

En el caso de prepago, el recientemente promulgado Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, establece que:

Respecto a la información del cliente, la norma exige datos que no se pueden incluir en un mensaje por razones técnicas (150 caracteres) y, además, ya la operadora tiene los datos del cliente en su base de datos, por lo que es totalmente innecesario e ineficaz exigir tales datos al momento de la autorización. Esta exigencia es totalmente irracional, ineficaz y de imposible cumplimiento en el caso de los medios electrónicos.

Nuevamente, solicitamos que se regule el escenario de la prestación del SVA por parte del poseedor de un título habilitante de registro de SVA que usa el acceso de otro operador y es responsable por el servicio. En tal caso, cuáles serían los mecanismos para obtener la autorización, se le va a exigir al SVA montar centros de atención presenciales? O se le permitirán todos los medios electrónicos permitidos por el ordenamiento jurídico vigente?

Se evidencia una violación de la libertad comercial de los operadores del SMA y del SVA de ofertar y vender sus productos a través de canales digitales válidos en Ecuador, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Con ello, se está haciendo inviable el negocio de contenidos y SMS Premium en Ecuador y complicando la contratación de otros servicios del SMA que se realizan a través del SAT PUSH.

a. Modificación de Indicadores (artículo 12):

Según el contrato de concesión y la normativa vigente, cualquier reclamo debe ser tramitado en un tiempo máximo de quince (15) días, por lo que no procede el reintegro inmediato hasta tanto el operador conozca y tramite el reclamo en el tiempo en el cual tiene derecho.

No tiene sustento técnico ni legal que se exija la entrega del servicio o contenido en cinco (5) minutos puestos que la entrega del servicio depende siempre de las bases y condiciones del servicio ofertado por el operador y contratado/aceptado por el cliente. Lo que debe cumplir el operador son las condiciones de tiempo que haya establecido previamente en las condiciones aceptadas por el cliente, ARCOTEL no puede limitar la libertad de los operadores de diseñar sus productos y las condiciones que aplican a éstos y que son aceptadas expresamente por los clientes. Además, puede darse el caso de que el celular esté apagado, se encuentre sin batería o fuera de zona de cobertura y jamás podría cumplirse ese tiempo de cinco (5) minutos.

Estos comentarios se los realiza al amparo de las normas regulatorias vigentes al igual que del contrato de concesión con el único objeto de que se cuente con una regulación predecible que favorezca al desarrollo del sector de telecomunicaciones.

Atentamente,



Hernán Ordóñez Castro
VICEPRESIDENTE REGULATORIO

