

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2017- 0158

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL, NIEGA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2016.

CONSIDERANDO

I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1 TÍTULO HABILITANTE - ADMINISTRADO

CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP

El 01 de junio de 2011, el Estado Ecuatoriano a través del Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, mediante Resolución TEL-406-10-CONATEL-2011, emitió el título habilitante: "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES" a favor de la Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP; inscrito en el Tomo 92 a Fojas 9209 del Registro Público de Telecomunicaciones de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, conjuntamente con sus anexos **A, B, C** y sus respectivos Apéndices; a cuya totalidad de términos, condiciones y plazos se sujetó en forma expresa en la misma fecha, así como a lo dispuesto en la Legislación Aplicable y Ordenamiento Jurídico Vigente.

Con Resolución Nro. TEL-267-11-CONATEL-2012 expedida el 15 de mayo de 2012, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL aprobó el texto de los anexos: **D**, Condiciones para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado; **E**, Condiciones para la Prestación del Servicio Portador; y, **F**, **Condiciones para la Prestación del Servicio de Valor Agregado de Internet**, los mismos que se incorporan como parte integrante e inseparable de las "Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones" otorgadas a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP el 1 de junio de 2011.

1.2 ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 expedida el 10 de noviembre de 2016, por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la cual fue notificada a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, el 15 de noviembre de 2016, según se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0411-M de 21 del mismo mes y año, y que consta a fojas 112 del expediente del procedimiento administrativo sancionador.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

AUTORIDAD Y COMPETENCIA

2.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. (...) 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas (...) El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias



para su pleno reconocimiento y ejercicio. (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)" (Negrita fuera del texto original).

"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: "1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos." (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

"Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor". (Subrayado fuera del texto original).

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

"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. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial." (Subrayado fuera del texto original).

"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." (Negrita fuera del texto original).

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

"Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley."

"Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá



que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”.

2.2 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Art. 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios. Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (...) 1. A disponer y recibir los servicios de telecomunicaciones contratados de forma continua, regular, eficiente, con calidad y eficacia. 2. A escoger con libertad al prestador del servicio, el plan de servicio, así como a la modalidad de contratación (...) 5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. (...) 24. A no recibir mensajes masivos o individuales o llamadas con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista, que no hayan sido previa y expresamente autorizados por el cliente, abonado o usuario.- En aplicación de los principios de progresividad y de no regresividad, se podrán establecer nuevos derechos a favor de los usuarios y abonados o regular la aplicación de los establecidos en esta Ley, sin menoscabarlos o disminuirlos.- Los derechos de los abonados y usuarios señalados no excluyen otros que se establezcan en el ordenamiento jurídico vigente. (...)”.

“Artículo 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.- Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: (...) 2. Prestar el servicio de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes. 3. Cumplir y respetar esta Ley, (...) 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...) 17 (...) Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas para efectos de garantizar el servicio. 18. Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas. (...) 27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas (...) 28. Las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes (...)”.

“Art. 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. (...)”.

“Art. 117.- Infracciones de primera clase. (...)

“b. Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos 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.”.

“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. (...)”.



“Art. 125.- Potestad sancionadora.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.”

El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“Art. 126.- Apertura.- Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador. Dicho acto deberá indicar (i) los hechos que presuntamente constituyen la infracción, (ii) la tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas, (iii) las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia, así como (iv) el plazo para formular los descargos. (...)”

“Art. 129.- Resolución. El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas. (...)”

“Art. 134.- Apelación.- La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.- Dicho funcionario tendrá el plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite. La apelación no suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“Art. 142.- 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.”

“Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.- Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 8 “Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador. (...)” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

2.3 CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, a favor de la Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP; inscrito en el Tomo 92 a Fojas 9209 del Registro Público de Telecomunicaciones de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

“ARTÍCULO 18.- Suscripción de contratos con terceros.

“18.1 La Empresa Pública, podrá negociar y suscribir los convenios y contratos con terceros que sean necesarios o convenientes para la ejecución de este instrumento, con sujeción al Ordenamiento Jurídico Vigente. Así mismo, la Empresa Pública podrá suscribir contratos de reventa para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, sujetándose al ordenamiento Jurídico Vigente.



18.2 La celebración de estos contratos no exime a la Empresa Pública del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente instrumento, ni de las establecidas en el ordenamiento Jurídico Vigente.

18.3 En cualquier caso, la Empresa Pública **siempre será la responsable** ante los abonados/clientes-usuarios organismos de administración, regulación y control, por la prestación de los servicios contemplados en el presente instrumento en los términos definidos en el presente instrumento y el Ordenamiento Jurídico Vigente.

18.4 Los contratos o acuerdos que la Empresa Pública suscriba con terceros, incluyendo los de reventa, no podrán contener estipulaciones que de alguna manera limiten parcial o totalmente dicha responsabilidad o transfieran los derechos y obligaciones que asume por efectos de este instrumento.” (Negrita fuera del texto original).

“DECLARACIÓN DE SUJECCIÓN:

César Regalado Iglesias, en mi calidad Gerente General y como tal representante legal de la Empresa Pública **CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - CNT EP**, y en nombre de ésta, en forma expresa me sujeto a la totalidad de los términos, condiciones y plazos contenidos en el presente instrumento, sus Anexos y Apéndices, así como a lo dispuesto en la Legislación Aplicable y Ordenamiento Jurídico Vigente.” (Subrayado fuera del texto original).

2.4 RESOLUCIONES DE LA ARCOTEL

2.4.1 Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: “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.”.

2.4.2 ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL No. 09-05-ARCOTEL-2016 Y PUBLICADO EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 800 DE 19 DE JULIO DE 2016.

El artículo 10, numeral 1.3.2.3 y acápites II y III letra b), establecen que son atribuciones y responsabilidades del Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otras: “(...) b) Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública. (...)” (Subrayado fuera del texto original).

2.5 INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL

“Art. 1.- El presente instructivo tiene por objeto normar la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, para el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida legalmente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; los títulos habilitantes y demás normativa aplicable.”.

En consecuencia, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, ejerce competencia para conocer y resolver el presente Recurso de Apelación, en cumplimiento de los artículos 134 y 148, número 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, el Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, tiene la atribución y responsabilidad para sustanciar Recursos Administrativos de Apelación en observancia del artículo 10, numeral 1.3.2.3, y acápites II y III letra



b), del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

- 3.1 El trámite interno para la sustanciación del recurso de Apelación respecto a las resoluciones del procedimiento administrativo sancionador en la vía administrativa, se encuentra previsto en los artículos 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 36, 37 y 38 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en todo aquello que no contrarie y no se oponga al texto de las normas legales y reglamentarias.
- 3.2 A través del memorando No. ARCOTEL-CCDS-2016-0041-M de 10 de agosto de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, remite a la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-010 de 5 de agosto de 2016, en el cual se concluye y recomienda lo siguiente:

- 6 CONCLUSIONES

De las pruebas ejecutadas se evidenció que a los abonados de la operadora CNT EP se les proporcionó información incorrecta, ya que se ofertó al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje; sin embargo, el servicio que se entregó al usuario fue la suscripción a contenido Premium para adultos con un costo diario. Además, el abonado, cliente o usuario, no recibió información clara y precisa respecto a las condiciones y valores finales a ser cobrados por el servicio; en las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenida especifican únicamente el valor a ser cobrado por la entrega de contenido pero no mencionan la frecuencia con la cual se le descontará de su saldo dicho valor (diaria, semanal, mensual) tampoco se indicó la forma de cancelar el servicio (de-suscripción).

- 7 RECOMENDACIONES

Poner en conocimiento de la Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL, para los fines pertinentes."

- 3.3 El 26 de agosto de 2016, el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004, sustentado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0010 de 5 de agosto de 2016 que contiene el resultado del control sobre la "Prestación de Servicios de Valor Agregado (SMS Premium) a través de la red de la operadora CNT EP; relacionado con la entrega de información clara y precisa al abonado/cliente y usuario."; y, en el Informe Jurídico No. ARCOTEL02-A-2016-004 de 25 de agosto de 2016.
- 3.4 El 10 de noviembre de 2016, el Coordinador Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, dictó la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 en la cual se determinó que la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, no ha justificado ni desvirtuado, el hecho imputado en el procedimiento administrativo; es de decir, proporcionó información incorrecta, ofertando al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje, no obstante el servicio que entregó al usuario fue la suscripción a contenido Premium para adultos con un costo diario, por lo que incurrió en la infracción de primera clase, prevista en el artículo 117, letra b), numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, se le impuso la sanción económica de DIECISIEN MIL NOVECIENTOS NUEVE DÓLARESS 03/100 (USD \$ 16.909.03) de los Estados Unidos de América.
- 3.5 Según se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0411-M de 21 de noviembre de 2016, la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, fue notificada de manera formal y auténtica el 15 de noviembre de 2016, con el contenido de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016.



- 3.6 El señor Enrique Arosemena Robles, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, mediante oficio No. 20161244 ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E de 2 de diciembre de 2016, dirigido a la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, interpuso "RECURSO DE APELACIÓN" en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016.
- 3.7 En atención a la petición de suspensión del pago de la multa, solicitado a través del Recurso de Apelación presentado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 2 de diciembre de 2016 con oficio No. 20161244, con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013, a través del oficio No. ARCOTEL-DEAR-2016-0252-OF de 29 de diciembre de 2016, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, señaló entre otros aspectos: "(...) De conformidad al artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 189, numerales 1 y 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE merece analizar la procedencia o no de la solicitud de suspensión del pago de la multa establecida en el artículo 3 de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

Respecto de la suspensión de la ejecución del acto administrativo Roberto Dromi¹, en su obra denominada "Derecho Administrativo", señala:

"4.3 Causas. La eficacia y la ejecución del acto quedarán suspendidas cuando lo exigen razones de interés público o para evitar perjuicios graves, o se invoque una ilegalidad manifiesta. Ello sin perjuicio de que: a) una norma expresa otorgue efectos suspensivos a los recursos que se interpongan contra el acto administrativo, y b) la ley o la naturaleza del acto exijan la intervención judicial, o sea, que la Administración no puede ejecutar el acto por sí y ante sí, sino por vía judicial, por ejemplo, un desalojo.- Por lo tanto las causas por las que procede la suspensión son:

a) **Razones de interés público.** Si bien la ley no siempre determina con precisión los alcances de la fórmula elástica de contenido discrecional, "razones de interés público", hay que interpretar que, entre otros casos, ella no procede en los supuestos en que la ejecución del acto determine:

- 1) la suspensión de un servicio público;
- 2) la suspensión del uso colectivo de un bien afectado al dominio público;
- 3) una subversión de la moral necesaria en el orden disciplinario o jerárquico;
- 4) una traba en la percepción regular de contribuciones fiscales y
- 5) si hubiere peligro de grave trastorno del orden público, seguridad, moralidad o higiene pública.

Por lo demás, las llamadas "razones de interés público" traducen un criterio de mera oportunidad o simple conveniencia que permite la suspensión del acto, pero sólo en sede administrativa, no en sede judicial, pues el órgano judicial sólo fiscaliza aspectos atinentes a la "legitimidad", no a la "oportunidad" o el mérito.

b) **Perjuicios graves.** En un principio para fundamentar la suspensión, se invocó el criterio del daño irreparable. En cuyo mérito procedía la suspensión cuando se daba esa situación. Tal criterio se abandonó, porque el Estado no puede producir nunca "perjuicios irreparables", dada su indiscutida condición de solvencia material (fiscus Semper solvens). Por otra parte, no se podía aguardar a que el daño se produjera, y se perfeccionara, por ende, la violación del orden jurídico para obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo.- Después se utilizó la fórmula "daño de difícil o imposible reparación" y "daño proporcionalmente mayor que los perjuicios que la suspensión" irrogaría a la autoridad pública, y ahora simplemente se habla de perjuicios graves. Se entiende por ello que el acto debe suspenderse cuando su cumplimiento produce mayores perjuicios que su suspensión, a juicio de la Administración Pública. Este criterio tiene, desde luego, un carácter contingente, aunque de rigor jurídico,

¹ DROMI ROBERTO 2006. Derecho Administrativo. Buenos Aires; Editorial ciudad Argentina Hispania Libros; p. 390, 392 y 393.



impuesto por los límites de la actividad discrecional y los principios de equidad que rodean el caso concreto. (...).” (Subrayado fuera del texto original).

En el caso que nos ocupa, el acto impugnado es el resultado de la aplicación cabal del ordenamiento legal y las obligaciones establecidas en el título habilitante, por tanto no se considera que pueda causar al recurrente perjuicio, peor aún que estos sean de imposible o difícil reparación.

Por lo expresado antes, le comunico que, resulta jurídicamente improcedente suspender el pago de la multa establecida en el artículo 3 de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, dictada por el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.”.

3.8 Mediante providencia de 15 de febrero de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en lo principal dispuso: **“AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL.- DIRECCIÓN DE IMPUGNACIONES.-** Quito, a 15 de febrero de 2017, a las 09h00.- **RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013.- (...).** **PRIMERO:** Agréguese al expediente el oficio No. 20161244 recibido en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones el 2 de diciembre de 2016 con el Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E, cuyo contenido se tomará en cuenta al momento de resolver.- **SEGUNDO:** Atendiendo lo solicitado, en el acápite IX del oficio No. 20161244, de conformidad con el artículo 151 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se señala para el día **miércoles 22 de febrero de 2017, a las 9h30**, para que se realice la audiencia solicitada y formulen las alegaciones, presente documentos y justificativos que estimen procedentes. La diligencia se efectuará en el cuarto piso del edificio OLIMPO (Av. 9 de octubre N27-75 y Berlín de la ciudad de Quito), de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en la Dirección de Impugnaciones.- El tiempo de duración para que la empresa recurrente presente sus alegaciones será de treinta minutos. **TERCERO.-** De conformidad con el artículo 183 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, para que en el término de siete (7) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de esta providencia, remita el informe técnico respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación presentada.- **CUARTO:** En virtud del requerimiento antes señalado, por ser determinante en el contenido de la resolución, al amparo de lo señalado en el artículo 115, numeral 5, letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para resolver en quince (15) días hábiles.- (...).” (Subrayado fuera del texto original).

3.9 Del Acta de la Audiencia agregada al expediente, consta que la misma se efectuó el día 22 de febrero de 2017, a las 09H35, ante el Delegado del Director de Impugnaciones de la ARCOTEL, con la intervención de dos abogados de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, quienes se ratificaron en los argumentos señalados en el escrito de impugnación.

3.10 A través del memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0082-M de 23 de febrero de 2017 la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL remitió a la Dirección de Impugnaciones el Criterio Técnico No. ARCOTEL-CCDS-2017-0082-M de 23 de febrero de 2017.

IV ANÁLISIS DE FONDO

4.1 RESOLUCIÓN APELADA

El Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, luego de la sustanciación del respectivo procedimiento administrativo sancionador, en ejercicio de sus



atribuciones y dentro de la esfera de su jurisdicción y competencia², dictó la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, en la que se resolvió lo siguiente:

"(...) Artículo 2.- DECLARAR que la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, con RUC 1768152560001, no ha justificado ni desvirtuado, el hecho imputado en el presente procedimiento administrativo; es de decir, proporcionar información incorrecta, ofertando al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje; sin embargo de lo cual, el servicio que se entregó al usuario fue la suscripción a contenido Premium para adultos con un costo diario, por lo que se configura la infracción administrativa atribuida en el procedimiento administrativo sancionador, iniciado con la emisión del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004, lo cual se constituye en una infracción prescrita en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que manifiesta: Art. 117.- Infracciones de Primera Clase.- **b. Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones.**" (Lo resaltado me pertenece)

Artículo 3.- IMPONER a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, la sanción económica, de acuerdo a lo previsto en el artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el valor de DIECISIEN MIL NOVECIENTOS NUEVE DÓLARES 03/100 (USD. \$ 16.909,03) (...)"

4.2 ARGUMENTOS DE LA OPERADORA

La Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, mediante oficio No. 20161244 ingresado el 2 de diciembre de 2016 en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E, argumentando en lo principal, lo siguiente:

"(...) V. ANTECEDENTES DEL RECURSO

1. El Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ2-2016-0004 instaurado por ARCOTEL se fundamentó en el resultado del informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-010 de 05 de agosto de 2016, emitido por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones (...)
2. Mediante el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004, de 26 de agosto de 2016, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control notificó a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, el 26 de agosto de 2016 sobre el inicio del procedimiento sancionador (...)

VI FUNDAMENTOS DE HECHO DEL RECURSO DE APELACIÓN (...)

1. **REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN ARCOTEL-CZO2-2016-0013.- (...)**

ANÁLISIS DE LA CNT EP: (...)

En base a ello, la CNT EP reitera su explicación respecto al mecanismo que utilizan los prestadores del Servicio de Valor Agregado (SMS Premium), para ofertar, contratar y brindar el

² ALARCÓN Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, España, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Primera Edición, 2007, pág. 100, señala: "Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia." (Negrita y subrayado fuera del texto original).



servicio a fin de que esta vez, se efectúe un mayor análisis al momento de resolver el Recurso de Apelación:

a. Explicación del mecanismo del Servicio de Valor Agregado (SMS Premium) provisto por los integradores.

(...) Los prestadores del Servicio de Valor Agregado (integradores) son quienes envían el SMS Premium de diversa naturaleza a los usuarios del servicio móvil que hayan **solicitado y aceptado previamente** recibir el contenido. Ejemplo de ellos puede ser música, juegos, concursos, noticias, campañas solidarias, etc.

(...) La suscripción a mensajería SMS Premium, se realiza cuando el usuario envía un mensaje de texto al número correspondiente del prestador del Servicio de Valor Agregado (integrador). Este mensaje inicial es contestado con un mensaje de bienvenida, el cual no tiene costo alguno para el usuario que solicita la suscripción. Una vez concretada la suscripción, el usuario acepta las condiciones del servicio solicitadas al proveedor (integrador).

La regularidad con la que el abonado recibirá información, así como el cobro dependerá de las condiciones establecidas en la contratación previa realizada por el usuario. Estas condiciones son ajenas al prestador del servicio móvil (CNT EP), el cual simplemente sirve de enlace entre el usuario del servicio de valor agregado y el prestador de estos servicios (integrador).

De esta forma, el usuario del servicio de valor agregado es responsable de conocer las condiciones en las cuales contrató el servicio y los mecanismos establecidos en el caso que requiera dar por finalizado el mismo.

La operadora del servicio de telecomunicaciones **realiza el cobro de acuerdo a la información contenida en los CDR's, los cuales indica que se ha realizado la transmisión de la información correspondiente a la contratación previa realizada por el usuario.**

Realizada la explicación del mecanismo empleado en el Servicio de Valor Agregado SMS Premium, a continuación en la imagen siguiente se expone de manera gráfica su funcionamiento. (...)

"Para una mayor explicación del funcionamiento detallado en el gráfico se expone lo siguiente:

- El usuario (1) realiza el envío del mensaje de suscripción con una determinada palabra a un número corto. Este es un mensaje de suscripción sin costo.
 - El mensaje generado por el usuario suscriptor es enviado a través de la red de la CNT EP(a); al momento de cursar por la SMC se realiza la consulta a la plataforma de cobro OCS (Billing Online) que contiene las condiciones predefinidas por el integrador respecto a las reglas de cobro.
 - El mensaje es recibido por el sistema del Integrador (b)
 - Al ser la CNT EP el medio por el cual se envía el mensaje, se produce el registro del respectivo CDR en las plataformas de la CNT EP de entrega exitosa del mensaje SMS.
 - El Integrador(2) envía un primer mensaje de regreso hacia el usuario suscriptor.
 - Se genera desde el Integrador el mensaje de bienvenida, mismo que es enviado a través de la red CNT EP(c); al momento de cursar por la SMC se realiza la consulta a la plataforma de cobro OCS (BillingOnline) que contiene las condiciones pre-definidas por el integrador respecto a las reglas de cobro.
 - El mensaje de bienvenida es recibido por el usuario suscriptor. (d)
- (...)

- **Confidencialidad de la información cursada a través de las redes de las operadoras.**

(...) En las Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones suscrito a favor de la Corporación Nacional de las Telecomunicaciones – CNT EP., se señala en su artículo 8 lo siguiente:



"Inviolabilidad y secreto del contenido de las telecomunicaciones y protección de la información.

8.1 La empresa Pública mantendrá el secreto de la información cursada a través de su red y no podrá interceptarla o interferirla, divulgarla, publicarla o utilizar indebidamente su contenido.

8.7 Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, la Empresa Pública no es responsable del contenido de la información cursada por terceros de sus redes"

(Lo subrayado y en negrilla me pertenece)

Adicionalmente, en concordancia a lo expuesto en los párrafos anteriores el Código Integral Penal (COIP) al respecto de la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos; señala que la CNT EP podrá revisar el contenido que remite el integrador mediante la red de la Empresa Pública, solamente mediante orden judicial de la autoridad competente.

Para mayor entendimiento, a continuación se transcribe el artículo 476 del Código Integral Penal (COIP) que manifiesta:

"... Art. 476.- Interceptación de las comunicaciones o datos Informáticos.- La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación"

Al respecto de lo señalado en la Constitución de la República, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en las condiciones Generales de la CNT EP, y el Código Integral Penal (COIP), se tiene a bien indicar lo siguiente:

- Conforme se ha indicado a la ARCOTEL en varias ocasiones, la CNT EP no tiene la atribución, ni la autorización para conocer la información que se cursa a través de su red, por parte de un prestador del Servicio de Valor Agregado hacia un usuario que contrató dicho servicio.
- El usuario que haya aceptado las condiciones de un Servicio de Valor Agregado (Integrador), pasa a ser usuario de ese servicio; por lo tanto, el prestador de la red de acceso (CNT EP) desconoce las condiciones del servicio contratado por el usuario. (...)
- La CNT EP a través de los CDR's expuestos en la contestación del Acto de Apertura, demostró la comunicación que existió entre el prestador del Servicio de Valor Agregado (integrador), con el usuario que contrató dicho servicio (...)

1.2 Análisis de los argumentos jurídicos expuestos por ARCOTEL, sobre las pruebas presentadas por la CNT EP. (...)

Al respecto de lo señalado por el Coordinador Zonal 2, es pertinente que se considere que la Empresa Pública tiene únicamente la responsabilidad frente a sus usuarios, es decir aquellos que contraten los servicios que brinda y tiene autorizado la operadora, ya sea que la contratación se la efectúe a través de reventa o por terceros. Sin embargo como se indicó anteriormente, la CNT EP no tiene autorizado, ni brinda el Servicio de valor Agregado de SMS Premium, y sólo presta su red como acceso, razón por la cual no tiene responsabilidad alguna sobre los usuarios que contraten este tipo de servicio; particular que no fue autorizado por la ARCOTEL.

Es claro que la ARCOTEL debió haber realizado este análisis, en base a lo señalado en el artículo 8 numeral 8.7 de las CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES suscrito a favor de la CNT EP, el cual indica lo siguiente:

"... La Empresa Pública no es responsable del contenido de la información cursada por terceros a través de sus redes." (Subrayado y en negrilla me pertenece)

En relación a este numeral se aclara a la ARCOTEL, que CNT EP no es responsable frente a los usuarios que hayan contratado un Servicio de Valor Agregado de Audio Texto y SMS Premium que es prestado por un proveedor (integrador). Es importante tomar en cuenta que, **la CNT EP solamente es responsable del funcionamiento del canal de transmisión por el cual el integrador envía la información a sus usuarios, y NO del contenido que el proveedor suministra a sus usuarios.**

Por lo tanto, las aseveraciones que realiza el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, respecto a la responsabilidad de la CNT EP frente a sus usuarios, queda totalmente desvirtuada toda vez que se ha indicado de manera enfática que la Empresa Pública, **NO** es responsable del contenido de la información del Servicio de Valor Agregado Audio Texto Premium que cursa a través de su red. (...)

CONCLUSIONES DE CNT EP:

- La ARCOTEL al haber sancionado a la CNT EP bajo el argumento de que es la Empresa Pública la responsable de la prestación del Servicio de Valor Agregado tipo SMS Premium, cuando ésta es únicamente el medio de transmisión de los mensajes que envía el proveedor de este servicio que no brinda, por cuanto queda demostrado que este servicio es prestado por un tercero.
- LA ARCOTEL, siendo responsable de hacerlo, hasta el momento no ha emitido la normativa para el Servicio de Valor Agregado incluyendo Audio Texto y SMS Premium, por lo tanto es inadmisibles que se haya sancionado a la CNT EP por un servicio que no está normado y pero aún no es brindado por la Corporación.(...)

IX PRETENSIÓN CONCRETA QUE SE FORMULA

Por todo lo expuesto, comparezco ante usted y solicito lo siguiente: (...)

- Se suspenda el pago de la multa establecida en el artículo 3 de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013; mediante primera providencia, en base al artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y el artículo 189 del ERJAFE, hasta que ARCOTEL resuelva el recurso de apelación planteado por la Empresa Pública; toda vez que el organismo de regulación y control multó de forma ilegítima e ilegal a la CNT EP, ya que dicha sanción causaría perjuicio de imposible o difícil reparación, una vez que se ha demostrado que la operadora no ha cometido ninguna infracción a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- Dispóngase el archivo del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador N° ARCOTEL-CZ2-2016-004, toda vez que se ha demostrado que la CNT EP no es responsable del contenido de la información cursada por terceros a través de su red de acceso, y no tiene la potestad para revisar la misma. (...).

4.3 MOTIVACION

4.3.1. ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0082-M de 23 de febrero de 2017, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, realiza el análisis de los argumentos presentados por la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, mediante oficio No. 20161244, recibido con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E, específicamente sobre los argumentos relacionados con los hechos sucintamente expuestos en el Acto de Apertura que motivan la incoación del procedimiento, emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

“(...) 2. ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN TÉCNICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, en cumplimiento a lo requerido en el memorando ARCOTEL-DEDA-2017-0280-M, manifiesta lo siguiente:



a) **Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-0013**

Mediante Resolución ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, la Coordinación Zonal 2, entre otros aspectos señala:

"1.2. FUNDAMENTO DE HECHO (...) se conoce el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0010 de 5 de agosto de 2015, relacionado con la Validación de Pruebas y Procedimiento utilizado por la CNT EP, para Ofrecer Servicios de Valor Agregado a través de SMS Premium, en el cual se concluye respecto de la Empresa Pública CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT: "... De las pruebas ejecutadas se evidenció que a los abonados de la operadora CNT EP se les proporcionó información incorrecta, ya que se ofertó al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje; sin embargo, el servicio que se entregó al usuario fue la suscripción a contenido Premium para adultos con un costo diario. Además, el abonado, cliente o usuario, no recibió información clara y precisa respecto a las condiciones y valores finales a ser cobrados por el servicio; en las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenida especifican únicamente el valor a ser cobrado por la entrega de contenido pero no menciona la frecuencia con la cual se descontará de su saldo dicho valor (diaria, semanal, mensual), tampoco se indicó la forma de cancelar el servicio (de-suscripción)"

Como se puede apreciar el hecho que originó la apertura del procedimiento administrativo sancionador fue el proporcionar información incorrecta e incompleta al abonado, cliente o usuario, dando lugar a la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-0013.

b) **Mecanismo del Servicio de Valor Agregado**

Con oficio Nro. 20161244 de 02 de diciembre de 2016 la operadora CNT EP manifiesta lo siguiente:

"(...) Los prestadores del Servicio de Valor Agregado (integradores) son quienes envían el SMS Premium de diversa naturaleza a los usuarios del servicio móvil que hayan **solicitado y aceptado previamente** recibir el contenido. Ejemplo de ellos puede ser música, juegos, concursos, noticias, campañas solidarias, etc.

"(...) La suscripción a mensajería SMS Premium, se realiza cuando el usuario envía un mensaje de texto número correspondiente del prestador del Servicio de Valor Agregado (integrador). Este mensaje inicial es contestado con un mensaje de bienvenida, el cual no tiene costo alguno para el usuario que solicita la suscripción.

"(...) Para una mayor explicación del funcionamiento detallado en el gráfico se expone lo siguiente:

- El usuario (1) realiza el envío del mensaje de suscripción con una determinada palabra a un número corto. Este es un mensaje de suscripción sin costo."

En el oficio Nro. 20161244, la operadora señala en varias ocasiones que el proceso de suscripción al servicio de contenido Premium, inicia con un mensaje remitido por el abonado, cliente o usuario; sin embargo, en el informe IT-CCDS-RS-2016-010 de 05 de agosto de 2016, señala lo siguiente:

"No te olvides que eres parte del CLUB. **Envía GANAR al 6699 y participa x RECARGAS DE 5 USD O 500 USD por mes.** Descarga lo mejor del futbol. 0,35+imp c/msj" (Lo resaltado me pertenece)

Como se observa nuevamente se invita al usuario/abonado –cliente a participar por recargas al enviar la palabra "GANAR" al código corto 6699.

(...)

- a) Se realizó una prueba de cancelación (de-suscripción) enviando la palabra "Baja" al 37910 y retorna inmediatamente un mensaje de: "Has cancelado Club FCBarcelona", en el cual, por



tercera vez invita al usuario a participar por recargas al enviar un SMS con la palabra "GANAR" al código corto 6699. No se informa el costo del SMS al código corto 6699.

- b) Se envió desde la línea pospago 996327042 un SMS al código corto 6699 con la palabra "GANAR", tal y como se muestra en la figura :

(...)

Se identificó que la suscripción al código corto 6699, no corresponde a un concurso para ganar recargas; es un servicio para la descarga de contenido para adultos."

Por lo expuesto, en el informe IT-CCDS-RS-2016-010 se evidencia que previo al envío del primer mensaje de texto al número corto 6699 por parte del abonado, cliente o usuario, éste recibió por 3 ocasiones, mensajes que promocionaban el participar en el sorteo de recargas al enviar la palabra "GANAR" al número corto 6699. Por lo tanto, el mecanismo del servicio de Valor Agregado no siempre inicia con el mensaje remitido por el abonado, cliente o usuario como la CNT manifiesta en el oficio Nro. 20161244, éste puede iniciar con el envío de publicidad al abonado, cliente o usuario; que además, en este caso dicha publicidad era incorrecta ya que señalaba el sorteo de recargas; cuando el servicio correspondía a la descarga de contenido para adultos.

Por otra parte, oficio Nro. 20161244 de 02 de diciembre de 2016 señala lo siguiente:

"Una vez concretada la suscripción, el usuario acepta las condiciones del servicio solicitadas al proveedor (integrador).

La regularidad con la que el abonado recibirá información, así como el cobro dependerá de las condiciones establecidas en la contratación previa realizada por el usuario. Estas condiciones son ajenas al prestador del servicio móvil (CNT EP), el cual simplemente sirve de enlace entre el usuario del servicio de valor agregado y el prestador de estos servicios (integrador).

De esta forma, el usuario del servicio de valor agregado es responsable de conocer las condiciones en las cuales contrató el servicio y los mecanismos establecidos en el caso que requiera dar por finalizado el mismo.

La operadora del servicio de telecomunicaciones realiza el cobro de acuerdo a la información contenida en los CDR's, los cuales indica que se ha realizado la transmisión de la información correspondiente a la contratación previa realizada por el usuario.

Realizada la explicación del mecanismo empleado en el Servicio de Valor Agregado SMS Premium, a continuación en la imagen siguiente se expone de manera gráfica su funcionamiento." (lo subrayado me pertenece) (Imagen Anexo1)

- "(...) al momento de cursar por la SMC se realiza la consulta a la plataforma de cobro OCS (Billing Online) que contiene las condiciones pre-definidas por el integrador respecto a las reglas de cobro"

A decir de la operadora, las condiciones de prestación del Servicio SMS Premium son ajenas a la CNT; sin embargo, también menciona que la regularidad con la que se entrega los contenidos y realizan los cobros depende de dichas condiciones.

Al respecto, como se observa en la imagen (ANEXO 1) para brindar el servicio de SMS Premium, la CNT es quien realiza el débito al **saldo prepago** (OCS), que el usuario tiene por recargas realizadas a su línea para consumo; dicho cobro se lo hace con base en las reglas (condiciones de servicios) que se encuentran configuradas en las plataformas de la operadora; es decir, que la CNT es quien mide y tasa al usuario el consumo de los servicios de mensajería Premium. Por lo tanto, la operadora no es únicamente un enlace, como lo señala en el Oficio Nro. 20161244 de 02 de diciembre de 2016 y las condiciones de prestación tampoco son ajenas a la operadora ya que la regularidad y el valor cobrado depende de las condiciones del servicio; información que de acuerdo a las pruebas realizadas en el informe IT-CCDS-RS-2016-010 no fue comunicada al abonado, cliente o usuario con precisión.



En el Anexo D de las condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones a favor de las CNT EP., se estableció lo siguiente:

3.1.16 La Empresa Pública proporcionará los servicios al abonado sin condicionarle la compra o el arrendamiento de determinado equipo o servicio y **sin que se incluya el cargo o costo de determinado equipo o servicio como parte de las tarifas, costos o gastos para los servicios autorizados.**

7.15 La Empresa Pública en ningún caso podrá eximirse de su responsabilidad frente a sus abonados/clientes-usuarios y ante los organismos de regulación, administración y control de las telecomunicaciones, aún cuando contrate o subcontrate con terceros la prestación y/o reventa de los servicios a los que está obligada, de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Vigente." (Lo resaltado me pertenece)

De acuerdo a lo mencionado y al Anexo D de las Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones, la CNT EP es la única responsable ante sus usuarios y no puede deslindar su responsabilidad atribuyéndola a los integradores; ya que la operadora es quien debita del saldo de sus abonados los consumos que estos realicen (llamada de voz, sms, sms Premium).

c) Confidencialidad de la información cursada a través de las redes de las operadoras.

Con oficio Nro. 20161244 de 02 de diciembre de 2016 la operadora señaló lo siguiente:

"(...) En las Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones suscrito a favor de la Corporación Nacional de las Telecomunicaciones - CNT EP., se señala en su artículo 8 lo siguiente:

"Inviolabilidad y secreto del contenido de las telecomunicaciones y protección de la información.

8.1 La empresa Pública mantendrá el secreto de la información cursada a través de su red y no podrá interceptarla o interferirla, divulgarla, publicarla o utilizar indebidamente su contenido.

8.7 Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, **la Empresa Pública no es responsable del contenido de la información cursada por terceros de sus redes**"

(Lo subrayado y en negrilla me pertenece)

Adicionalmente, en concordancia a lo expuesto en los párrafos anteriores el Código Integral Penal (COIP) al respecto de la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos; señala que la CNT EP podrá revisar el contenido que remite el integrador mediante la red de la Empresa Pública, solamente mediante orden judicial de la autoridad competente.

Para mayor entendimiento, a continuación se transcribe el artículo 476 del Código Integral Penal (COIP) que manifiesta:

"... Art. 476.- Interceptación de las comunicaciones o datos Informáticos.- La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación"

Al respecto de lo señalado en la Constitución de la República, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en las condiciones Generales de la CNT EP, y el Código Integral Penal (COIP), se tiene a bien indicar lo siguiente:

- Conforme se ha indicado a la ARCOTEL en varias ocasiones, la CNT EP no tiene la atribución, ni la autorización para conocer la información que se cursa a través de su red, por parte de un prestador del Servicio de Valor Agregado hacia un usuario que contrató dicho servicio.
- El usuario que haya aceptado las condiciones de un Servicio de Valor Agregado (Integrador), pasa a ser usuario de ese servicio; por lo tanto, el prestador de la red de acceso (CNT EP) desconoce las condiciones del servicio contratado por el usuario.

(...)."

Como consta en la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, en el informe de IT-CCDS-RS-2016-00010 de 05 de agosto de 2016 se realizaron las siguientes pruebas:

	Teléfono Utilizado	Fecha de Prueba	Número Corto	Palabra Enviada	Observaciones Informe IT-CCDS-RS-2016-00010
Escenario 1	0982003616	28/06/2016	2777	CLUB	En el mensaje de Bienvenida no está claro la tarifa y las condiciones del servicio ya que no se informa la periodicidad del servicio. Existió cobro.
Escenario 2	0996327042	02/08/2016	37888	CANTA	El sms de bienvenida no indica la forma de salir de la suscripción y no explica la periodicidad con que será cobrado el servicio. Existió cobro.
Escenario 3	0996327042	28/06/2016	5777	Movil	El SMS de bienvenida no indica la forma de de-suscribirse del servicio. Existió cobro.
			6699	GANAR	Al usuario se promociona el sorteo de recargas al enviar la palabra GANA al 6699; sin embargo, al hacerlo se suscribe al servicio de contenido para adultos. El SMS de bienvenida no indica la forma de de-suscribirse del servicio, ni la periodicidad con la que se cobrará. Existió cobro.
Escenario 4	0982079441	28/06/2016	3080	Pito	NO llegó ningún mensaje de bienvenida que informe al usuario sobre las características del servicio o que confirmen la suscripción. Existió cobro.

De acuerdo al informe IT-CCDS-RS-2016-00010, en las pruebas realizadas en todos los casos existió cobro de los servicios PREMIUM, por parte de la operadora CNT; observando, que al usuario, cliente o abonado no se le proporcionó información completa y precisa respecto a las condiciones del servicio (valores a ser cobrados, frecuencia de cobro, forma de cancelación, otros).

Como se demostró en la sección b) la operadora es la responsable ante el usuario de los valores que sean debitados al saldo de la línea; y dichos valores son debitados por la plataforma de la CNT (**OCS-Billing Online**) con base en las condiciones de los servicios, por lo que la operadora conocía dichas condiciones (valores a cobrar, frecuencia, inicio de cobro, entre otros); que no fueron informadas de forma precisa en las pruebas realizadas por la ARCOTEL (informe IT-CCDS-RS-2016-00010).

Por lo tanto, la CNT EP no necesita violar el secreto del contenido de las telecomunicaciones como lo menciona; porque al conocer las condiciones de prestación del servicio la operadora puede entregar directamente a sus usuarios dichas condiciones. Adicionalmente, me permito señalar que en ningún



momento la violación del secreto del contenido de las telecomunicaciones es manifestada por la ARCOTEL.

Finalmente, me permito señalar que en oficio Nro. 20161244 de 02 de diciembre de 2016, la operadora no presenta argumentos técnicos que se relacionen con el hecho que originó la apertura del procedimiento administrativo sancionador, que es la entrega de información incorrecta e incompleta como se menciona en el literal a) del presente documento.

Con base en el análisis realizado se puede mencionar, que en la documentación entregada por la CNT no se encontró pruebas técnicas que sustenten que se entregó información precisa y completa sobre el servicio que fue medido, tasado y cobrado por la operadora.

4. CONCLUSIÓN:

En respuesta al pedido ejecutado mediante memorando Nro. ARCOTEL-DEDA-2017-0280-M de 16 de febrero de 2017, se han analizado los argumentos expuestos por la operadora en el escrito ingresado a esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento Nro. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E y es criterio de la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, que no son aceptables dichos argumentos expuestos en el Recurso de Apelación presentado por la CNT EP, respecto a la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-0013 de 10 de Noviembre de 2016; debido a que se verificó que la operadora no entregó información precisa sobre un servicio que midió tasó y cobró al usuario, cliente o abonado.”.

4.3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0031 de 13 de marzo de 2017, se emitió el criterio jurídico correspondiente, del cual se transcribe lo siguiente:

“El procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la resolución impugnada, fue sustanciado de conformidad con el trámite previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

♦ TÉRMINO PARA PRESENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

*El señor Enrique Arosemena Robles, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, (según consta de la Resolución No. DIR-CNTEP-121-2016-453 de 23 de septiembre de 2016, suscrita por la Ministra de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, Presidenta del Directorio de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, cuya copia anexa), mediante oficio No. 20161244 ingresado el 2 de diciembre de 2016 a las 15:59, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E, **apela** a la Resolución No. ARCOTEL-CZ02-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, **dentro del término de quince (15) días** previsto en el inciso primero del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

♦ ANTECEDENTE FACTICO, HECHO O CONDUCTA QUE IMPULSA EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

Es pertinente mencionar que el hecho reportado por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0010 de 5 de agosto de 2016, que sustentó el inicio del procedimiento administrativo sancionador, contiene de manera sucinta la validación de pruebas y procedimiento utilizado por la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, para ofrecer Servicios de Valor Agregado a través de SMS Premium, en el cual se concluye y recomienda lo siguiente:

“- 6 CONCLUSIONES.- De las pruebas ejecutadas se evidenció que a los abonados de la operadora CNT EP se les proporcionó información incorrecta, ya que se ofertó al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje; sin embargo, el servicio que se entregó al usuario fue la suscripción a contenido Premium para adultos con un costo diario. Además, el abonado, cliente o usuario, no recibió información clara y precisa respecto a las condiciones y



valores finales a ser cobrados por el servicio; en las pruebas ejecutadas se validó que los mensajes de bienvenida especifican únicamente el valor a ser cobrado por la entrega de contenido pero no mencionan la frecuencia con la cual se le descontará de su saldo dicho valor (diaria, semanal, mensual) tampoco se indicó la forma de cancelar el servicio (de suscripción).

- 7 RECOMENDACIONES.- Poner en conocimiento de la Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL, para los fines pertinentes.”

De lo expresado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-0010 se desprende que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP proporcionó a sus abonados información incorrecta e incompleta, por cuanto ofertó al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje, no obstante el servicio que se entregó fue la suscripción a contenido Premium para adultos con un costo diario, sin recibir información clara y precisa respecto a las condiciones y valores finales a ser cobrados por el servicio.

♦ ACTO DE APERTURA (PLIEGO DE CARGOS)

Determinado el elemento fáctico, a fin de que la operadora ejerza su derecho a la defensa, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones realizó la calificación jurídica del hecho imputado con claridad y precisión³.

A través del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004 de 26 de agosto de 2016, la referida Coordinación comunicó a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, del inicio del procedimiento administrativo sancionador, por considerar que: “4.- ANÁLISIS JURÍDICO.- (...) En ejercicio de las atribuciones legales y con sustento en lo expuesto por el área técnica de la ARCOTEL, ha procedido a realizar el control respectivo y a elaborar el INFORME DE VALIDACIÓN DE PRUEBAS Y PROCEDIMIENTO UTILIZADO POR CNT EP PARA OFRECER SERVICIOS DE VALOR AGRAGADO A TRAVÉS DE SMS PREMIUM, conforme se detalla en el Informe técnico IT-CCDS-RS-2016-0010 de 5 de agosto de 2016, detectando en las pruebas de validación, realizadas los días 28 de junio de 2016 y 2 de agosto el mismo año, cuyos resultados constan en el apartado 5 del referido informe, que evidenció que a los abonados de la operadora CNT EP se le proporcionó información incorrecta, ya que se ofertó al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje; sin embargo, el servicio que se entregó al usuario fue la suscripción a contenido Premium para adultos con un costo diario. Además, el abonado, cliente o usuario, no recibió información clara precisa respecto a las condiciones y valores finales a ser cobrados por el servicio (...) conducta con la cual, no habría observado los derechos de los abonados/clientes o usuarios y las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, expresamente señaladas en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; por lo que, de confirmarse el hecho, y la responsabilidad de la Empresa Pública, esta podría incurrir en la infracción de primera clase tipificada en el artículo 117, letra b) numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la ley de la referencia.”.

De la revisión al expediente se ha verificado que la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 26 de agosto de 2016, mediante comunicación de 26 de los mismos mes y año, efectuó la notificación de manera formal y auténtica con el contenido del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004 a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, al cual se adjuntaron en su integridad los informes jurídico, técnico y sus anexos, lo cual permitió a la citada operadora ejercer el derecho a la defensa en acatamiento de las garantías o reglas propias del debido proceso, en el ámbito administrativo, conforme lo prescribe el artículo 76, literales a), b) y h) de la Constitución de la República.

³ ALARCÓN Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, España, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Primera Edición, 2007, pág. 148, señala: “El derecho a ser informado de la acusación no entraña la facultad de conocer una imputación cualquiera, sino el derecho del acusado a ser prevenido de los cargos por los que luego puede ser sancionado. Es el derecho a ser informado de esa acusación exacta y no de otra diferente. Este es su segundo contenido esencial. De modo que el derecho resultará vulnerado si el inculcado es sancionado por una acusación distinta de que fue informado. (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

♦ **ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO**

Como consta en la Resolución⁴ impugnada No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, notificada manera formal y auténtica el 15 de noviembre de 2016, tal como se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0411-M de 21 de noviembre de 2016, concluido el procedimiento administrativo sancionador el órgano instructor (Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL), fijó de forma motivada los hechos, su exacta calificación jurídica y la sanción, determinando que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, inobservó lo previsto en el artículo 117, literal b, numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sancionada conforme lo previsto en los artículos 121, inciso primero y número uno; y, 122 inciso primero del mismo cuerpo legal.

♦ **PRINCIPIO DE JURIDICIDAD QUE RIGE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, textualmente dispone:

"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." (Negrita fuera del texto original).

Debemos recordar que la competencia deriva del principio de juridicidad (legalidad) prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador. De acuerdo al nombrado principio, el Estado y sus instituciones no pueden actuar y están impedidos de ejercer actividad alguna, mientras no exista Ley que le asigne competencias y le determine el procedimiento para poder desarrollar su actividad.

La prescripción constitucional somete a las instituciones a la Norma Suprema y a la Ley, los servidores y servidoras e incluso a las personas que actúan en virtud de la potestad estatal, por tanto, todas y cada una de sus acciones o decisiones deben producirse en el marco de lo prescrito en el ordenamiento jurídico. Partiendo de esta disposición constitucional debe entenderse que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, y quienes ejercen las competencias otorgadas por la Ley a esta entidad, deben someter sus actuaciones, de forma estricta, a lo prescrito en el ordenamiento jurídico.

Durante todo el procedimiento, se observó el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en especial lo dispuesto en la letra a, del número 7, del referido artículo, esto es: *"Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento."*

Del expediente administrativo sancionador y del análisis del mismo, se determina que se ha dado cumplimiento con el procedimiento establecido en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

♦ **CNT EP NO BRINDA EL SERVICIO DE VALOR AGREGADO SMS PREMIUM, SÓLO PRESTA SU RED DE ACCESO.**

En el Oficio No. GR-1903-2016, recibido en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003363-E la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, expone argumentos, con énfasis en lo siguiente:

⁴ ALARCÓN Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, España, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Primera Edición, 2007, pág. 148, señala: "(...) es en esta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor; y por la consecuencia punitiva que a aquella se liga en el caso de que se trata".





"(...) Al respecto de lo señalado por el Coordinador Zonal 2, es pertinente que se considere que la Empresa Pública tiene únicamente la responsabilidad frente a sus usuarios, es decir aquellos que contraten los servicios que brinda y tiene autorizado la operadora, ya sea que la contratación se la efectúe a través de reventa o por terceros. Sin embargo como se indicó anteriormente, la CNT EP no tiene autorizado, ni brinda el Servicio de valor Agregado de SMS Premium, y sólo presta su red como acceso, razón por la cual no tiene responsabilidad alguna sobre los usuarios que contraten este tipo de servicio; particular que no fue autorizado por la ARCOTEL. Es claro que la ARCOTEL debió haber realizado este análisis, en base a lo señalado en el artículo 8 numeral 8.7 de las CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES suscrito a favor de la CNT EP, el cual indica lo siguiente:

"... La Empresa Pública no es responsable del contenido de la información cursada por terceros a través de sus redes." (Subrayado y en negrilla me pertenece)

En relación a este numeral se aclara a la ARCOTEL, que CNT EP no es responsable frente a los usuarios que hayan contratado un Servicio de Valor Agregado de Audio Texto y SMS Premium que es prestado por un proveedor (integrador). Es importante tomar en cuenta que, **la CNT EP solamente es responsable del funcionamiento del canal de transmisión por el cual el integrador envía la información a sus usuarios, y NO del contenido que el proveedor suministra a sus usuarios.**

Por lo tanto, las aseveraciones que realiza el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, respecto a la responsabilidad de la CNT EP frente a sus usuarios, queda totalmente desvirtuada toda vez que se ha indicado de manera enfática que la Empresa Pública, **NO** es responsable del contenido de la información del Servicio de Valor Agregado Audio Texto Premium que cursa a través de su red. (...).

El artículo 24, numerales 4, 18, 27 y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, textualmente prescriben: "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. (...) 18. Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas. (...) 27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas (...) 28. Las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes (...)" (Subrayado fuera del texto original).

Además se debe señalar que las "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES" otorgadas a favor de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, el 1 de junio de 2011, por el Estado Ecuatoriano a través del Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, en su artículo 18, numeral 18.3, se establece: "En cualquier caso, la Empresa Pública **siempre será la responsable** ante los abonados/clientes-usuarios y organismos de administración, regulación y control, por la prestación de los servicios contemplados en el presente instrumento en los términos definidos en el presente instrumento y el Ordenamiento Jurídico Vigente.", además el numeral 7.16 del anexo D de las citadas condiciones señala: "La empresa Pública **en ningún caso podrá eximirse de su responsabilidad frente a sus abonados/clientes-usuarios y ante los organismos de regulación, administración y control de las telecomunicaciones; aún cuando contrate o subcontrate con terceros** la prestación y/o reventa de los servicios (...) de conformidad con el Ordenamiento jurídico Vigente." (Negrita y subrayado fuera del texto original). Es decir la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, es la única responsable frente a sus abonados, clientes, usuarios y organismos de administración, regulación y control, sobre aquella contratación o subcontratación realizada a través de la reventa con un integrador, que en el caso que nos ocupa es un Servicio de Valor Agregado Audio Texto y SMS Premium, el cual es facilitado por la Empresa Pública, por tal consideración la recurrente no ha desvirtuado la infracción establecida en el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004 de 26 de agosto de 2016, que consiste en proporcionar a sus abonados información incorrecta e incompleta, por ofertar al usuario participar en un concurso para ganar recargas con un costo por mensaje, no obstante el servicio que se entregó fue la suscripción a



contenido Premium para adultos con un costo diario, sin recibir información clara y precisa respecto a las condiciones y valores finales a ser cobrados por el servicio.

La Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, sostiene que sólo presta su red como acceso, razón por la cual no tiene responsabilidad alguna sobre los usuarios que contraten este tipo de servicio; y, que solamente es responsable del funcionamiento del canal de transmisión por el cual el integrador envía la información a sus usuarios.

La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el Criterio Técnico que consta en el memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0082-M de 23 de febrero de 2017, sobre estas afirmaciones, manifiesta lo siguiente: "(...) **A decir de la operadora, las condiciones de prestación del Servicio SMS Premium son ajenas a la CNT; sin embargo, también menciona que la regularidad con la que se entrega los contenidos y realizan los cobros depende de dichas condiciones.**- Al respecto, como se observa en la imagen (ANEXO 1) para brindar el servicio de SMS Premium, la CNT es quien realiza el débito al saldo prepago (OCS), que el usuario tiene por recargas realizadas a su línea para consumo; dicho cobro se lo hace con base en las reglas (condiciones de servicios) que se encuentran configuradas en las plataformas de la operadora; es decir, que la CNT es quien mide y tasa al usuario el consumo de los servicios de mensajería Premium. Por lo tanto, **la operadora no es únicamente un enlace**, como lo señala en el Oficio Nro. 20161244 de 02 de diciembre de 2016 y las condiciones de prestación tampoco son ajenas a la operadora ya que la regularidad y el valor cobrado depende de las condiciones del servicio; información que de acuerdo a las pruebas realizadas en el informe IT-CCDS-RS-2016-010 no fue comunicada al abonado, cliente o usuario con precisión. (...)". (Negrita fuera del texto original).

La Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0254-M de 7 de octubre de 2016, emitió el informe técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0006 de 3 de octubre de 2016, en relación a la contestación dada por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, al Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004 de 26 de agosto de 2016 con la que se instruyó el procedimiento administrativo sancionador y refiriéndose a lo afirmado por la prestadora concluyó lo siguiente: "Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL considera que sobre la contestación, alegatos y ropuebas presnetadas por la 'CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP' al ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIETO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2016-0004, no desvirtúan técnicamente el hecho señalado ya que se comprueba fehacientemente que la CNT EP facturó y realizó el cobro de un servicio, sin que en los mensajes entregados al usuario, cliente o abonado se proporcione información precisa respecto a los valores a ser cobrados por el servicio, frecuencia con la cual se descontará se su saldo el valor contratado (diaria semanal, mensual) y tampoco se le informa la forma de cancelar (de-suscribir) el servicio. (...)". (Negrita fuera del texto original).

Analizado el criterio técnico que consta en el memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0082-M de 23 de febrero de 2017 e informe técnico No. IT-CZO2-AA-2016-0006 de 3 de octubre de 2016, se colige que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, de acuerdo a las reglas de las condiciones de prestación del Servicio SMS Premium (condiciones de servicios) no solo que opera como acceso o medio de transmisión de los mensajes que envía el proveedor de los servicios de valor agregado que se prestan por medio de SMS Premium, sino que además mide, tasa, factura y cobra el consumo de los servicios de mensajería premium, tal como lo ha previsto el artículo 24, numerales 17 y 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que en su orden textualmente prescriben: "Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones (...) 17 (...) Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas para efectos de garantizar el servicio. 18. Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas. (...)". (Negrita y subrayado fuera del texto original), sobre lo cual no cabe duda que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, a más de operar como enlace, medir, tasar, facturar y debitar el saldo de sus abonados de servicio de Valor Agregado SMS Premium es responsable ante los abonados, clientes y usuarios, del servicio facilitado. Así, los informes técnicos constituyen prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia de la que goza la operadora.



♦ CIRCUNSTANCIA ATENUANTE PARA EL CÁLCULO DE LA SANCIÓN

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 121 determina los rangos para el cálculo del monto de la sanción; y, además establece de manera clara ciertas circunstancias atenuantes y agravantes, en sus artículos 130 y 131.

Revisado el expediente del procedimiento administrativo sancionador no existen circunstancias agravantes, únicamente opera la circunstancia atenuante 1.

"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."

A fojas 89 del expediente del procedimiento administrativo sancionador, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, señala: "(...) De los hechos facticos respecto de la expedientada CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, así como del análisis de la contestación, alegatos y pruebas presentadas por la citada empresa, que se detalla en los párrafos anteriores, así como la revisión del sistema de infracciones y sanciones de la ARCOTEL se desprende que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, no ha sido sancionada por la misma infracción con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del presente procedimiento administrativo sancionador; por lo que cumple como única circunstancia atenuante a considerar la señalada en el número 1 del artículo 130 de la LOT (...)".

Por lo anterior **procede considerar la circunstancia atenuante** prevista en el número 1 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La Operadora, tanto al momento de presentar la contestación al Acto de Apertura dentro de la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, en el escrito de fundamentación del Recurso de Apelación, y en el acta de audiencia presentó los mismos argumentos y elementos de descargo, los cuales fueron valorados oportunamente.

♦ CONCLUSIÓN

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis precedente, en aplicación del número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se determina que habiendo la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL establecido la responsabilidad de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 117, letra b), número 16, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con la concurrencia de una circunstancia atenuante determinada en el artículo 130 número 1 ibídem, le corresponde recibir la sanción de acuerdo a lo previsto en los artículos 121, inciso primero y número uno; y, calculada de acuerdo con el artículo 122 inciso primero del mismo cuerpo legal.

Se concluye entonces que resulta improcedente aceptar el Recurso de Apelación planteado en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, toda vez que se ha verificado que dicha Resolución fue dictada con la debida motivación y competencia; y, que no se han vulnerado las garantías básicas o reglas propias del debido proceso en el ámbito administrativo consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República; por lo que se recomienda no admitir y en consecuencia rechazar la apelación interpuesta.

Este informe se emite con sujeción al artículo 183 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE."

Con base en las consideraciones generales y análisis de forma; fundamentos jurídicos; trámite de la apelación; análisis de fondo de los argumentos jurídicos de la permisionaria que preceden, en **mérito de los autos**; y, en ejercicio de sus atribuciones legales, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- NEGAR la Apelación presentada por la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, mediante escrito, ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones el 2 de diciembre de 2016, con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007300-E; y, en consecuencia, **RATIFICAR** la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2016-0013 de 10 de noviembre de 2016, dictada por el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 2.- DISPONER el archivo del Recurso de Apelación.

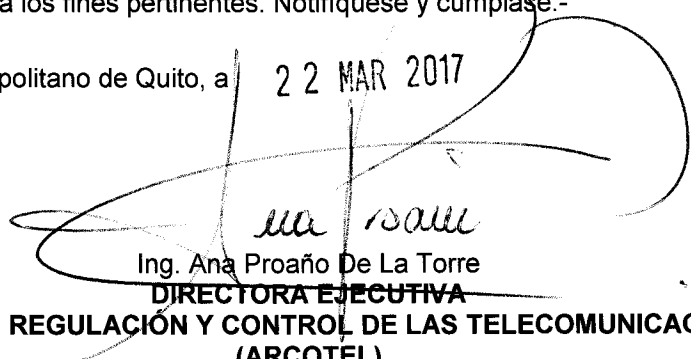
Artículo 3.- INFORMAR a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad a lo establecido en la letra a) del artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.

Artículo 4.- INFORMAR a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, que conforme a lo dispuesto en el artículo 156, número 3 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, tiene derecho a impugnar esta Resolución en vía judicial.

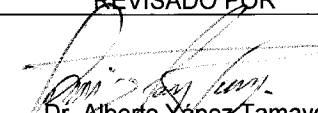
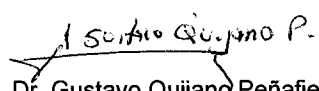
Artículo 5.- DISPONER a través de la Unidad de Gestión Documental y Archivo, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, en el domicilio ubicado en la Avenida Amazonas No. 36-49 y Corea, Edificio Vivaldi, piso 6, en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; a la Coordinación General Jurídica; Coordinación General Administrativa Financiera; Dirección de Impugnaciones; Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones; y, a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para los fines pertinentes. Notifíquese y cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a

22 MAR 2017


 Ing. Ana Proaño De La Torre
DIRECTORA EJECUTIVA

**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
(ARCOTEL)**

ELABORADO POR	REVISADO POR	APROBADO POR
 Ab. Juan Seminario Esparza PROFESIONAL JURÍDICO 2	 Dr. Alberto Yépez Tamayo DIRECTOR DE IMPUGNACIONES	 Dr. Gustavo Quijano Peñafiel COORDINADOR GENERAL JURÍDICO (E)