



RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-013

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

ING. XAVIER SANTIAGO PÁEZ VÁSQUEZ MSc.
DIRECTOR TÉCNICO ZONAL 2, Encargado
-FUNCIÓN SANCIONADORA-
COORDINACIÓN ZONAL 2

CONSIDERANDO:

CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

De conformidad con lo que determina el artículo 260 del Código orgánico Administrativo y luego de haber cumplido con la etapa de instrucción administrativa se procede a dictar el presente acto administrativo que resuelve el procedimiento administrativo sancionador en base a lo siguiente

1. LA DETERMINACIÓN DE LA PERSONA RESPONSABLE.-

1.1. INFORMACIÓN GENERAL.

| | |
|----------------------|---|
| SERVICIO CONTROLADO: | VALOR AGREGADO |
| RAZÓN SOCIAL: | CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL * |
| NOMBRE COMERCIAL: | CLARO * |
| NÚMERO DE RUC: | 1791251237001 * |
| REPRESENTANTE LEGAL: | CAMPOS GARCÍA MARCO ANTONIO * |
| DOMICILIO: | AV. RÍO AMAZONAS N44-105 Y RÍO COCA – EDIFICIO ETECO |
| CIUDAD: | QUITO |
| PROVINCIA: | PICHINCHA |

* Fuente: Página Web del Servicio de Rentas Internas (SRI), tomado el 21 de febrero de 2020 de <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>

1.2. TÍTULO HABILITANTE.

Con fecha 28 de agosto de 2008, el Estado Ecuatoriano suscribió el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público y Concesión de las Bandas de Frecuencias Esenciales celebrado entre: la Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, con una duración de quince años a partir del 27 de agosto de 2008.

2. LA SINGULARIZACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMETIDA.-

2.1. DOCUMENTO A TRAVÉS DEL CUAL SE PONE EN CONOCIMIENTO LOS HALLAZGOS PRELIMINARES DETECTADOS.

- Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M de 04 de julio de 2018, a través del cual, el Coordinador Técnico de Control de la Agencia de Regulación y Control de las

Telecomunicaciones, pone en conocimiento del Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, que:

"(...)

Adjunto al presente el informe técnico No. IT-CCDS-AT-1018-012 de fecha 4 de julio de 2018, relacionado a validar que la operadora CONECEL S.A. esté bloqueando los mensajes masivos de información referente a Publicidad de los Abonados/Clientes Y Usuarios que hayan solicitado el bloqueo de los mismos, a fin de que se adopten las acciones administrativas que consideren pertinentes en su jurisdicción.

A continuación, se procede a remitir la siguiente recomendación y conclusión del Informe Técnico señalado: (...)

"7. CONCLUSIÓN

Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH.

(...)

Adicionalmente, es necesario mencionar que las acciones requeridas tienen un tratamiento a nivel nacional, ya que la validación señalada fue ejecutada con este alcance.

(...)"

2.2. FUNDAMENTO DE HECHO.

- **Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012** de 04 de julio de 2018, en el cual, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL que entre otras cosas indica:

"(...)

2. OBJETIVO

Validar que la operadora CONECEL S.A. esté bloqueando los mensajes masivos de información referente a Publicidad de los Abonados/Clientes y Usuarios que hayan solicitado el bloqueo de los mismos.

(...)

5. ALCANCE

Validar que la operadora CONECEL S.A. esté bloqueando los mensajes masivos de información referente a Publicidad de los Abonados/Clientes y Usuarios que hayan solicitado el bloqueo de los mismos considerando los servicios de Valor Agregado por medio mensajes masivos (canal SAT-PUSH), realizadas en el período de agosto de 2008 a febrero de 2017.

(...)

6. DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS TÉCNICO

(...)

6.1. INFORMACIÓN ANALIZADA

Para el análisis se ha considerado la siguiente información entregada por parte de CONECEL S.A. referente a:

| NOMBRE ARCHIVO | DESCRIPCION | Nro. REGISTROS | NUMERO DE LÍNEAS ÚNICAS |
|---|---|----------------|-------------------------|
| Lista Negra V2 | Lista Negra o Lista de Bloqueo. Remitida con oficio No. GR-0291-2017 de 21 de febrero de 2017 (DEDA-2017-003152-E). Fecha de entrega 22 de febrero de 2017. | 740.603 | 740.598 |
| Reporte SAT PUSH | Información de los mensajes masivos SAT PUSH, enviados del 01 de octubre de 2016 al 31 de diciembre de 2016 a números de la muestra de 113.644 líneas escogidos por la ARCOTEL, obtenidos de los logs de la operadora de tres (3) meses. Oficio No. GR-0158-2017 de 3 de febrero de 2017 (DEDA-2017-002260-E). Fecha de entrega 06 de febrero de 2017. | 236.540 | 45.463 |
| Glosario de valores del tipo de evento (event_type) | Información del glosario remitida mediante correo electrónico. Fecha de entrega 31 de marzo de 2017 | - | - |
| Observaciones al Informe técnico IT-CCDS-AT-2017-008. | Remitidas mediante oficio No. GR-0735-2017 de fecha 20 de abril de 2017, a través de documento N° ARCOTEL-DEDA-2017-006269. Fecha 24 de abril de 2017 | - | - |

Tabla N° 6.1.- Listado de información utilizada para el análisis

6.1.1 CONDICIONES A EVALUAR

- **Listas Negras**
 - Verificar las coincidencias entre la "Lista Negra V2" con la información del "Reporte SAT PUSH" por MIN.
 - Filtrar la información para los casos en los cuales la fecha de ingreso en la "Lista Negra V2" sea anterior a la fecha de envió del mensaje masivo SAT PUSH.
 - Filtrar la información correspondiente a la validación de doble optin (suscripción del servicio) en los mensajes masivos SAT PUSH enviados.
- **Suscripciones SAT PUSH sin doble confirmación**
 - Filtrar campañas de mensajes masivos SAT-PUSH en donde no se observa el primer optin.

6.1.2 RESULTADO OBTENIDO

Del análisis realizado a la información remitida por CONECEL., se determinó lo siguiente:

Mensajes por canal SAT-PUSH con líneas telefónicas en la Lista Negra.

Se determinó que, a un total de 6.085 líneas se enviaron 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envió es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2" de la operadora CONECEL S.A.; y, de estos mensajes masivos, 2.117 líneas tuvieron 3.635 suscripciones al servicio SMS Premium a través del canal SAT-PUSH.

| INFORMACIÓN ANALIZADA | NÚMERO DE LÍNEAS COINCIDENTES | NÚMERO DE SUSCRIPCIONES | NÚMERO DE MENSAJES MASIVOS ENVIADOS |
|--|-------------------------------|-------------------------|-------------------------------------|
| 6.1 "Reporte SAT PUSH" con la información de la "Lista Negra V2" | 6.085 | N/A | 28.592 |
| 6.2 "Reporte SAT PUSH" con la información de la "Lista Negra V2" con suscripciones | 2.117 | 3.635 | N/A |

Tabla N° 6.2.- Líneas a las cuales se les remitió mensajes masivos a través de la Plataforma SAT PUSH de CONECEL en fechas posteriores a la colocación de dichas líneas en la lista negra o lista de bloqueo. Ver Anexo No. 6.1 y Anexo No. 6.2

6.1.3 ANÁLISIS TÉCNICO DE LOS HALLAZGOS

Conforme el análisis entregado a la operadora a través del informe técnico No. IT-CCDS-AT-2017-008 de 4 de abril de 2017, el procedimiento detallado en el informe se aplicó las fuentes de información presentadas por la operadora.

(...)

6.1.4 OBSERVACIONES Y COMENTARIOS FINALES

OBSERVACIONES DE CONECEL S.A.

Mediante oficio No. GR-0699-2018 de 17 de abril de 2018, CONECEL S.A. remite las observaciones al resultado antes señalado; y, expone lo siguiente:

"2. 6.3.6 Del análisis realizado a la Información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SA T-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de Ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de mensajería Premium a través del canal SAT PUSH.

Respecto a lo mencionado en esta conclusión se debe indicar que como es de su conocimiento la obligatoriedad regulatoria de mantener una lista negra con los atributos exigidos por su Autoridad apenas se creó mediante la expedición de la Resolución No. ARCOTEL-2017-0143, en dicha normativa se estableció características específicas para su funcionamiento; sin perjuicio de aquello, proactivamente y a fin de satisfacer las necesidades de nuestros clientes, CONECEL implementó esta lista con determinadas características siendo las más importantes: i) Bloqueo de todo cobro que se pueda ejecutar a nivel del Charging Manager; y ii) Bloqueo del envío de contenido de los proveedores, entendiéndose por contenido a imágenes, texto, juegos, videos, u otros, para el entretenimiento o aplicación del usuario.

En contexto con lo indicado en el párrafo anterior, tal como se informó dentro de la auditoría las 2.117 líneas que poseen 3.635 suscripciones a través del canal SAT PUSH no cuentan con pagos por servicios Premium pese a que los mismos fueron expresamente aceptados a través de un doble Opt-in que reflejan la clara decisión del cliente en relación a las campañas enviadas, lo cual denota su voluntad y conformidad con el acto expreso."

(...)

7. CONCLUSIÓN

Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas



solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH.

(...):

2.3. ACTO DE INICIO.

En conocimiento de los hechos reportados por la Coordinación Técnica de Control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la Función Instructora de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, inició el respectivo Procedimiento Administrativo Sancionador en contra del Prestador del Servicio Móvil Avanzado (Servicio de Valor Agregado) CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Orgánico Administrativo, mediante **Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037**, de 02 de diciembre de 2019, a fin de investigar y comprobar la existencia del hecho que se encuentra determinado en el Informe de Control Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, así como la responsabilidad del Prestador en el incumplimiento detectado.

2.4. FUNDAMENTO DEL ACTO DE INICIO.

- El Dictamen No. DTZ-CZO2-2019-0023 de 18 de noviembre de 2019, como el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, se puso en conocimiento del Prestador del Servicio Móvil Avanzado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL mediante Oficio Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-0309-OF de 04 de diciembre de 2019, mismo que consta en el expediente, y que fuere recibido por el señor Martín Avilés, con fecha 04 de diciembre de 2019.
- Oficio GR-1061-2016 de 3 de junio de 2016, ingresado en la ARCOTEL a través de documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-008850-E de fecha 3 de junio de 2016 con el cual, CONECEL, presentó a la ARCOTEL, el proceso para la atención de reclamos, devolución a través de CM (Charging Manager) y la puesta en lista negra en las plataformas CDC y SMT.
- Mediante Oficio No. ARCOTEL-DEAR-2016-0114-OF, de 3 de octubre de 2016, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, notificó a CONECEL el inicio de la Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium, estableciéndose los detalles en la Orden de Trabajo No. ARCOTEL-2016-0001. (El énfasis y subrayado me pertenece).
- Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2017-008 de 4 de abril de 2017, en el que se detalla el análisis realizado para determinar las líneas telefónicas a las cuales no se les bloqueó los mensajes masivos a través de la plataforma SAT-PUSH de CONECEL S.A. de los Servicios de Valor Agregado que proveen por medio de mensajes Premium a los abonados/clientes y usuarios que así lo solicitaron y cuyos números de líneas se encontraban en la lista de bloqueo o lista negra de la operadora. (El énfasis y subrayado me pertenece).
- Mediante Oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0126-OF de 5 de abril de 2017, la ARCOTEL remitió a CONECEL el informe técnico No. IT-CCDS-AT-2017-008 de 4 de abril de 2017 para que analice y remita sus observaciones.
- Mediante Oficio No. GR-0735-2017 (Ingreso de Documento No: ARCOTEL-DEDA-2017-06269-E) de 24 de abril de 2017, CONECEL remite el análisis y las observaciones al Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2017-008 de 4 de abril de 2017.

- Mediante Oficio No. ARCOTEL-CCON-2018-0304-OF de 27 de marzo de 2018, se comunicó a la operadora que habiendo culminado el proceso de Auditoría, se entrega el Informe Provisional de Auditoría, con la finalidad de que se realicen las observaciones que correspondan.
- Mediante Oficio No. GR-0699-2018 de 17 de abril de 2018 ingresado a la ARCOTEL con documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-007309-E de 17 de abril de 2018, CONECEL presentó las observaciones al Informe Provisional de la Auditoría.
- Mediante Oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0196-OF de 08 de junio de 2017 la ARCOTEL solicita ampliar cierta información, documentos verificadores, se detalle causas de inconsistencias entre otros, relacionada con el hallazgo detallado en el Informe técnico No. IT-CCDS-AT-2017-014. (Lo subrayado me pertenece).
- Mediante Oficio ARCOTEL-CCON-2018-0638-OF de 27 de junio de 2018, la ARCOTEL realizó la entrega del Informe General Definitivo de Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium ejecutada a CONECEL.
- Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, en donde se determinan presuntos incumplimientos a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y al Título habilitante suscrito entre el Estado Ecuatoriano y el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.
- Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M, de 04 de julio de 2018, por medio del cual se adjunta el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, se pone en Conocimiento del Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, para realizar un análisis, relacionado a que si la Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL, habría o no bloqueado los mensajes masivos de publicidad de los Abonados/Clientes y Usuarios que así lo hayan solicitado.
- Oficio GR-01474-2019 de 07 de octubre de 2019, suscrito por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL al Responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, ingresado con número de trámite No. ARCOTEL-DEDA-2019-016416-E de 07 de octubre de 2019.
- Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2019-1204 de 24 de octubre de 2019 en el que se concluye: "(...) En atención a lo solicitado por el Responsable del Proceso de Gestión Técnica de la Coordinación Zonal 2 mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-1557-M de 15 de octubre de 2019, se efectuó un análisis de los hechos y alegatos planteados por CONECEL en contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024 de 17 de septiembre de 2019, en el ámbito estrictamente técnico que corresponde, y con base en el análisis expuesto se considera que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-012 de 4 de julio de 2018, puesto que la operadora no demuestra que haya adoptado las debidas acciones para bloquear los 28.592 mensajes masivos no solicitados por Clientes y que fueron enviados por la plataforma SAT-PUSH en el periodo de agosto 2008 a febrero 2017; aun cuando dicha obligatoriedad está establecida en las cláusulas CUARENTA Y UNO PUNTO DOCE y CUARENTA Y UNO PUNTO TRECE de su Contrato de Concesión de 26 de agosto de 2008. (...)".
- En el Dictamen No. DTZ-CZO2-D-2019-0023 de 18 de noviembre de 2019, referente al caso materia del Procedimiento Administrativo Sancionador materia de análisis se cita lo siguiente:

"(...)

5.- **ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO.-**

Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2019-095 de 15 de noviembre de 2019, el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones indica lo siguiente:

"(...)

Con la finalidad de hacer efectivas las garantías del debido proceso, se deben tener presente los siguientes fundamentos jurídicos:

En primer lugar se debe considerar la comparecencia al Procedimiento Administrativo Sancionador, por parte del Apoderado Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, la que se perfeccionó con un escrito ingresado a la ARCOTEL, con fecha 01 de octubre del 2019, con Documento No. ARCOTEL DEDA-2019-016187-E, documento por el cual se da contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024, de acuerdo a lo que dispone el artículo 255 del Código Orgánico Administrativo; es decir, que se dio contestación y se presentó el escrito dentro del término que tenía para hacerlo, al que se presentaron los documentos de defensa y sus anexos.

El Informe de Control Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, por el que se dio inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador, de ninguna manera juzga una conducta o un evento realizado por el prestador de servicio, lo único que hace es poner en conocimiento de la Función Instructora una situación que podría constituir una infracción administrativa y por ello se inicia un Procedimiento Administrativo y se notifica al presunto responsable para que ejerza su derecho a la defensa.

El artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, determina el **principio de seguridad jurídica y confianza legítima**, por el cual, se han realizado las investigaciones con el fin de recabar evidencias para determinar la verdad material de los hechos y al mismo tiempo determinar la verdad de lo alegado por el Prestador del Servicio, en el presente caso, el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.

En la contestación del Prestador, el señor abogado Luis Fernando Guerra, en su calidad de Abogado Patrocinador del Apoderado Especial del Concesionario se refiere entre otros aspectos a: 1) "EL INFORME DE AUDITORÍA", es decir, el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 al que se hace referencia en el Acto de Inicio hace alusión como soporte motivacional técnico citando el INFORME DE AUDITORÍA ya referido; Si la premisa lógica referencial es que existe una presunta infracción de incumplimiento de las recomendaciones al INFORME DE AUDITORÍA, lo contrario no resiste análisis lógico racional. En este sentido la conclusión preliminar del análisis de los hechos y la conclusión del acto de inicio, es la INEXISTENCIA de coherencia formal y material entre lo recomendado en el proceso de auditoría plasmado en el INFORME DE AUDITORÍA y lo concluido en el Acto de Inicio, siendo así, no existiría un silogismo jurídico en el Procedimiento Administrativo Sancionador; 2) La verdad procesal que requiere de evidencia o prueba indiciaria en el expediente materia de análisis, se trata de un presunto incumplimiento a las recomendaciones del INFORME DE AUDITORÍA, referentes a la supuesta no inclusión en "Listas Negras" de 6085 líneas, por ello debe la administración tener todos los elementos vestigios, huellas, circunstancias, y en general todo hecho conocido, y debidamente comprobado, susceptible de llevar al Concesionario por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido, que sería entonces el presunto incumplimiento de las recomendaciones del INFORME DE LA AUDITORÍA; 3) El Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012, NO contiene ningún rastro, evidencia, huella, o vestigio de alguna recomendación, tampoco contiene elementos de convicción referentes a las únicas y exclusivas recomendaciones que constan en el INFORME GENERAL DEFINITIVO DE AUDITORÍA AL SERVICIO DE VALOR AGREGADO CON MENSAJES PREMIUM A CONECEL S.A. careciendo el expediente sancionador de cualquier medio de prueba o prueba conducente, pertinente, y útil para demostrar el incumplimiento de las recomendaciones.

De otro lado, el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, manifiesta que a más de citar el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 como evidencia, no tiene prueba alguna que sustente o evidencie si CONECEL, cumplió o no las recomendaciones del equipo auditor, aprobadas por la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones.

Manifiesta que en el expediente administrativo sancionador no existe una fuente de prueba por parte de la CZO2, que le permita establecer presunción alguna de incumplimiento de disposiciones y recomendaciones del INFORME DE AUDITORÍA realizado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ya que solo cuenta con un Informe Técnico de Auditoría No. IT-CCDS-

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal

Tel.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito - Ecuador

AT-2018-012, el cual además de citar a otro informe firmado con el No. IT-CCDS-AT-2017-008 el cual forma parte del INFORME DE AUDITORÍA, no contiene ningún tipo de recomendaciones, únicamente hallazgos; y estos son medios de prueba y no prueba. (Lo subrayado me pertenece).

Respecto del Contenido del Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 y el Sistema de Responsabilidad Subjetiva, CONECEL esgrime que no existen los elementos para atribuir responsabilidad administrativa y motivar antijuridicidad alguna por lo supuestos hechos rescatados del Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012. Lo dicho anteriormente a decir de CONECEL, al ser la afirmación realizada en el informe ut supra al SERVICIO DE VALOR AGREGADO CON MENSAJES PREMIUM, remite obligatoriamente al Servicio de Valor Agregado y no al Servicio Móvil Avanzado, siendo éstos servicios absolutamente distantes, y que la normativa lo define como “un servicio de provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportadas en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija.

Esto, manifiesta la Operadora, tiene tres grandes consecuencias a saber: a) el titular de los contenidos enviados a usuarios, abonados, clientes, es el titular del SVA, quien en el expediente sancionador materia de análisis no es CONECEL, sino el integrador de SMS Premium; b) el monto sobre el cual debe calcular una presunta multa la Coordinación Zonal 2 es sobre el SVA, conforme lo ordena el artículo 122 de la LOT y c) los integradores deben tener un título habilitante conforme el artículo 37 de la LOT y el artículo 4 y la Ficha Descriptiva de este servicio del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción contenido en la Resolución 05-03-ARCOTEL-2016, vigente desde el 28 de marzo de 2016.

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-1800-M de 22 de octubre de 2019, la Función Instructora solicitó al Coordinador Técnico de Control que de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código Orgánico Administrativo "...se certifique documentadamente, si la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, habría o no cumplido con las recomendaciones señaladas en el numeral 6.3.9 del Informe Definitivo de Auditoría Técnica (Informe No. IT-CCDS-AT-2018-006 de 26 de junio de 2018).

Con Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1383-M de 25 de octubre de 2019, la Coordinación Técnica de Control, dando atención al Memorando referido en el párrafo que antecede, en lo principal manifestó:

"(...) La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones realizó la verificación al cumplimiento de las recomendaciones insertas en el Informe General Definitivo de la Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium, resultados que constan en los Informes Técnicos Nro. IT-CCDS-AT-2018-020 y IT-CCDS-AT-2018-021 con fechas 19 de noviembre de 2018 y 06 de diciembre de 2018, respectivamente.

A continuación se indica los resultados de la verificación de las recomendaciones señaladas, y se adjunta la documentación de respaldo:

1. La recomendación 2.1 del numeral 6.3.9 del Informe General Definitivo de Auditoría Técnica (Informe No. IT-CCDS-AT-2018-006 de 26 de junio de 2018), cuyos resultados de la verificación constan en el Informe IT-CCDS-AT-2018-021 (Adjunto Anexo 1), que entre otros señala lo siguiente:

"De acuerdo a lo manifestado por la operadora, ésta ha incluido controles que consiste en la activación de un Feature de bloqueo, dando cumplimiento a la recomendación 2.1 de la sección 6.3.9 del Informe General Definitivo de Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium de CONECEL S.A. de 26 de junio de 2018. Por lo tanto la operadora cumplió con la recomendación 2.1 (numeral 6.3.9) señalada en el Informe General Definitivo de Auditoría Técnica (IT-CCDS-AT-2018-006 de 26 de junio de 2018)."

Por lo tanto la operadora cumplió con la recomendación 2.1 (numeral 6.3.9) señalada en Informe General Definitivo de Auditoría Técnica (IT-CCDS-AT-2018-0006 de 26 de junio de 2018).

2. Las recomendaciones 2.2 y 2.3 del numeral 6.3.9 del Informe General Definitivo de Auditoría Técnica, (Informe No. IT-CCDS-AT-2018-006 de 26 de junio de 2018); cuyos resultados de la verificación constan en el Informe Nro. IT-CCDS-AT-2018-020 (...) en el que se concluye lo siguiente:

"Conforme el análisis realizado en el presente informe CONECEL S.A. ha incumplido las recomendaciones (cuyo plazo fue de 90 días calendario) emitidas en el Informe General Definitivo de Auditoría al Servicio con Mensajes Premium de 26 de junio de 2018, listada a continuación:

- Recomendación 2.2 de la sección 6.2.9
- Recomendación 2.2 de la sección 6.3.9
- Recomendación 2.3 de la sección 6.3.9
- Recomendación 2.2 de la sección 6.4.10

(...)"

Con estos antecedentes de hecho y de derecho expuestos, el abogado Luis Fernando Guerra, en su calidad de abogado patrocinador del Apoderado Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, ha desvirtuado el presunto cometimiento de la infracción por la que se emitió el acto de inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-AI-2019-0024, esto es, por incumplir las disposiciones y recomendaciones de los informes de auditoría realizados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 verificó la inexistencia en el expediente administrativo sancionador de algún documento que demuestre lo señalado por la Coordinación Técnica de Control respecto del numeral 2.1 de la Recomendación contenida en el numeral 6.3.9 del "Informe general Definitivo de Auditoría Técnica", toda vez que, una mera recomendación que se desvanece por una aseveración de la operadora de que habría incluido controles que consiste en la activación de un Feature de bloqueo, dando cumplimiento a la recomendación 2.1, sin un documento de descargo y que no ha sido comprobado por la Dirección Técnica de Control, sin haber sido verificada y contrastada, no puede ser desvanecida por la autoridad, sino ha existido un oportuno seguimiento de control de la referida recomendación, teniendo en cuenta además, que la carga de la prueba le corresponde a la Administración.

(...)

Por otro lado, si bien el "Informe General Definitivo de la Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium", contiene varias recomendaciones de estricto cumplimiento en este caso para el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, pretender sancionar a la operadora por el no cumplimiento de las recomendaciones cuando, conforme se desprende del Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1383-M de 25 de octubre de 2019, no existen los fundamentos, evidencias físicas, vestigios conducentes y pertinentes que conlleven a la autoridad que la presunta infracción se tratare de un incumplimiento específico a recomendaciones de un informe de auditoría, sino a un presunto incumplimiento de la operadora de otras obligaciones. Por lo tanto se puede considerar, que de las evidencias existentes habría una conducta presumiblemente punible, establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones con distinta tipificación, y una modificación de los hechos o mejor dicho, la exposición inicial de la Conducta determinada en el Informe de Control Técnico IT-CCDS-AT-2018-012, daba para determinar una posible infracción de segunda clase determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; sin embargo, la calificación de la posible infracción también varía, así como la sanción que resultaría de determinar la responsabilidad de la empresa Prestadora del Servicio de Telecomunicaciones.

(...)

6.- CONCLUSIÓN, PRONUNCIAMIENTO O RECOMENDACIÓN.-

Por lo anotado en consideración con lo que determina el artículo 258 del Código Orgánico Administrativo, se debe proceder a notificar con todo lo actuado al inculpado y luego iniciar un nuevo Procedimiento Administrativo, ordenando al Área Jurídica el archivo del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024, de 17 de septiembre de 2019 y disponiendo la reproducción de las siguientes piezas procesales:

- Informe de Control Técnico IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, en donde se determinan presuntos incumplimientos a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y al Título habilitante suscrito entre el Estado Ecuatoriano y el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.

- **Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M**, de 04 de julio de 2018, que contiene a realizar un análisis si la operadora CONECEL S.A., habría o no bloqueado los mensajes masivos de publicidad de los Abonados/Clientes y Usuarios que así lo hayan solicitado.
- **Oficio GR-01474-2019** de 07 de octubre de 2019, cursado por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL al Responsable de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, ingresado con número de trámite No. ARCOTEL-DEDA-2019-016416-E de 07 de octubre de 2019.
- **Memorando ARCOTEL-CZO2-2019-1657-M** de 15 de octubre de 2019.
- **Memorando ARCOTEL-CZO2-2019-1658-M** de 15 de octubre de 2019.
- **Memorando ARCOTEL-CZO2-2019-1600-M** de 22 de octubre de 2019.
- **Memorando ARCOTEL-CTDG-2019-0782-M** de 24 de octubre de 2019.
- **Memorando ARCOTEL-CZO2-2019-1615-M** de 24 de octubre de 2019.
- **Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2019-1204** de 24 de octubre de 2019.
- **Memorando ARCOTEL-CCON-2019-1383-M** de 25 de octubre de 2019.

(...)"

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

Con la finalidad de determinar la presunta infracción y sanción determinada en la **Ley Orgánica de Telecomunicaciones**, se deben considerar los siguientes fundamentos jurídicos:

3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

" (...)

Artículo 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.** (Lo resaltado en negrilla me pertenece)

(...)

Artículo 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.

(...)

Artículo 261.- El Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones.

(...)

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

Artículo 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, **telecomunicaciones**, vialidad,

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40 71 y Gaspar de Villarreal

Tel.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito – Ecuador



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. (Lo resaltado en negrilla me pertenece).

(...)"

3.2. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"(...)

Artículo 116.- Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.- El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.

La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes.

Artículo. 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.

(...)

Artículo 132.- Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas.- Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados. El infractor deberá cumplirlos de forma inmediata o en el tiempo establecido en dichos actos. En caso de que el infractor no cumpla voluntariamente con el pago de la multa impuesta, la multa se recaudará mediante el procedimiento de ejecución coactiva, sin perjuicio de la procedencia de nuevas sanciones, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.- La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución.

(...)

Artículo 142.- Creación y naturaleza.- Créase la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes.

(...)

Artículo 144.- Competencias de la Agencia.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

(...)

4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes

(...)

18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley. (El resaltado en negrilla me pertenece)

(...)*

3.3. REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

(...)

Artículo 10.- Del organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador es el competente para aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley, el presente Reglamento General y en los títulos habilitantes; puede contar con oficinas desconcentradas.- La competencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda..

(...)

Artículo 81.- Organismo Competente.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa.

(...)

Artículo 83.- Resolución.- La resolución del procedimiento administrativo sancionador deberá estar debidamente motivada y contendrá la expresión clara de los fundamentos de hecho y de derecho que sirvan para la imposición o no de la sanción que corresponda conforme lo previsto en la Ley y de ser el caso, en las infracciones y sanciones estipuladas en los respectivos títulos habilitantes. (...) Sin perjuicio de las decisiones adoptadas por la ARCOTEL, los usuarios podrán interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios.

(...)*.

3.4. RESOLUCIONES ARCOTEL.

- Resolución 04-03-ARCOTEL-2017 de 10 de mayo de 2017, publicada en el Registro Oficial - Edición Especial No. 13, del miércoles 14 de junio de 2017.

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales y legales resuelve EXPEDIR EL ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL, en el que entre otros aspectos se establece:

"(...) Artículo 2. Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Para cumplir con la regulación, el control y la gestión del espectro radioeléctrico y de los servicios de telecomunicaciones para que éstos sean brindados con calidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y diversidad; garantizando el cumplimiento de los derechos y deberes de prestadores de servicios y usuarios, se han definido dentro de la estructura orgánica de la ARCOTEL a procesos Gobernantes, Sustantivos, Habilitantes de Asesoría y de Apoyo, y Desconcentrados: (...)

Desconcentrados.- Permiten gestionar los productos y servicios de la Institución a nivel zonal, participan en el diseño de políticas, metodologías y herramientas; en el área de su jurisdicción en los procesos de información, planificación, inversión pública, reforma del Estado e innovación de la gestión pública, participación ciudadana, y seguimiento y evaluación". (El subrayado me pertenece)

(...)

CAPÍTULO III

DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA

Artículo 10. Estructura Descriptiva

(...)

2. NIVEL DESCONCENTRADO

2.2. PROCESO SUSTANTIVO

2.2.1. Nivel Operativo

2.2.1.1. Gestión Técnica Zonal.- (...)

II. Responsable: Director/a Técnico/a Zonal.

III. Atribuciones y Responsabilidades: (...)

7. Ejecutar el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control (...)"

• Resolución No. ARCOTEL-2019-0682 de 26 de agosto de 2019

"(...)

ARTÍCULO UNO.- *Disponer que los/las Directores Técnicos Zonales, ejerzan todas las atribuciones y responsabilidades establecidas, en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para el/la Coordinador Zonal.*

ARTÍCULO DOS.- *Disponer a los/las Directores/as Técnicos Zonales de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, que a más de las atribuciones y responsabilidades establecidas en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos, ejerzan la función sancionadora respecto de los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes a su jurisdicción, conforme lo establecido en los artículos 248 y 260 del Código Orgánico Administrativo; para el efecto, deberán emitir y suscribir todos los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de dichas funciones.*

ARTÍCULO TRES.- Disponer a los/las Directores Técnicos Zonales, designen el/la servidor/a público responsable del cumplimiento de la función instructora de todos los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes a su jurisdicción, conforme lo establecido en el artículo 248 del Código Orgánico Administrativo; para el efecto, el servidor público designado, deberá emitir y suscribir todos los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de las actuaciones previas a la emisión de la resolución del procedimiento administrativo sancionador.

ARTÍCULO CUATRO.- En los casos en los cuales el presunto incumplimiento que amerite el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, se cometa en más de una jurisdicción de las Coordinaciones Zonales, según la distribución territorial de la ARCOTEL, estos serán ejecutados por la Coordinación Zonal 2.
(...)"

4. PROCEDIMIENTO.-

Este procedimiento sancionador se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 248 al 260 del Código Orgánico Administrativo y respetando las garantías básicas del debido proceso en el ámbito administrativo consagradas en artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, especialmente el derecho a la defensa establecido en el número 7, letras a), c) y h) de la Ley Suprema, que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA.-

5.1 CONTESTACIÓN AL ACTO DE INICIO.

El Prestador del Servicio Móvil Avanzado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, mediante ingreso, de Documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, de 19 de diciembre de 2019, presenta su contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, debidamente notificado con Oficio Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-0309-OF de 04 de diciembre de 2019, mismo que consta en el expediente, y que fuere recibido por el señor Martín Avilés, con la misma fecha, hecho cierto que consta de la prueba de notificación emitida por la Secretaría de la Función Instructora, conforme se desprende del Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-1952-M de 10 de diciembre de 2019.

De la contestación que fuere recibida en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones por parte del Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se desprende del Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-015 de 06 de febrero de 2020 lo siguiente:

"(...)

- En la página 4:

"(...)

III

DE NUESTROS ALEGATOS

❖ **DEL TÍTULO HABILITANTE, EL MONTO DE REFERENCIA Y EL SERVICIO PRESUNTAMENTE INFRINGIDO**

Señor Instructor, tanto en el PAS N° ARCOTEL-CZO2-AI-2019-0037 (vigente hoy día) como en el PAS N° ARCOTEL-CZO2-AI-2019-0024 (archivado), ambos están motivados en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012, mismo que señala:

"(...) Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018 en el cual la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la AROCTEL (...)"

- ❖ Del informe ut supra es preciso rescatar
 - "5. ALCANCE
Validar que la operadora CONECEL S.A., este bloqueando los mensajes masivos de información referente a publicidad de los Abonados-Clientes y Usuarios que hayan solicitado el bloqueo de los mismos considerando los servicios de Valor Agregado por medio de mensajes masivos realizados en el periodo de agosto de 2008 a febrero de 2017. (El resaltado nos pertenece)

(...)

La CZO2 y las respectivas Coordinaciones y Direcciones cuando han emitido informes y memorandos, han dejado muy claro que el Servicio o título habilitante sobre el cual se establecen las presunciones, es el Servicio de Valor Agregado (SVA) con mensajes Premium; no el servicio móvil avanzado, por lo tanto resulta inconfesable que el Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2019-0782-M, contenido del pronunciamiento de la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, que forma parte de vuestro Acto Administrativo, haga referencia a los ingresos totales de CONECEL del servicio móvil avanzado. (...) (Lo subrayado me pertenece).

(...)

Al respecto y sin aceptar ninguno de los hechos y presunciones imputadas a CONECEL, nos permitimos señalar que el Artículo 122 de la LOT señala de manera categórica " (...) 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. (...)"

(...)

El Reglamento para otorgar Títulos Habilitantes para servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico en la ficha descriptiva del Servicio Móvil Avanzado indica lo siguiente:

"Especificaciones técnicas, operativas o legales a cumplir, relacionadas específicamente con el servicio:

(...)

4. En caso de que los prestadores del servicio móvil avanzado o de telefonía fija presten el servicio de valor agregado de forma directa, no requieren de título habilitante adicional a dichos servicios" (lo resaltado me pertenece)

(...)"

ANÁLISIS.-

Respecto de lo señalado por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en relación a su Título Habilitante del Servicio Móvil Avanzado, el monto de referencia en caso de determinarse una presunta infracción con su correspondiente sanción, así como el servicio presuntamente infringido se tiene que: con fecha 26 de agosto de 2008, el Estado Ecuatoriano suscribió el "Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado"; con una duración de quince años a partir del 27 de agosto de 2008; en este sentido, si bien el título habilitante comprende de manera "global" la prestación del servicio móvil avanzado, el servicio materia de análisis de este Procedimiento Administrativo Sancionador es referente a Servicio de Valor Agregado, se debe considerar además que los Informes de orden Técnico que fueron en su momento notificados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones a CONECEL., con oficio No. ARCOTEL-DEAR-2016-0114-OF de 03 de octubre de 2016, Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2017-008 de 04 de abril de 2017, Oficio No. ARCOTEL-CCON-2018-0638-OF, de 27 de junio de 2018, Informe General Definitivo de Auditoría al Servicio de Valor

Agregado con Mensajes Premium (Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-006, de 26 de junio de 2018), corresponden al Servicio de Valor Agregado.

De otro lado como antecedentes de derecho del Informe General Definitivo de Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium (Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-006, de 26 de junio de 2018), entre otros consta el artículo 7 del Reglamento para Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, que señala: **"Art. 7.- Prestación de servicios de telecomunicaciones y de valor agregado contratados.- No generarán obligaciones al abonado/cliente la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo los suplementarios, adicionales, de valor agregado o facilidades similares preestablecidos o activados previamente por el prestador, y la contratación de aplicaciones, facilidades, y servicios soportados en servicios finales, tales como : acceso a contenidos, descargas y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, independientemente de su tarifa o precio al abonado/cliente, sino cuentan con el consentimiento y aceptación previa por parte del abonado/cliente. (...)"**. El artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prevé en los números 1 y 14, entre los derechos de los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones a disponer y recibir los servicios de telecomunicaciones contratados, de forma continua, regular, eficiente, con calidad y a exigir a los prestadores de los servicios contratados, el cumplimiento de los parámetros de calidad aplicables; y concordantemente, el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, impone a todos los Prestadores de servicios de telecomunicaciones entre otras obligaciones, la de cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, así como lo dispuesto en los títulos habilitantes, y de manera particular, respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente; así como también a cumplir 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.

La Seguridad Jurídica es un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público, es decir, es la certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica, la cual no será modificada sino por procedimientos regulares que son establecidos de manera clara y previamente. Así se entiende que, el Estado garantiza a los administrados la seguridad jurídica, misma que versa en el respeto a la Constitución de la República y normativa vigente, la cual deberá ser clara y precisa, a fin de evitar una interpretación errónea y provocar vulneración de derechos y garantías constitucionales. Debe entenderse como la confianza que gozan los ciudadanos al momento de observar y respetar todas las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. La potestad sancionadora se configura entre el principio de tipicidad, el principio de legalidad. El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que 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. (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; y, para finalizar el numeral 7 literal i) dispone que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. (*non bis in idem*).

Empero de lo manifestado, la Función Instructora de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, debe observar lo expuesto por el Juez Constitucional de la Unidad Judicial del Trabajo respecto de la Resolución ARCOTEL-CZ02-2018-051, en donde en lo principal señala:

(...) por ello como Juez Constitucional dentro de la presente acción de protección no me corresponde entrar al análisis del legalidad de la multa, error de cálculo en la multa planteada, posible ilegalidad en la resolución o de los recursos planteados dentro del proceso sancionador pero si en determinar la violación de índole constitucional alegada por la accionante, al aplicársele una sanción sobre un hecho diferente al cual se le imputo la misma; el Art. 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala: "Art. 122.- Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá en 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.(. . .)”; es decir que la multa debe ser impuesta con relación al servicio o título habilitante del que se trate, en este caso se trató del contrato de servicio de telefonía fija y así lo ha sido reconocido la parte accionada y confirmado con el oficio No. ARCOTEL-CZ02-2018-0324-0F de fecha 14 de noviembre del 2018 suscrito por el Ing. Jase Francisco Freire Cuesta, Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, que en su parte pertinente señala: “Del memorando transcrito, se desprende que efectivamente existió un error en la entrega de la información a esta Coordinación Zonal 2 por parte de la unidad competente de la ARCOTEL, sobre los ingresos por concepto del Servicio de Telefonía Fija de CONECEL S.A... error que provoco a su vez que, el monto de referencia utilizado en el cálculo del valor de la sanción económica impuesta en la Resolución ARCOTEL-CZO2-2018-051 del 11 de octubre del 2018, no haya sido el correcto. ”; es decir un reconcomiendo tácito de que se le interpuso una multa o sanción sobre un contrato que no correspondía al que fue producto del proceso sancionador, dejando a la parte accionante en completa indefensión por cuanto durante todo el proceso administrativo centro su defensa y pruebas de descargo en un hecho específico y al momento de resolver se le aplica una multa o sanción sobre un hecho diferente, es decir sobre un contrato de concesión de móvil avanzado cuando la infracción era sobre un contrato de servicio de telefonía fija; el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador señala: “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. ”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento ... (...)”

Bajo las premisas constitucionales y de los objetivos, alcance, y desarrollo de la auditoría que en su momento le fuere notificada al Prestador del Servicio Móvil Avanzado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se deduce, que existe el soporte y fuente suficiente de información técnica que evidenciaría un presunto incumplimiento por parte del administrado, a las recomendaciones contenidas en el Informe de Auditoría, mismas que están perfectamente descritas e identificadas por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado; éstas son el material fáctico que dio origen al inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador. De allí dicho acto realiza un análisis de los hechos, y en la conclusión existe una coherencia formal y material entre lo recomendado en dicho proceso, con el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, lo que se denomina *silogismo jurídico*.

De comprobarse el cometimiento de la infracción, al amparo de los principios constitucionales ya enunciados, y en aplicación del principio “*pro administrado*”, la Función Instructora deberá determinar, en caso de emitirse una sanción, si tomando en consideración lo manifestado, y en aplicación de lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el monto de referencia debe calcularse sobre los ingresos correspondientes al Servicio de Valor Agregado.

- En las páginas 10 y 11 el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, señala:

“(...)

- ❖ DEL CONTENIDO DEL INFORME TÉCNICO NO. IT-CCDS-AT-2018-012 Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

(...)

La afirmación realizada en el Informe Técnico NO. IT-CCDS-AT-2018-012 - más aún cuando el INFORME DE AUDITORÍA literalmente indica que es “AL SERVICIO DE VALOR AGREGADO CON MENSAJES PREMIUM A CONECEL S.A” - nos remite obligatoriamente al mercado Servicio de Valor Agregado (SVA) y no al Servicio Móvil avanzado (SMA), servicios que de conformidad con la Ley se ubican en regímenes absolutamente diferentes, y que en el caso de SVA la normativa lo define como “un servicio de provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportadas en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija”.

La inferencia arriba expuesta tiene tres grandes consecuencias, a) el titular que brinda el acceso a los contenidos enviados a usuarios, abonados y clientes, es el titular del SVA, quien, en el presente expediente sancionador, no es CONECEL sino el Integrador de SMS Premium

(...)

Tal como se indica en el artículo 37 de la LOT y en la Resolución 05-03-ARCOTEL-2016, los integradores están en su obligatoriedad desde marzo del 2016 de obtener el Título Habilitante para la prestación del Servicio de Valor Agregado; y que CONECEL por disposición expresa no lo deba obtener. Así también la Autoridad está en la competencia de sancionar a estos Integradores en virtud de las letra a) de los artículos 117, 118 Y 119 de la LOT.

(...)"

ANÁLISIS.-

El Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL suscribió, el 26 de agosto de 2008, el "CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DEL SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, LOS QUE PODRÁN PRESTARSE A TRAVÉS DE TERMINALES DE TELECOMUNICACIONES DE USO PÚBLICO Y CONCESIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ESENCIALES", y en éste se establece entre otras obligaciones en su Cláusula Veinte y Cuatro, siendo esto un derecho a solicitar otros títulos habilitantes para prestación de Servicios de Telecomunicaciones no previstos en este Contrato, debiendo cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la Legislación Aplicable y en la misma Cláusula; **Veinticuatro punto Dos.- manifiesta:** "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)" (...) Lo subrayado me pertenece). En el Capítulo Noveno Cláusula Cuarenta y Uno establece como derechos de los usuarios que en la prestación de los servicios, la Sociedad Concesionaria respetará los derechos de los Usuarios que fueron previstos en el contrato de adhesión, en este Contrato y en el Ordenamiento Jurídico Vigente, será responsable por las acciones que se deriven de la trasgresión a dichos derechos en la prestación de tales servicios. En la misma Cláusula, dispone que la Sociedad Concesionaria se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y que no hayan sido autorizados por el Cliente. De lo dicho, si bien es cierto lo manifestado por el administrado respecto de que dichos servicios de conformidad con la Ley "...se ubican en regímenes absolutamente diferentes..." no es menos cierto que éstos deben ser controlados por la misma operadora; así la razón no pide fuerza cuando fue entonces la misma operadora quien a través del Oficio GR-0735-2017 ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-006269 el 24 de abril de 2017, manifestó entre otros aspectos que; "...la obligatoriedad de mantener dicha lista se creó a partir de la expedición de la Resolución ARCOTEL-2017-0143 y su publicación en el Registro Oficial, sin perjuicio de aquella nuestra representada de manera proactiva de cara a un mejor servicio, ya la tenía implementada con ciertas características, por lo que, es necesario tomar en cuenta lo informado por CONECEL al Equipo Auditor, sobre el funcionamiento y acciones que se ejecutan al ingresar las líneas a la mencionada lista (...), y se refiere el administrado incluso a lo que sucede cuando se ejecuta el bloqueo de los mensajes SMS Premium; de allí que lo mencionado por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones en cuanto a que "...el titular que brinda el acceso a los contenidos enviados a usuarios, abonados y clientes, es el titular del SVA, quien, en el presente expediente sancionador, no es CONECEL sino el Integrador de SMS Premium (...)" no observa lo estipulado en el Contrato de Concesión por cuanto intenta evadir su responsabilidad la transgresión de los derechos a los abonados/clientes, usuarios, así como su responsabilidad en adoptar las acciones tendientes para efectos de bloquear los mensajes masivos enviados a los abonados/clientes, usuarios que a pesar de haber solicitado a la operadora la no recepción de dichos mensajes, ésta haciendo caso omiso no bloqueó 28.592 mensajes masivos que fueron enviados por la plataforma SAT-PUSH en el período de agosto 2008 a febrero de 2017. De lo dicho, se desvirtúa lo planteado por el administrado aún más cuando el artículo 22 numeral



24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone como derechos de los abonados, clientes, usuarios, 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. (El énfasis y subrayado me corresponde).

- En la páginas 15 y 16 el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, señala:

(...)

- **DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS**

(...)

Esta traslación de principios propios del Derecho Penal hacia el Administrativo Sancionador que consagra la Constitución, ofrece un fundamento consistente para que la legislación secundaria reconozca el principio de tipicidad en la regulación de las infracciones administrativas y comporta para la autoridad pública una obligación de aplicar ese principio al momento de instruir un PAS y asignar una consecuencia jurídica a los particulares.

i. Tipicidad

(...)

La doctrina es clara al señalar que el presunto infractor debe adecuar su comportamiento al tipo contemplado en la ley, para que, de esta forma, pueda determinarse la culpa del sujeto activo respecto del ilícito, y, por ende, imponerse la sanción prevista para el caso.

En tal virtud, para que el comportamiento de CONECEL se subsuma en la infracción contenida en el numeral 16 del literal b del Artículo 117 de la LOT como ordena la norma y en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 195 numeral 1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), éste debe ser imputable al administrado, es decir, debe ser responsable del cometimiento del mismo.

ANÁLISIS.-

El Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL suscribió, el 26 de agosto de 2008, el "CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DEL SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, LOS QUE PODRÁN PRESTARSE A TRAVÉS DE TERMINALES DE TELECOMUNICACIONES DE USO PÚBLICO Y CONCESIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ESENCIALES", de allí que como ya se ha mencionado con anterioridad, la operadora pretende desconocer lo contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, artículo 22 numeral 24 y lo más grave desconocer lo estipulado en el Contrato de Concesión, el mismo que bajo ningún concepto deslinda al administrado su responsabilidad en **adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos** generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y que no hayan sido autorizados por el Cliente, transgrediendo los derechos de los abonados, clientes, usuarios, y es justamente que en observancia del principio de tipicidad, la administración, sobre la base de un informe técnico el mismo que no resiste análisis alguno y que incluso fue objeto de contradicción en su determinado momento por parte de la operadora, determina una presunta infracción a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a principios constitucionales como al ordenamiento jurídico vigente, es decir a lo "pactado" por las partes estado-administrado mediante un contrato de concesión. En este sentido el administrado partiendo de una premisa equivocada al sostener que el ilícito debe ser imputado al prestador del Servicio de Valor Agregado y no a ésta, erróneamente manifiesta que el comportamiento debe adecuarse al tipo contemplado en la ley, para que de esta forma pueda determinarse la culpa del sujeto activo respecto del ilícito, y por ende imponerse una sanción, claro está para la administración que el tipo contemplado en la Ley existe, de acuerdo con ello y con el Contrato de Concesión el responsable de la presunta infracción por no adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos sería la operadora y no cualesquier otra

persona (natural o jurídica) y por ende la sanción prevista en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, sería perfectamente aplicable a CONECEL S.A., en razón de que el presunto infractor habría adecuado su comportamiento al tipo contemplado en la Ley.

- En la página 17 el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, entre otros aspectos señala:

(...)

ii. De la seguridad jurídica

En lo que respecta a la seguridad jurídica, la Constitución de la República establece en su Artículo 82 que,

"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".

Por su parte, la propia Corte Constitucional ha establecido que la seguridad jurídica lo siguiente:

"(...) constituye el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues brinda a las personas certeza de que la aplicación normativa se realizará acorde a la Constitución y que las normas aplicables al caso concreto han sido determinadas previamente, son claras y públicas, y aplicadas únicamente por autoridad competente. Solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que garantizan el acceso a la justicia y una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (...)"

ANÁLISIS.-

De lo actuado por la Función Instructora de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, se tiene que: 1) el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL suscribió, el 26 de agosto de 2008, el "CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DEL SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, LOS QUE PODRÁN PRESTARSE A TRAVÉS DE TERMINALES DE TELECOMUNICACIONES DE USO PÚBLICO Y CONCESIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ESENCIALES"; 2) la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en ejercicio de sus competencias y acatando principios los constitucionales, legales y contractuales previstos en los artículos 226, 261, 313 de la Constitución de la República del Ecuador; observando lo dispuesto en los artículos 3 numeral 1, 7; artículo 22 numeral 5, 11, 12, 24; artículo 24 numerales 3, 4, 6, 7, 18, 21, 25, y 28; artículo 64 numeral 7; artículo 142; artículo 144 numerales 1, 4, 22, 23, y 30; Disposición Final Cuarta, todas de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, artículo 59 numeral 6 y 62 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; artículo 17, y 20 del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; artículo 7, 16 numeral 16.2 artículo 19 numeral 19.1, 19.2, y 19.3, artículo 35 numerales 35.1 y 35.2 (De los Derechos de los Abonados/Clientes-Usuarios), Cláusula Doce (Doce punto Uno, Doce punto quince, Doce punto Diecisiete, Doce punto Dieciocho, Doce punto Diecinueve), Cláusula Veinte y Dos (Veinte y Dos punto Dos), Cláusula Veinte y Cuatro (Veinte y Cuatro punto Dos), Cláusula Treinta y Tres, Cláusula Cuarenta y Cuatro (Cuarenta y Cuatro punto Ocho), Cláusula Cuarenta y Seis (Cuarenta y Seis punto Dos, Cuarenta y Seis punto Cinco, Cuarenta y Seis punto Seis) del Contrato de Concesión ya referido en varias ocasiones, notificó a través Oficio No. ARCOTEL-DEAR-2016-0114 de 03 de octubre de 2016 al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL con el inicio de la Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium; mediante oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0126-OF de 05 de abril de 2017, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones remitió a CONECEL, el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2017-008 de 04 de abril de 2017, con



el fin de que sea el administrado quien realice las observaciones a dicho informe; mediante oficio No. GR-0735-2017 (Número de trámite ARCOTEL-DEDA-2017-06269-E), CONECEL, remite el análisis y las observaciones al informe técnico ya referido; con oficio No. ARCOTEL-CCON-2018-0304-OF de 27 de marzo de 2017, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones comunicó en legal y debida forma a la operadora que habiendo culminado el proceso de auditoría, se remite el Informe Provisional de Auditoría, con la finalidad de que se realicen por parte de CONECEL, las observaciones que correspondan; mediante Oficio No. ARCOTEL-CCDS-2017-0196-OF de 08 de junio de 2017 la ARCOTEL solicita ampliar cierta información, documentos verificadores, se detalle causas de inconsistencias entre otros, relacionada con el hallazgo detallado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2017-014; mediante Oficio ARCOTEL-CCON-2018-0638-OF de 27 de junio de 2018, la ARCOTEL realizó la entrega del Informe General Definitivo de Auditoría al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium ejecutada a CONECEL; mediante Informe de Control Técnico IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, se determinan presuntos incumplimientos a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y al Título habilitante suscrito entre el Estado Ecuatoriano y el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL; del Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M, de 04 de julio de 2018, se realiza por parte de la ARCOTEL un análisis a efectos de verificar si la operadora CONECEL S.A., habría o no bloqueado los mensajes masivos de publicidad de los Abonados/Clientes y Usuarios que así lo hayan solicitado; Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M de 04 de julio de 2018, a través del cual, el Coordinador Técnico de Control pone en conocimiento del Coordinador Zonal 2 de la Coordinación Zonal 2, que:

"(...) se adjunta el informe técnico No. IT-CCDS-AT-1018-012 de fecha 4 de julio de 2018, relacionado a validar que la operadora CONECEL S.A. esté bloqueando los mensajes masivos de información referente a Publicidad de los Abonados/Clientes Y Usuarios que hayan solicitado el bloqueo de los mismos, a fin de que se adopten las acciones administrativas que consideren pertinentes en su jurisdicción.

A continuación, se procede a remitir la siguiente recomendación y conclusión del Informe Técnico señalado:

(...)

"7. CONCLUSIÓN

Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH. (...)"

De los antecedentes descritos con minuciosidad la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones evidencia su irrestricto apego a las normas Constitucionales y legales, se demuestra de igual manera, que en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se ha observado el derecho a la seguridad jurídica, respetando la Constitución, la administración, antes y durante todo el procedimiento administrativo previo al inicio del procedimiento en curso ha actuado bajo un marco jurídico con normas previas, claras públicas fruto de lo cual la autoridad competente, esto es el Responsable de la Función Instructora de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL en ejercicio de sus competencias, revestido de la autoridad que le asiste por Ley, emitió el Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, de 02 de diciembre de 2019. De lo dicho no cabe la menor duda de que lo actuado por la administración a través de la Función Instructora garantiza al administrado una tutela efectiva e imparcial que de ninguna manera determina ya responsabilidades, sino por el contrario presunciones, y, que durante la etapa procedimental para la evacuación de pruebas el administrado bajo el principio de inocencia, y observando las garantías básicas del debido proceso ha accedido a su defensa y ha expuesto de manera escrita

y verbal sus alegatos y su defensa, que en lo posterior deberá ser resuelto motivadamente por el Órgano Resolutor de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

(...)"

De la contestación que fuere recibida en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones por parte del Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL, se desprende del Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020 lo siguiente:

"(...)

3. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS TÉCNICOS.-

3.1. CONTESTACIÓN POR PARTE DEL PRESTADOR AL ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019

3.1.1. PARTE 1

En las páginas 2 y 3 del escrito de contestación de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se manifiesta textualmente lo siguiente:

(...)

II.

DE LOS HECHOS

Su Despacho señala como fundamento de hecho del acto de inicio, las siguientes actuaciones administrativas:

- *Mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M de fecha 04 de julio de 2018, emitido por la Coordinación Técnica de Control, puso en conocimiento a la COZ2 el informe técnico No.IT-CCDS-AT-2018-012.*
- *Dicho informe concluye*
(...)

7. CONCLUSION.

Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH.

(...)



Señor Instructor el presente informe concluye inculpando a mi representada por la acción de remisión de mensajes masivos a abonados, clientes o usuarios.

- Como parte de la motivación implementada por vuestro despacho, consta del presente acto el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2019-1204, el cual concluye:

| |
|---|
| COORDINACIÓN ZONAL 2 INFORME TÉCNICO No. IT-CZO2-C-2019-1204 |
| Quito, 24 de octubre de 2019 |

4. CONCLUSIÓN

En atención a lo solicitado por el Responsable del Proceso de Gestión Técnica de la Coordinación Zonal 2 mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-1557-M de 15 de octubre de 2019, se efectuó un análisis de los hechos y alegatos planteados por CONECEL en contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024 de 17 de septiembre de 2019, en el ámbito estrictamente técnico que corresponde, y con base en el análisis expuesto se considera que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-012 de 4 de julio de 2018, puesto que la operadora no demuestra que haya adoptado las debidas acciones para bloquear los 78.592 mensajes masivos no solicitados por clientes y que fueron enviados por la plataforma SAT-PUSH en el período de agosto 2008 a febrero 2017; aun cuando dicha obligación está establecida en las cláusulas CUARENTA Y UNO PUNTO DOCE Y CUARENTA Y UNO PUNTO TRECE de su Contrato de Concesión de 26 de agosto de 2008.

Por lo antes indicado, a fin de que se considere en la Resolución la graduación de la posible sanción a ser impuesta, a continuación se realiza el análisis de atenuantes y agravantes en relación a la infracción establecida en el artículo 118, letra b, número 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señalada en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-024 de 17 de septiembre de 2019.

Señor Instructor el presente informe inculpa a nuestra representada sobre una omisión de haber adoptado acciones de bloqueo.

- Forma parte de los argumentos del acto de inicio notificado por vuestro despacho, el Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2019-0782-M, contenido del pronunciamiento de la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes referente a los ingresos totales de CONECEL con relación al servicio móvil avanzado.

Informe sobre el que nos pronunciaremos en su momento oportuno.

- ❖ Adjunta igualmente el memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2018-0793-M, referente a validar que la operadora CONECEL esté bloqueando los mensajes masivos de información referente a publicidad de los abonados, clientes y usuarios que hayan solicitado el bloqueo de los mismos. Memorando que pone en conocimiento a vuestro despacho del Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 el cual en su Alcance indica lo siguiente:

5. ALCANCE

Validar que la operadora CONECEL S.A. esté bloqueando los mensajes masivos de información referente a Publicidad de los Abonados/Cientes y Usuarios que hayan solicitado el bloqueo de los mismos considerando los servicios de Valor Agregado por medio mensajes masivos (canal SAT-PUSH), realizadas en el periodo de agosto de 2008 a febrero de 2017.

(...)"

ANÁLISIS:

Respecto de las actuaciones administrativas a las que hace alusión CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, es necesario analizar, no únicamente lo citado por la Operadora, sino íntegramente el contenido y hallazgos de esos documentos y sus antecedentes como lo son, además de los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204, los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-

006 e IT-CCDS-AT-2017-008, que son de conocimiento del Prestador, forman parte del antecedente y se encuentran incorporados en el expediente.

Ahora bien, para esclarecer lo expuesto, pese a que esto no es parte de la argumentación, es necesario tomar en consideración la normativa o norma materia de control sobre la cual se ejecutó la acción de control de lo cual se rescata lo siguiente:

- EI CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DEL SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, LOS QUE PODRÁN PRESTARSE A TRAVÉS DE TERMINALES DE TELECOMUNICACIONES DE USO PÚBLICO Y CONCESIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ESENCIALES suscrito entre CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL y el Estado Ecuatoriano el 26 de agosto de 2008, señala:

"(...) CUARENTA Y UNO PUNTO DOCE.- En cualquier momento el Cliente podrá solicitar por cualquier medio, sin costo alguno, la suspensión para la recepción de mensajes masivos.

CUARENTA Y UNO PUNTO TRECE.- La Sociedad Concesionaria se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y que no hayan sido autorizados por el Cliente. (...)"

- La ley Orgánica de Telecomunicaciones expedida a través de Registro Oficial N° 439 de 18 de febrero de 2015, establece en su Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios:

"(...) 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 este sentido y partiendo de lo determinado en la normativa señalada se justifica que el alcance y objetivo(s) de los Informes Técnicos contengan o utilicen los términos: "validar o verificar el bloqueo de mensajes masivos", "validar o verificar el envío de mensajes masivos", "validar o verificar el envío de mensajes masivos desde la red de la operadora", "validar o verificar la implementación de acciones para el bloqueo de mensajes masivos", etc., y de la misma forma para establecer o detallar la conclusión con el hallazgo que se encuentra orientado a la norma a controlar; pues como se denota si se realiza un análisis íntegro de todo el contenido se tiene muy clara la orientación de la conclusión y por ende del hecho o hallazgo, independiente de la redacción que se le haya dado. En el presente caso, se debe tener muy presente, que el tema de fondo se relaciona a que abonados / clientes / usuarios recibieron mensajes masivos, remitidos (independiente del generador del contenido) desde la red de la Operadora del Servicio Móvil Avanzado de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL; entonces cabe aseverar que la conclusión del Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-012 guarda completa relación con el tema de fondo señalado ya que especifica que la operadora envió mensajes masivos (cabe señalar/aclarar que los mensajes masivos son enviados desde los elementos de red de la operadora del Servicio Móvil Avanzado de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL), y, de la misma forma la conclusión del Informe Técnico IT-CZO2-C-2019-1204 cuya redacción se orienta más hacia lo señalado en el contrato de concesión, y por ende derivan (del análisis integral del contenido de los documentos analizados) en que la operadora envió / permitió que se envíen / permitió que se cursen / no adoptó acciones para bloquear mensajes masivos a

sus abonados / clientes / usuarios cuando éstos solicitaron no recibir este tipo de mensajes y se encontraban en "Lista Negra V2".

3.1.2. PARTE 2

En las páginas 10 a 12 del escrito de contestación de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, referente a "DE NUESTROS ALEGATOS" se manifiesta textualmente lo siguiente:

"(...)

❖ **DEL CONTENIDO DEL INFORME TÉCNICO NO. IT-CCDS-AT-2018-012 Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA**

Señor Instructor, resumido los hechos en los cuales se presupone el cometimiento de una infracción administrativa y por consiguiente el deber de aplicar una consecuencia jurídica, es de nuestro interés supremo el exponer y analizar uno de los elementos que constituyen requisito sine qua non a fin de atribuir una consecuencia jurídica sancionatoria. Es en el ejercicio de este proceso inferencial, que su despacho evidenciará que CONECEL no puede ser imputado ni presuntamente, ya que no existen los elementos para atribuir responsabilidad administrativa y motivar antijuridicidad alguna por los supuestos hechos rescatados en el Informe Técnico No.IT-CCDS-AT-2018-012.

El informe Ut supra, señala

2. 3.1.6 Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SA T-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.535 suscripciones al servicio de mensajería Premium a través del canal SAT PUSH.

La afirmación realizada en el Informe Técnico No.IT-CCDS-AT-2018-012 - más aún cuando el INFORME DE AUDITORÍA literalmente indica que es "AL SERVICIO DE VALOR AGREGADO CON MENSAJES PREMIUM A CONECEL SA" - nos remite obligatoriamente al mercado Servicio de Valor Agregado (SVA) y no al Servicio Móvil avanzado (SMA), servicios que de conformidad con la Ley se ubican en reglmenes absolutamente diferentes, y que en el caso de SVA la normativa lo define como "un servicio de provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportadas en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija". (el resaltado me pertenece)

La inferencia arriba expuesta tiene tres grandes consecuencias, a) el titular que brinda el acceso a los contenidos enviados a usuarios, abonados y clientes, es el titular del SVA, quien, en el presente expediente sancionador, no es CONECEL sino el Integrador de SMS Premium, b) el monto sobre el cual debe la CZ02 calcular ante una presunta multa es sobre el SVA, conforme lo ordena el Artículo 122 de la LOT y c) los integradores deben tener un Título habilitante, conforme el Artículo 37 de la LOT y el artículo 4 y la ficha descriptiva de este servicio en el Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción contenido en la Resolución 05-03-ARCOTEL-

Coordinación Zonal 2:

Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel

Tel.: (593-02) 2 272 180

www.arcotel.gob.ec

Quito - Ecuador

2016, vigente desde el 28 de marzo del 2016. La realidad técnica señor Instructor es que CONECEL frente a los integradores (titulares de SVA) no es más que el "dueto" o canal por el cual fluye el contenido cuando el usuario lo accede en las premisas del Integrador de SMS Premium, hecho que nos deslinda a priori de cualquier acción u omisión de un integrador.

Ahora bien, en el informe técnico No.IT-CCDS-AT-2018-012, se aduce que CONECEL "remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes y usuarios, solicitaron no recibirlos" afirmación que contiene algunos errores insubsanables que evidenciamos así:

- ❖ CONECEL "remitió dichos mensajes"; señor Instructor, tal y como puede evidenciarse con los códigos desde donde se originaron los 28.592 mensajes que erróneamente le son imputados a mi Representada, los agentes económicos que remiten dichos mensajes son: XURPAS, BEMOBI, LINK MOBILE LINKMBL S.A. y Huawei (Integradores de SMS Premium) los que por mandato de la Ley y regulación deben contar con Título Habilitante, siendo los responsables directos del envío o remisión en las condiciones que establece la Ley para tal efecto. En el Anexo 8 se presenta la distribución de los 28.592 mensajes que erróneamente han sido imputados a mi Representada, identificando con total caridad a los agentes económicos que remitieron dichos mensajes.

Tal como se indica en el artículo 37 de la LOT y en la Resolución 05-03-ARCOTEL-2016, los integradores están en su obligatoriedad desde marzo del 2016 de obtener el Título Habilitante para la prestación del Servicio de Valor Agregado; y que CONECEL por disposición expresa no lo deba obtener. Así también la Autoridad está en la competencia de sancionar a estos Integradores en virtud de la letra a) de los artículos 117, 118 Y 119 de la LOT.

- ❖ El envío de los 28.592 mensajes de sat push son de propiedad exclusiva de los agentes económicos ut supra, por lo tanto, la titularidad del contenido y la acción de remisión, no es responsabilidad de CONECEL.

ANÁLISIS:

CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL suscribió, el 26 de agosto de 2008, el CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA **PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO**, DEL SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, LOS QUE PODRÁN PRESTARSE A TRAVÉS DE TERMINALES DE TELECOMUNICACIONES DE USO PÚBLICO Y CONCESIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ESENCIALES (destacado fuera del texto original), en el que se establece:

"(...) CAPÍTULO QUINTO: DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.- (...)
CLAÚSULA VEINTICUATRO.- Otros títulos habilitantes y permisos.- Veinticuatro punto Uno.- Títulos habilitantes no comprendidos en la Concesión.- La Sociedad Concesionaria tiene el derecho a solicitar otros títulos habilitantes para prestación de Servicios de Telecomunicaciones no previstos en este Contrato, debiendo cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la Legislación Aplicable.- **Veinticuatro punto Dos.-** 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).-(...) (subrayado fuera del texto original)

"(...) CAPÍTULO NOVENO: RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL USUARIO.- CLAÚSULA CUARENTA Y UNO.- Derechos de los Usuarios.- Cuarenta y Uno punto Uno.- En la prestación de los servicios, la Sociedad Concesionaria respetará los derechos de los Usuarios que fueren previstos en el contrato de adhesión, en este Contrato y en el Ordenamiento Jurídico Vigente, será responsable por las acciones que se deriven de la transgresión a dichos derechos en la prestación de tales servicios, así como por las condiciones deficientes de los productos y servicios que se ofrezcan.- (...) Cuarenta y Uno punto Doce.- En cualquier momento el Cliente podrá solicitar por cualquier medio, sin costo alguno, la suspensión para la recepción de mensajes masivos.- Cuarenta y Uno punto Trece.- La Sociedad Concesionaria se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y que no hayan sido autorizados por el Cliente.-(...)" (subrayado fuera del texto original)

Considerando que tanto en el Informe Técnico Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 como en el Informe Técnico IT-CZO2-C-2019-1204, sus conclusiones hacen mención al envío de mensajes masivos a través del canal o la plataforma "SAT-PUSH", es necesario incorporar al presente análisis el funcionamiento de esta plataforma, conforme consta en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-006 (páginas 38 y 39), cuyo insumo o sustento relacionado a la plataforma en mención es la información entregada por CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL según Acta de Inspección de 12 y 13 de diciembre de 2016, y Oficios GR-1061-2016 y GR-1990-2016, de lo que se tiene:

En el documento denominado "Esquema de suscripción TecnicoV12.3.pptx", en la diapositiva 5, se presenta el proceso de envío de campañas a través de la plataforma SAT-PUSH.

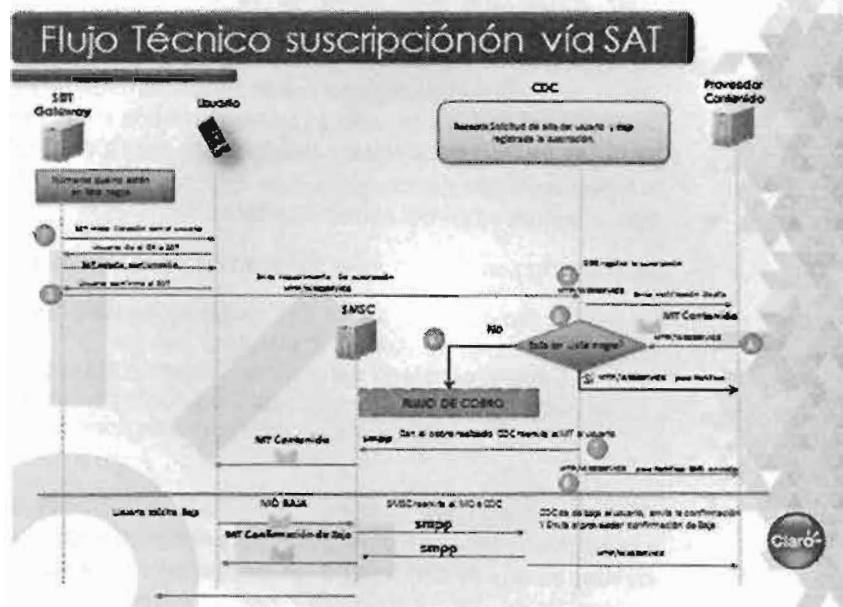


Imagen 1.- Esquema del proceso de envío de campañas masivas a través de la plataforma SAT-PUSH.

En el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-006 se señala que CONECEL S.A. expuso a través del Oficio GR-1061-2016 de 03 de junio de 2016, en relación al proceso de envío de campañas a través de la plataforma SAT-PUSH, lo que se transcribe textualmente a continuación:

"(...) 8.- Se incluye la validación del doble opt-in en el medio de la suscripción SAT (Esquema de suscripción Técnico- CD). Así mismo, en relación a este esquema es importante señalar que existen dos proveedores, los cuales son Cellpush y Gemalto. Ahora bien, como se manifestó para los casos en que la operadora inicia la oferta de servicios de mensajería Premium, es decir el usuario no genera la primera iteración, las campañas actualmente se realizan por medio de estas plataformas (SAT), en este aspecto **es importante destacar que los criterios involucrados para la generación de las campañas son las Modalidades de servicio (Postpago-Prepago)**. A continuación presentamos el proceso que se sigue para la generación de las campañas:

- a) Generar la BDD de clientes acuerdo a la modalidad del servicio, a la que se enviará la campaña.
- b) Subir la BDD de clientes a la plataforma SAT correspondiente.
- c) Se crea la campaña programada, configurando el nombre de la misma para su identificación y registro.
- d) Envío de la campaña configurada. (...)"(destacado fuera del texto original)

En el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-006 (páginas 63 y 64) y en el IT-CCDS-AT-2018-012 (páginas 7 y 8), se hace referencia a las observaciones realizadas por CONECEL S.A. al Informe Técnico IT-CCDS-AT-2017-008 a través del Oficio GR-0735-2017 ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-006269 el 24 de abril de 2017, en el que la Operadora señala textualmente:

"(...) 2.- Observación. Envío de Mensajes Masivos a través de la Plataforma SAT-PUSH a líneas que se encuentran en Listas Negras.

CONECEL, conforme a la solicitud de su Despacho, remitió la información de la lista negra actualizada a la fecha de su requerimiento, en esta lid, es importante concatenar que la obligatoriedad de mantener dicha lista se creó a partir de la expedición de la Resolución ARCOTEL-2017-0143 y su publicación en el Registro Oficial, sin perjuicio de aquella nuestra representada de manera proactiva de cara a un mejor servicio, ya la tenía implementada con ciertas características, por lo que, es necesario tomar en cuenta lo informado por CONECEL al Equipo Auditor, sobre el funcionamiento y acciones que se ejecutan al ingresar las líneas a la mencionada lista, a continuación del extracto señalado:

Al momento que se ejecuta el Bloqueo de SMS Premium, sucede lo siguiente:

- o Activa lista negra en CDC mediante un Web Service y esto es notificado al proveedor de contenido por Web Service.
- o Cambia el estado del perfil de Charging Manager a BLOQUEADO.
- o Estas acciones bloquean todo envío de contenido de los proveedores y por el lado de CM evita cualquier cobro de contenido premium.

En este sentido las acciones principales ejecutadas son básicamente las dos siguientes: i) Bloquea el cobro a aquellos contenidos que generan costo para el cliente, ya que el CM pasa a un estado de Bloqueado y ii) Bloquean el envío de **contenido** de los proveedores que mantienen costo en sus suscripciones, y entiéndase por contenido imágenes, texto, juegos, videos, u otros para el entretenimiento o aplicación del Usuario. Con esto queremos señalar que CONECEL ha aplicado la funcionalidad de la lista negra, conforme fue informada al Equipo Auditor, y a su vez se deben diferenciar las acciones antes detalladas versus los **hallazgos plasmados en el informe que se refieren primariamente a una**

funcionalidad de bloqueo de campañas que efectivamente aún esta pendiente de implementación. (...) (destacado fuera del texto original)

(...)"

En base a lo expuesto se puede determinar que CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL como poseedor del Título Habilitante de Servicio Móvil Avanzado, y conforme al mismo, tiene la obligación de adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos, respetando los derechos del usuario / abonado / cliente; mensajes masivos cuyo contenido puede ser generado y/u originado por la misma Operadora o por terceros (llámese a estos integradores), pero para que lleguen a su destino requieren ser cursados por la red e infraestructura (elementos de red) del Operador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL. A esto se debe añadir situaciones expuestas por parte de la Operadora durante la Auditoría Técnica, respecto a la plataforma SAT-PUSH, como lo son; el hecho de que el criterio para la generación de las campañas (envío mensajes masivos) son las modalidades de servicio (pospago prepago), modalidad de servicio vinculada al Servicio Móvil Avanzado, lo que deriva en que los listados de usuarios a los que les llegarían los mensajes masivos con usuarios del Servicio Móvil Avanzado; el hecho de que dentro del proceso de generación de mensajes masivos vía SAT-PUSH el usuario no es el que realiza la primera interacción, además de que en este proceso el "proveedor de contenido" o "integrador" se incorpora al tercer (3) paso del flujo técnico del proceso; y, el hecho que señala que la funcionalidad de bloqueo de campañas se encuentra "*pendiente de implementación*". Por lo tanto, si bien la auditoría técnica se efectuó al Servicio de Valor Agregado con Mensajes Premium, este servicio es provisto a través de la plataforma (red e infraestructura) del Servicio Móvil Avanzado y por tanto deriva en la responsabilidad de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, como operador del Servicio Móvil Avanzado, de que se hayan cursado / enviado / no se hayan adoptado acciones para el bloqueo de los 28.592 mensajes masivos SAT-PUSH desde su red hacia sus usuarios; ratificando en este punto lo actuado por parte de la ARCOTEL y lo determinado en los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204.

3.1.3 PARTE 3

En las páginas 12 a 15 del escrito de contestación de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se señala:

(...)

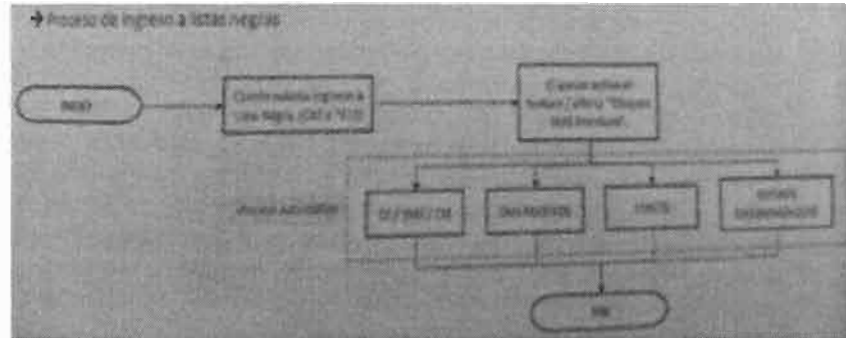
❖ **DEL COMPORTAMIENTO DE CONECEL FRENTE A LAS LISTAS NEGRAS**

Sin que esto implique responsabilidad alguna de CONECEL con respecto a la que tienen los Integradores de SMS Premium en el ámbito de las obligaciones legales derivadas de sus Títulos Habilitantes, es importante mencionar que proactivamente CONECEL ha adoptado medidas complementarias con el objeto de mejorar la experiencia de sus clientes. Al respecto, CONECEL ha implementado Listas Negras que han asegurado el bloqueo de mensajes no deseados en los envíos bajo su responsabilidad y deberían complementar los mecanismos de bloqueo bajo la responsabilidad de los poseedores de Títulos Habilitantes de SVA, garantizando además que bajo ninguna circunstancia se efectúen cobros a los números contenidos en dichas listas. El funcionamiento es el siguiente:

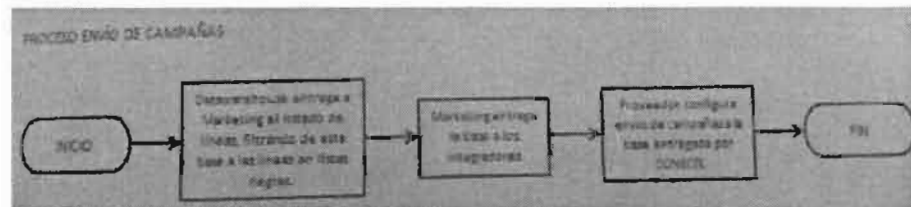
1. *Abonado/Cliente solicita no recibir mensajes masivos con las características dispuestas en la Resolución ARCOTEL-2017-0143; se procede a la activación del Feature de bloqueo denominado "SMS Premium", en las plataformas de AXIS y HUAWEI.*

2. Dicho feature se activa de forma automática en:

- Plataformas de CDC/SMT y Charging Manager bloqueando todo tipo de cobro y el envío de contenidos propios, así como el de los proveedores que se hubiesen integrado a dicha plataforma. Entiéndase por contenido a imágenes, juegos, videos u otros para el entretenimiento o aplicación del usuario.
- Reporte interno del área de Sistemas que es una base acumulada de los clientes en listas negras, misma que es compartida con demás áreas internas de manera que no se contacte al cliente por ningún otro medio.



Posteriormente y en los casos de campañas tercerizadas para productos propios, considerando el reporte interno de CONECEL, los números dentro de las listas negras se excluyen de la base utilizada para campañas a ser realizadas por terceros, es decir Integradores; no obstante lo indicado, las campañas realizadas por Integradores son de su entera responsabilidad, puesto que al ser enviadas directamente por éstos, mi Representada no tiene injerencia alguna. Durante este proceso los integradores son plenamente notificados de las líneas a las cuales CONECEL autoriza que se envíen las campañas.



Adicional a lo expuesto, vuestro despacho puede corroborar que CONECEL emite constantemente comunicaciones a los integradores titulares y responsables del Título habilitante de registro de Servicio de Valor Agregado, requiriéndoles un comportamiento adecuado conforme a la norma, a fin de precautelar derechos de usuarios, clientes y abonados, así remitimos capturas de pantalla de las cartas y comunicaciones remitidas a los integradores:

(...)

Lo evidenciado, expone de manera directa a su Despacho el comportamiento responsable de CONECEL con sus usuarios, clientes y abonados, referente al cumplimiento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y las listas negras. Siendo de responsabilidad directa de los integradores poseedores del título habilitante de registro para el servicio de valor agregado el no envío de campañas a los clientes, abonados o usuarios que han solicitado no recibirlas.

(...)"

ANÁLISIS:

Coordinación Zonal 2:
Av. Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel
Telf.: (593-02) 2 272 180
www.arctel.gob.ec
Quito – Ecuador



Como se señaló y argumentó en el punto analizado anteriormente (3.1.2.), sobre su plataforma del Servicio Móvil Avanzado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, proporciona también el Servicio de Valor Agregado con mensajes Premium, cuyos contenidos son generados por la Operadora o por terceros (integradores), quienes efectivamente requieren en la actualidad de título habilitante; sin embargo, para que estos mensajes lleguen a los usuarios deben ser cursados por la plataforma del Servicio Móvil Avanzado (red y/o infraestructura) de la Operadora, aquí es donde se denota la responsabilidad de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en base a su título habilitante, respecto a los mensajes masivos enviados a sus usuarios pese a que solicitaron no recibirlos.

Si bien CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL menciona haber adoptado mecanismos para que los usuarios, que lo soliciten, no reciban mensajes masivos y que los mismos no les sean cobrados, es importante señalar que esta obligación de adoptar acciones para el bloqueo de mensajes masivos, se establece el 26 de agosto de 2008 en su contrato de concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado y la muestra de mensajes masivos SAT PUSH analizada corresponde al periodo 01 de octubre al 31 de diciembre de 2016. En este sentido las medidas adoptadas por CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL no estuvieron funcionando correctamente ya que en varios casos a los abonados / clientes / usuarios se les continuó enviando mensajes masivos pese a haber solicitado no recibir este tipo de mensajes; junto a esto se debe considerar que en la operación de la plataforma SAT PUSH la primera interacción NO es generada por el abonado / cliente / usuario y que la Operadora del Servicio Móvil Avanzado admitió en una de sus comunicaciones (GR-0735-2017) que la funcionalidad de bloqueo de campañas (mensajes masivos) a usuarios que solicitaron no recibir este tipo de mensajes "aún esta pendiente de implementación".

En este sentido, al exponer la obligatoriedad de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL como prestador y poseedor del título habilitante del Servicio Móvil Avanzado respecto al bloqueo de mensajes masivos a abonados / clientes / usuarios que solicitaron no recibir este tipo de mensajes, se considera el recalcar el análisis realizado en el numeral 3.1.2. y ratificar lo determinado en los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204.

(...)"

5.2. EVACUACIÓN DE PRUEBAS DENTRO DEL PERIODO DE INSTRUCCIÓN.

La Función Instructora de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 193 y siguientes del Código Orgánico Administrativo, relativas a la prueba, dispuso de oficio mediante providencia dictada el 27 de diciembre de 2019, a las 16h30, notificada el 03 de enero de 2020, dispuso lo siguiente:

"(...)

ORGANISMO DESCENTRALIZADO - COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, - FUNCIÓN INSTRUCTORA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO CON EL ACTO DE INICIO No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 EN CONTRA DEL PRESTADOR DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO - CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL - PROVIDENCIA DE INSTRUCCIÓN.- Quito, viernes 27 de diciembre de 2019, a las 16h30.- En mi calidad de "RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN INSTRUCTORA", de todos los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, designado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-1278-M, de 28 de agosto de 2019 y en referencia a lo dispuesto en la Resolución ARCOTEL-2019-0682 de 26 de agosto de 2019: **DISPONGO.- PRIMERO:** a) Incorpórese al expediente el Oficio de Notificación Nro. ARCOTEL-CZO2-2019-

0309-OF, de 04 de diciembre de 2019, mismo que contiene la entrega del Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-0037, recibido en el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, por el señor Martín Avilés, con fecha 04 de diciembre de 2019; b) Incorpórese al expediente la contestación efectuada por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL a través de su Apoderado Especial Víctor Manuel García Talavera y suscrito por el abogado Luis Fernando Guerra, debidamente autorizado, mismo que fuere ingresado con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, de 19 de diciembre de 2019.- **SEGUNDO:** Por corresponder al estado del trámite, y por existir diligencias que evacuar se ordena la apertura del período de prueba por el término de veinte (20) días de acuerdo al principio constitucional previsto en el artículo 76, numerales 2, 4, 6, y 7 contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente providencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 194 (último inciso) y 256 del Código Orgánico Administrativo.- **TERCERO:** Dentro del período de evacuación de pruebas se dictamina: a) Solicítese al funcionario Responsable de la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la ARCOTEL, que dentro del término de cinco (5) días certifique a esta Coordinación Zonal 2, si el Prestador del Servicio Móvil Avanzado (SMA) Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores a la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador; b) Solicítese a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, que a través de la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes y dentro del término de cinco (5) días remita a esta Coordinación Zonal 2, la información económica de los ingresos totales de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al Servicio Móvil Avanzado; c) Dispóngase a un profesional del Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, que dentro del período para la evacuación de pruebas, presente un Informe Jurídico respecto al tema concerniente, esto es al Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, de 02 de diciembre de 2019, realice además un análisis de atenuantes y agravantes pertinentes; d) Solicítese al Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 para que realice un análisis técnico a fin de verificar y comprobar los hechos y alegatos planteados por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado en contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, de 02 de diciembre de 2019, realice además un análisis de atenuantes y agravantes pertinentes.- **CUARTO:** Por encontrarse dentro del período de prueba ésta Función Instructora, acepta el pedido formulado en el Ordinal V, Numeral 5 de la Prueba Testimonial del escrito de contestación solicitado por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL; a) Señálese para el día lunes 06 de enero de 2020, a las 10h00 horas, para que se realice la audiencia solicitada, la misma que se realizará en el piso 5 de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ubicada en la Avenida Amazonas y N40-71 y Gaspar de Villarreal de la ciudad de Quito.- **QUINTO:** Notifíquese al Prestador del Servicio Móvil Avanzado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL a través de su Apoderado Especial Víctor Manuel García Talavera, conjuntamente con su abogado autorizado para comparecer en el presente procedimiento administrativo sancionador, Ab. Luis Fernando Guerra, en sus oficinas ubicadas en la Av. Río Amazonas N44-105 y Río Coca, Edificio ETECO en la ciudad de Quito de la Provincia de Pichincha. Se encarga de efectuar las notificaciones señaladas a la Secretaría de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.- **Cúmplase y notifíquese.-**
(...)"

5.3. DOCUMENTOS QUE CONSTAN DEL EXPEDIENTE Y DILIGENCIAS EVACUADAS.

En cumplimiento con lo dispuesto en la citada providencia de 27 de diciembre de 2019, a las 16h30, constan en el expediente los siguientes documentos y actuaciones procedimentales:

- Con Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0010-M de 03 de enero de 2020, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2, solicitó a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, la información de ingresos totales del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL con Registro Único de Contribuyentes No. 1791251237001, correspondientes a su última declaración del Impuesto a la Renta, con relación al Servicio Móvil Avanzado.



- Con **Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2020-0012-M** de 03 de enero de 2020, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, solicita al Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, que se sirva elaborar un Informe Técnico sobre los descargos, alegaciones y pruebas presentadas por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado en contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, realice además in análisis de atenuantes y agravantes.
- Con **Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2020-0014-M** de 03 de enero de 2020, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, solicita al Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, que se sirva elaborar un Informe Jurídico sobre los descargos, alegaciones y pruebas presentadas por el por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado en contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, además de realizar un análisis de atenuantes y agravantes.
- Con **Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2020-0017-M** de 03 de enero de 2020, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2, solicitó al Responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL, se sirva certificar si el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes No. 1791251237001, ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores a la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador.
- Con **Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0046-M** de 06 de enero de 2020, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2, solicitó a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, la información de ingresos totales del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL con Registro Único de Contribuyentes No. 1791251237001, correspondientes a su última declaración del Impuesto a la Renta, con relación al Servicio de Valor Agregado en relación a Mensajes Premium.
- Con **Memorando Nro. ARCOTEL-DEDA-2020-0021-M** de 06 de enero de 2020, el Responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL certifica que: "(...) Con base en el memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0017-M, "(...) al efectuar la consulta en el Sistema Informático de Infracciones y Sanciones (SIIS) de la ARCOTEL, con fecha 03 de enero de 2020, se informa que el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, registra un Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-R-2019-006 de 28 de mayo de 2019, tipificada en el artículo 117, letra b, numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, anterior a los nueve meses de la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019. (...)"
- La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, a través de **Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2020-0009-M**, de 07 de enero de 2020, comunica que:

"(...)

La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes cuenta con la información económica financiera de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL., con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, constante en el Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión del año 2018, en el cual se encuentran los siguientes rubros que corresponden a los ingresos por el Servicio Móvil Avanzado:

| DETALLE | TOTAL DE INGRESOS |
|-------------------------|-------------------|
| Servicio Móvil Avanzado | 1.007.877.421,98 |

| | |
|---|-------------------------|
| <i>Larga Distancia Internacional</i> | 13.386.045,65 |
| <i>Servicios de telecomunicaciones a través de terminales</i> | 2.303,59 |
| TOTAL INGRESOS - SERVICIO MÓVIL AVANZADO | 1.021.265.771,22 |

(...)"

- La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, a través de Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2020-0015-M, de 07 de enero de 2020, comunica que:

*"(...) La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes cuenta con la información económica financiera de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, constante en el Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión del año 2018, en el cual consta el rubro **TOTAL INGRESOS por USD. 30.130.613,21 correspondiente al Servicio de Valor Agregado**". (El énfasis y subrayado me pertenecen).*

- A través del Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042, de 28 de enero de 2020, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en atención a la providencia antes referida, realizó el análisis sobre los descargos, alegatos y pruebas de orden técnico presentadas por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en referencia al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, en el cual concluye que:

(...)"

4. CONCLUSIÓN.-

*Con base en el análisis expuesto, considerando la evaluación realizada a la muestra correspondiente al periodo 01 de octubre al 31 de diciembre de 2016, a través de la plataforma del Servicio Móvil Avanzado de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se cursaron o enviaron 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH luego de que los abonados / clientes / usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos; lo que deriva en que la Operadora no adoptó las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por ésta o por terceros (integradores/agregadores de contenido), existiendo esta obligación establecida en su Título Habilitante suscrito el 26 de agosto de 2008; ratificando de esta forma lo actuado por parte de la ARCOTEL y lo determinado en los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204. Por lo tanto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** lo señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI -2019 -037 de 02 de diciembre de 2019.*

(...)"

- A través del Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-015, de 06 de febrero de 2020, el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en atención a la providencia antes referida, realizó el análisis sobre los descargos, alegatos y pruebas de orden técnico presentadas por el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en referencia al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, en el cual concluye que:

(...)"

8. CONCLUSIONES.-



Del expediente administrativo sancionador, en primera instancia se debe considerar que el juzgamiento de la conducta infractora por la cual se dio inicio al procedimiento en cuestión, ocurre en razón de los hechos reportados en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, el mismo que concluye manifestando: "(...) Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH (...)"

El Área Jurídica enfatiza que en la sustanciación del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se ha asegurado el derecho al debido proceso del administrado consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, las garantías básicas constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, de manera particular el número 7, letras b), c) y h), así como el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador establecido en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como también, se han respetado las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, reglamentos y normas aplicables; por lo que, no habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar la validez de todo lo actuado, se recomienda declarar la validez del presente Procedimiento Administrativo Sancionador.

En caso de comprobarse la existencia de la infracción, y la responsabilidad del administrado, se deberá a través del DICTAMEN que para el efecto se realice, recomendar al Órgano Resolutor, proceda a emitir la Resolución Sancionatoria que corresponda, observando para el efecto los atenuantes y agravantes desarrollados en tanto en el Informe Técnico como en el presente Informe Jurídico, que forman parte integrante del expediente administrativo.

Con la presentación del presente Informe Jurídico, se ha dado cumplimiento a la disposición de la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2, el cual en caso de contar con su aceptación y conformidad, podrá ser considerado sin efecto vinculante dentro del Dictamen previsto en el artículo 257 del Código Orgánico Administrativo, previo a emitirse la respectiva Resolución por parte del señor Director Técnico Zonal en su calidad de Función Sancionadora.

(...)"

5.4. ANÁLISIS DE ATENUANTES, AGRAVANTES Y RECOMENDACIONES DEL INFORME TÉCNICO No. IT-CZO2-C-2020-0042 DE 28 DE ENERO DE 2020.

En el INFORME TÉCNICO No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020, se realiza un análisis técnico de atenuantes y agravantes los mismos que se detallan a continuación

"(...)

5. ANÁLISIS DE ATENUANTES.-

En el ámbito técnico, en relación a las atenuantes establecidas en el Artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se consideran las siguientes:

- a) **Atenuante 2, "Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones."**

La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, NO admite la comisión de la infracción contenida en el artículo 117 literal b. numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que es: "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.”, motivo por el cual se determina que el presente atenuante no debe ser considerado.

- b) **Atenuante 3, “Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.”**

El Artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expedido el 28 de diciembre de 2015, indica:

“Art. 82.- Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.

La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, no invoca este atenuante ni señala explícitamente haber implementado acciones para superar la conducta respecto a la adopción de acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y que no hayan sido autorizados por el cliente; esto pese a que en el escrito de contestación, de manera implícita, se menciona haber adoptado algunas acciones, sin embargo, no se ha señalado si las funcionalidades que se encontraban pendientes de implementación fueron ya implementadas y se encuentran en operación o que la plataforma del Servicio Móvil Avanzado dispone ya de una funcionalidad de bloqueo de mensajes masivos; por lo tanto no se debería considerar tal circunstancia como atenuante.

- c) **Atenuante 4, “Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.”**

El Artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expedido el 28 de diciembre de 2015, indica:

“Art. 82.- Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.

Para efectos de la aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción (...).” (El resaltado no es parte del texto original).

La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, no invoca este atenuante, sin embargo, debido a que en el presente caso no existió daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción, no aplica la ejecución de una reparación integral por parte del Prestador.

6. ANÁLISIS DE AGRAVANTES.-

De acuerdo a lo establecido en el artículo 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se considera en el ámbito técnico lo siguiente:

- a) **Agravante 1, “La obstaculización de las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio de la infracción sancionada.”**

Al respecto, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, no obstaculizó las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la

sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que técnicamente no se considera esta situación como un agravante.

b) **Agravante 2, “La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.”.**

De acuerdo al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, la infracción estipulada corresponde a “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”, revisada la información contenida en los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204 de 04 de julio de 2018 y 24 de octubre de 2019 respectivamente, no se puede determinar que se haya obtenido beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción, por lo que no se debe considerar esta circunstancia como agravante. (...)

5.5. ANÁLISIS DE ATENUANTES, AGRAVANTES Y RECOMENDACIONES DEL INFORME JURÍDICO No. ARCOTEL-CZO2-2020-015 DE 06 DE FEBRERO DE 2020.

A través del Informe Jurídico ARCOTEL-CZO2-2020-015, de 06 de febrero de 2020, el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, informa lo siguiente:

“(...)

5. ANÁLISIS DE ATENUANTES Y AGRAVANTES.-

5.1.- ANÁLISIS DE ATENUANTES

Dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, se colige lo siguiente: Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.

La valoración de la atenuante aquí citada se la hace en relación a lo dispuesto en el artículo 130 numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; de allí que la Función Instructora, dentro del período para la evacuación de pruebas, mediante **Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0017-M** de 03 de enero de 2020, solicitó al Responsable de Documentación y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se sirva emitir una certificación en la que conste si el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores a la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, con **Memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0021-M** de 06 de enero de 2020, el Responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL, dando contestación al memorando referido en lo principal manifestó:

“(...) al efectuar la consulta en el Sistema Informático de Infracciones y Sanciones (SIIS) de la ARCOTEL, con fecha 03 de enero de 2020, se informa que el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, registra un Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-R-2019-006 de 28 de mayo de 2019 tipificada en el artículo 117, letra b, numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, anterior a los nueve meses de la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019. (...)”.

5.2.- ANÁLISIS DE AGRAVANTES

Dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias agravantes: **3. El carácter continuado de la conducta infractora.**

La valoración de la agravante citada se la hace en relación a lo dispuesto en el artículo 131 numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; el presente Procedimiento Administrativo Sancionador se dio en razón de los hechos evidenciados en el informe técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018. De allí que "(...) **3.- El carácter continuado de la conducta infractora (...)**" debe ser analizado en el sentido de que si el administrado sabiendo o habiendo tomado conocimiento de los hechos fácticos por los cuales se le juzga en el posible cometimiento de una presunta infracción a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, habría continuado con su comportamiento de manera ininterrumpida, "aprovechando idéntica o similar situación" a través de una pluralidad de acciones, afectando a terceros, e infringiendo el mismo precepto legal por el cual la administración dio inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador materia de análisis. Es preciso manifestar que, el administrado admite en una de sus comunicaciones (GR-0735-2017) que la funcionalidad de bloqueo de campañas (mensajes masivos) a usuarios que solicitaron no recibir este tipo de mensajes "**aún está pendiente de implementación**", hecho cierto bajo el cual se podría determinar que existirla un carácter continuado de la conducta infractora, sin embargo a corresponderle a la administración la carga de la prueba, y revisado el expediente, al no contar con los elementos de juicio necesarios para determinar la efectiva conducta infractora, se considera que no es procedente aplicar ésta agravante en caso de imponerse una sanción.

(...)"

6. DISPOSICIÓN LEGAL QUE SANCIONA EL ACTO POR EL QUE SE LE INCULPA.-

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015, prevé en el Título XIII, correspondiente al Régimen Sancionatorio, diferentes infracciones y sanciones en cuanto a su gravedad. En el presente caso, el Informe de Control Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, así como con lo determinado en el Informe Técnico IT-CZO2-C-2019-1204, de 24 de octubre de 2019; al determinar la conducta del Permisionario del servicio, hace que se determine un posible incumplimiento que se considera se asimilaría al siguiente articulado:

"(...)

Artículo. 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.

(...)"

7. LA SANCIÓN QUE SE PRETENDE IMPONER.-

El régimen sancionador se aplicará a personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas. En tal sentido, la sanción económica para una infracción de segunda clase se encuentra determinada en el artículo 121 y siguientes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones:



"(...) **Artículo 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.

(...)

Artículo 122.- Monto de referencia.- Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate.

Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general. (...)"

En lo relativo a las atenuantes y agravantes, la Ley rectora del régimen general de las telecomunicaciones establece:

"(...)

Artículo 130.- Atenuantes.-

Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. **No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.**
2. **Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.**
3. **Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.**
4. **Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción. (El énfasis me pertenece).**

En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase. Esta disposición no aplica para infracciones de tercera y cuarta clase." (Subrayado fuera de texto original).

Artículo 131.- Agravantes.-

En el ejercicio de su potestad sancionatoria, igualmente se deberán valorar las siguientes circunstancias agravantes:

1. **La obstaculización de las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio de la infracción sancionada.**
2. **La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.**
3. **El carácter continuado de la conducta infractora.**

La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, a través de Memorando Nro. ARCOTEL-CTDG-2020-0015-M, de 07 de enero de 2020, comunica que:

"(...) La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes cuenta con la información económica financiera de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL., con Registro Único de Contribuyentes RUC No.

1791251237001, constante en el Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión del año 2018, en el cual consta el **rubro TOTAL INGRESOS por USD. 30.130.613,21 correspondiente al Servicio de Valor Agregado**". (El énfasis y subrayado me pertenecen).

Considerando que en el presente caso se puede obtener la información económica necesaria para determinar el monto de la multa del Prestador del Servicio Móvil Avanzado (SMA) y la información económica necesaria **correspondiente al Servicio de Valor Agregado**, del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, tal como lo establecen los Artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se procede a realizar el cálculo de la multa considerando: "(...) 1. **Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia. (...)**"; por lo que, considerando uno de los cuatro atenuantes que señala el artículo 130 de la Ley de la materia, y ninguna circunstancia agravante que indica el artículo 131 Ibídem, el valor de la multa a imponerse ascendería al valor de **TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 01/100 (USD \$ 3.578,01)**.

8. LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE PROTECCIÓN.-

En el presente caso, ésta Función Sancionadora de la Coordinación Zonal 2, no ha dispuesto Medidas Cautelares. (Establecidas en el artículo 189 del Código Orgánico Administrativo).

9. CONCLUSIÓN, PRONUNCIAMIENTO O RECOMENDACIÓN DEL DICTAMEN.-

El DICTAMEN No. FI-CZO2-D-2020-0008 de 10 de febrero de 2020 suscrito por la Función Instructora indica:

"(...)

Conforme lo sustanciado en la etapa de instrucción del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de fecha 02 de diciembre de 2019, verificadas las disposiciones legales establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, el Prestador del Servicio Móvil Avanzado (Valor Agregado) CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, de conformidad con lo previsto en el artículo 130 y 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se tienen los siguientes atenuantes y agravantes:

Análisis de Atenuantes.-

1. **"No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador".**

La valoración de la atenuante aquí citada se la hace en relación a lo dispuesto en el artículo 130 numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; de allí que la Función Instructora, dentro del período para la evacuación de pruebas, mediante Memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-0017-M de 03 de enero de 2020, solicitó al Responsable de Documentación y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se sirva emitir una certificación en la que conste si el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con Registro Único de Contribuyentes RUC No. 1791251237001, ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa y efecto dentro de los nueve meses anteriores a la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, con Memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0021-M de 06 de enero de 2020, el Responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL, dando contestación al memorando referido en lo principal manifestó:

"(...) al efectuar la consulta en el Sistema Informático de Infracciones y Sanciones (SIIS) de la ARCOTEL, con fecha 03 de enero de 2020, se informa que el Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE



TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, registra un Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-R-2019-006 de 28 de mayo de 2019 tipificada en el artículo 117, letra b, numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, anterior a los nueve meses de la fecha de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019. (...)"

Al Analizar la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2019-006 de 28 de mayo de 2019, en contra del Prestador del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en su artículo 2 indica:

"(...)"

Artículo 2.- RECHAZAR TOTALMENTE las pretensiones del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL; y, **DECLARAR** que al haberse comprobado la existencia del presupuesto fáctico que originó la emisión del Acto de Inicio del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-002 de 22 de febrero de 2019, así como la responsabilidad del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL en la comisión del hecho descrito en el Informe Técnico IT-CCDS-AT-2018-016 de 08 de agosto de 2018, que consiste en la falta de entrega de toda la información requerida por la ARCOTEL, para la verificación del cumplimiento de las recomendaciones emitidas en el Informe Final de Auditoría de Línea Activa, en los siguientes numerales: 2.1, 2.2 Y 2.3 del capítulo 5; en el numeral 2 del capítulo 6; y, en los numerales 7.5 y 7.6 del capítulo 7; incumpliendo la obligación como prestadora del Servicio Móvil Avanzado, de proporcionar en forma clara, precisa, cierta, completa y oportuna toda la información requerida por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los plazos y condiciones establecidos por la Agencia, inobservando las disposiciones contenidas en el artículo 24, números 3, 6 Y 28 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y artículo 8, número 15 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción; incurre en la infracción administrativa de PRIMERA CLASE tipificada en el artículo 117, letra b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
(...)"

Por tanto si bien el presunto incumplimiento tipificado en el Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, de 02 de diciembre de 2019 si bien corresponde según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a la infracción administrativa de PRIMERA CLASE, establecida en el Artículo 117, letra b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; no corresponde con la identidad de causa efecto al tratarse de dos hechos fácticos distintos, así en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 el fundamento de hecho fue descrito en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018 concluyendo que: "(...) Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH (...)", y en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-002 de 22 de febrero de 2019 el fundamento de hecho fue descrito en EL Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-016 de 08 de agosto de 2018 concluyendo que: "(...) Conforme el análisis realizado en el presente informe, CONECEL S.A. no entregó toda la información requerida por la ARCOTEL de acuerdo a las recomendaciones emitidas en el Informe Final de Auditoría de Línea Activa en los siguientes numerales: 2.1, 2.2 Y 2.3 del capítulo 5; en el numeral 2 del capítulo 6; y, en los numerales 7.5 y 7.6 del capítulo 7. Con base en lo cual, la operadora no entregó la información requerida, para la verificación del cumplimiento de las recomendaciones señaladas por la ARCOTEL, argumentando finalmente la imposibilidad de la implementación de dichas recomendaciones. (...)"

Por lo analizado, **si debe considerarse la circunstancia atenuante** (No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador”).

2. **“Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.”**

La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, **NO admite** la comisión de la infracción contenida en el artículo 117 literal b. numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que es: “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.”, motivo por el cual se determina que el presente atenuante no debe ser considerado.

3. **“Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la Imposición de la sanción.”**

El Artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expedido el 28 de diciembre de 2015, indica:

“(…) Art. 82.- Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados (…).”

La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, no invoca este atenuante ni señala explícitamente haber implementado acciones para superar la conducta respecto a la adopción de acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y que no hayan sido autorizados por el cliente; esto pese a que en el escrito de contestación, de manera implícita, se menciona haber adoptado algunas acciones, sin embargo, no se ha señalado si las funcionalidades que se encontraban pendientes de implementación fueron ya implementadas y se encuentran en operación o que la plataforma del Servicio Móvil Avanzado dispone ya de una funcionalidad de bloqueo de mensajes masivos; por lo tanto no se debería considerar tal circunstancia como atenuante.

4. **“Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.”**

El Artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expedido el 28 de diciembre de 2015, indica:

“(…) Art. 82.- Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.



Para efectos de la aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción (...).” (El resaltado no es parte del texto original).

La operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020162-E, no invoca este atenuante, sin embargo, debido a que en el presente caso no existió daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción, no aplica la ejecución de una reparación integral por parte del Prestador.

Análisis de Agravantes.-

El artículo 131 de la Ley orgánica de Telecomunicaciones prevé las siguientes agravantes a ser consideradas dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador:

1. **“La obstaculización de las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio de la infracción sancionada.”**

Al respecto, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, no obstaculizó las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que técnicamente no se considera esta situación como un agravante.

2. **“La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.”**

De acuerdo al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037, la infracción estipulada corresponde a “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”, revisada la información contenida en los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204 de 04 de julio de 2018 y 24 de octubre de 2019 respectivamente, no se puede determinar que se haya obtenido beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción, por lo que no se debe considerar esta circunstancia como agravante.

3. **“El carácter continuado de la conducta infractora.”**

La valoración de la agravante citada se la hace en relación a lo dispuesto en el artículo 131 numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; el presente Procedimiento Administrativo Sancionador se dio en razón de los hechos evidenciados en el informe técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018. De allí que (...) **3.- El carácter continuado de la conducta infractora (...)** debe ser analizado en el sentido de que si el administrado sabiendo o habiendo tomado conocimiento de los hechos fácticos por los cuales se le juzga en el posible cometimiento de una presunta infracción a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, habría continuado con su comportamiento de manera ininterrumpida, “aprovechando idéntica o similar situación” a través de una pluralidad de acciones, afectando a terceros, e infringiendo el mismo precepto legal por el cual la administración dio inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador materia de análisis. Es preciso manifestar que, el administrado admite en una de sus comunicaciones (GR-0735-2017) que la funcionalidad de bloqueo de campañas (mensajes masivos) a usuarios que solicitaron no recibir este tipo de mensajes **“aún está pendiente de implementación”**, hecho cierto bajo el cual se podría determinar que existía un carácter continuado de la conducta infractora, sin embargo a corresponderle a la administración la carga de la prueba, y revisado el expediente, al no contar con los elementos de juicio necesarios para determinar la efectiva conducta infractora, se considera que no es procedente aplicar ésta agravante en caso de imponerse una sanción.

Del expediente administrativo sancionador, en primera instancia se debe considerar que el juzgamiento de la conducta infractora por la cual se dio inicio al procedimiento en cuestión, ocurre en razón de los hechos reportados en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, el mismo que concluye manifestando: "(...) Del análisis realizado a la información entregada por CONECEL S.A. correspondiente a una muestra de tres meses del Reporte SAT PUSH, la ARCOTEL determinó que, existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH (...)."

Considerando además el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020, en el que se concluye que: "(...) Con base en el análisis expuesto, considerando la evaluación realizada a la muestra correspondiente al periodo 01 de octubre al 31 de diciembre de 2016, a través de la plataforma del Servicio Móvil Avanzado de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, se cursaron o enviaron 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH luego de que los abonados / clientes / usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos; lo que deriva en que la Operadora no adoptó las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por ésta o por terceros (integradores/ agregadores de contenido), existiendo esta obligación establecida en su Título Habilitante suscrito el 26 de agosto de 2008; ratificando de esta forma lo actuado por parte de la ARCOTEL y lo determinado en los Informes Técnicos IT-CCDS-AT-2018-012 e IT-CZO2-C-2019-1204. Por lo tanto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** lo señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI -2019 -037 de 02 de diciembre de 2019 (...)."

Se debe recalcar que el Prestador no observa lo estipulado en el Contrato de Concesión por cuanto intenta evadir su responsabilidad, la transgresión de los derechos a los abonados/clientes, usuarios, así como su responsabilidad en adoptar las acciones tendientes para efectos de bloquear los mensajes masivos enviados a los abonados/clientes, usuarios que **a pesar de haber solicitado a la operadora la no recepción de dichos mensajes**, ésta haciendo caso omiso no bloqueó 28.592 mensajes masivos que fueron enviados por la plataforma SAT-PUSH en el periodo de agosto 2008 a febrero de 2017

De lo analizado en el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CZO2-2020-015 de 06 de febrero de 2020, realizado por el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, indica que de comprobarse el cometimiento de la infracción, al amparo de los principios constitucionales ya enunciados, y en aplicación del principio "pro administrado", la Función Instructora deberá determinar, en caso de emitirse una sanción, si tomando en consideración lo manifestado, y en aplicación de lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, **el monto de referencia debe calcularse sobre los ingresos correspondientes al Servicio de Valor Agregado** del Prestador CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL.

La Función Instructora del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emite el dictamen que en derecho corresponde, por existir la presunción de que el Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL., habría cometido la infracción antes mencionada, y con ello presuntamente habría inobservado las disposiciones contenidas en su Título Habilitante, así como las previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El Órgano Instructor afirma además que en la sustanciación del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se ha asegurado el derecho al debido proceso del administrado consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, las garantías básicas constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, así como el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador; y se han respetado las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y reglamentos respectivos; por lo que, no habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar la validez de todo lo actuado, se debería declarar su validez.

Adjunto al presente Dictamen remito el expediente administrativo correspondiente al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, previo a emitirse la respectiva Resolución por parte del señor Director Técnico Zonal (Encargado) de la Coordinación Zonal 2 de la AGENCIA DE Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en su calidad de Función Sancionadora, en la que recomiendo acoger el presente Dictamen, y sancionar al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con la multa determinada en base a la metodología de cálculo que se aplicare al presente caso.

(...)"

10. NO ACEPTACIÓN DE HECHOS DISTINTOS.-

Se deja expresa constancia que en la presente Resolución no se han aceptado hechos distintos a los determinados en el curso del procedimiento.

11. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE.-

El artículo 226 de la Constitución de la República establece que: "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." Asimismo, el artículo 261 de la Constitución prescribe que el "Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de las comunicaciones y telecomunicaciones", en concordancia con lo previsto en el artículo 313 ibidem.

El artículo 142 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispuso la creación de "Crease 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 (...)". El artículo 144 numerales 4 y 18 de la referida norma, establece las competencias de la Agencia, entre las cuales se encuentran el "4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes (...) 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley (...)"

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 81, determina "Organismo competente.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa."

El artículo 248 del Código Orgánico Administrativo respecto del Procedimiento Administrativo Sancionador expresa:

"Artículo. 248.- Garantías del procedimiento. El ejercicio de la potestad sancionadora requiere procedimiento legalmente previsto y se observará:

1. En los procedimientos sancionadores se dispondrá la debida separación entre la función instructora y la sancionadora, que corresponderá a servidores públicos distintos.

2. En ningún caso se impondrá una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

3. *El presunto responsable por 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 le pueda imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.*

4. *Toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no exista un acto administrativo firme que resuelva lo contrario. (...)*

Sin perjuicio de lo anterior, la **Resolución No. ARCOTEL-2019-0682** de 26 de agosto de 2019 resuelve:

(...)

ARTÍCULO UNO.- *Disponer que los/las Directores Técnicos Zonales, ejerzan todas las atribuciones y responsabilidades establecidas, en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para el/la Coordinador Zonal.*

ARTÍCULO DOS.- *Disponer a los/las Directores/as Técnicos Zonales de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, que a más de las atribuciones y responsabilidades establecidas en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos, ejerzan la función sancionadora respecto de los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes a su jurisdicción, conforme lo establecido en los artículos 248 y 260 del Código Orgánico Administrativo; para el efecto, deberán emitir y suscribir todos los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de dichas funciones.*

(...)

Mediante Acción de Personal No. 587 de 22 de agosto de 2019, el **Coordinador General Administrativo Financiero de la ARCOTEL**, de conformidad con la delegación de atribuciones que consta en el artículo 3 letra a) de la Resolución No. ARCOTEL-2017-0733 de 26 de julio de 2017 y de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 127 de la Ley Orgánica del Servicio Público y en concordancia con el Art. 271 del Reglamento General que norma el contenido de la referida Ley; **RESUELVE:** Encargar las atribuciones y responsabilidades del puesto de **DIRECTOR TÉCNICO ZONAL 2** en la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, al **MGS. XAVIER SANTIAGO PÁEZ VÁSQUEZ**, Asistente Profesional 3, hasta nueva disposición.

Referencia: Memorando Nro. ARCOTEL-CAFI-2019-0726-M de 20 de agosto de 2019.

De lo anterior se colige que esta autoridad en su calidad de Función Sancionadora tiene competencia para resolver el acto administrativo que pone fin al presente procedimiento administrativo y de conformidad con el dictamen emitido por la Función Instructora, se debe proceder a la aplicación de la infracción de primera clase determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 117) letra b) número 16.

Con base en las anteriores consideraciones y análisis que precede, dentro del presente procedimiento se han observado las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República, por lo tanto se declara válido todo lo actuado, además de que dentro del presente análisis se cumple con la debida motivación del presente acto administrativo que se emite en la presente, por lo tanto en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales;

12. DECISIÓN.-

En mi calidad de Función Sancionadora y como autoridad competente acojo en su totalidad el DICTAMEN emitido por la Función Instructora en el sentido que existen elementos de convicción suficientes para DICTAMINAR que se ha confirmado la existencia del hecho atribuido a al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL**, en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, así como la existencia de su responsabilidad en la



que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones determinó que "(...)... existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH (...)", ratificando de esta forma el hecho determinado en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, y que se ratifica del Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020, incumpliendo de ésta manera lo dispuesto en el Contrato de Concesión suscrito entre la operadora CONECEL S.S y el Estado Ecuatoriano el 26 de agosto de 2008, que establece lo siguiente: "(...) CUARENTA Y UNO PUNTO DOCE.- En cualquier momento el Cliente podrá solicitar por cualquier medio, sin costo alguno, la suspensión para la recepción de mensajes masivos. (...) CUARENTA Y UNO PUNTO TRECE.- La Sociedad Concesionaria se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío de mensajes y que no hayan sido autorizados por el Cliente (...)"; Lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el Artículo 22, numeral 24 que indica: "(...) Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios. (...) 24. A no recibir mensajes masivos 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. (...)"; Artículo 24, numerales 4 y 17 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que indica: "(...) 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: ... 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. (...) 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...) 17. No limitar, bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, priorizar ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de Internet o en general de sus redes u otras tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales, salvo las excepciones establecidas en la normativa vigente. Se exceptúan aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de contenidos, o por disposición de autoridad competente. 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. (Lo subrayado me pertenece). (...)"; por lo tanto, se ha configurado la comisión de la infracción administrativa de **Primera Clase**, tipificada en el artículo 117, letra b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

De conformidad con lo sustanciado en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador con Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-2019-AI-037, de 02 de diciembre de 2019, se ratifica que en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se ha asegurado el derecho al debido proceso del administrado consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, las garantías básicas constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, así como el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador; se han respetado las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y reglamentos respectivos; observando el deber de motivación y la debida razonabilidad; por lo que, no habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar su validez, se declara válido todo lo actuado.

Con base en las anteriores consideraciones y análisis que precede, dentro del presente procedimiento se han observado las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República, por lo tanto se declara válido todo lo actuado, además de que dentro del presente análisis se cumple con la debida motivación del presente acto administrativo que se emite en la presente, por lo tanto en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales:

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER en su totalidad el Dictamen No. FI-CZO2-D-2020-0008, de 10 de febrero de 2020, emitido por la Función Instructora de los Procedimientos Administrativos Sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 2.- DECLARAR que se ha comprobado la existencia del presupuesto fáctico que originó la emisión del Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2019-037 de 02 de diciembre de 2019, así como la responsabilidad del Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en el hecho descrito en el Informe Técnico No. IT-CCDS-AT-2018-012 de 04 de julio de 2018, y que se ratifica en el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-0042 de 28 de enero de 2020; mediante el cual, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones determinó que: "(...)... existen 6.085 líneas a las cuales la operadora envió 28.592 mensajes masivos a través del canal SAT-PUSH, cuya fecha de envío es posterior a la fecha de ingreso en "Lista Negra V2"; es decir, CONECEL S.A. remitió dichos mensajes masivos luego de que los abonados, clientes o usuarios de las líneas solicitaron no recibirlos. Adicionalmente, se verificó que, como resultado de la recepción de estos mensajes masivos se determinó que, 2.117 líneas telefónicas realizaron 3.635 suscripciones al servicio de Mensajería Premium a través del canal SAT-PUSH (...), inobservando lo establecido en su Contrato de Concesión (CUARENTA Y UNO PUNTO DOCE y CUARENTA Y UNO PUNTO TRECE) y lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Artículo 22, numeral 24, Artículo 24, numerales 4 y 17 por lo tanto, se ha configurado la comisión de la infracción administrativa de Primera Clase, tipificada en el artículo 117, letra b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 3.- IMPONER al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con RUC No. 1791251237001, la sanción económica de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 01/100 (USD \$ 3.578,01), de acuerdo a lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Río Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución; caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

Artículo 4.- DISPONER al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL observe particularmente lo dispuesto, en su Contrato de Concesión (CUARENTA Y UNO PUNTO DOCE y CUARENTA Y UNO PUNTO TRECE) y lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Artículo 22, numeral 24, Artículo 24, numerales 4 y 17 y cumplir las disposiciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 5.- INFORMAR al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, que tiene derecho a impugnar este acto administrativo y presentar los Recursos de Apelación o Extraordinario de Revisión ante la Máxima Autoridad, previstos en el Código Orgánico Administrativo en la vía administrativa; o ante los correspondientes Órganos de la Función Judicial, que consagra el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador.

Artículo 6.- NOTIFICAR con la presente Resolución, al Prestador del Servicio Móvil Avanzado que presta el Servicio de Valor Agregado, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en la Avenida Río Amazonas N44-105 y Río Coca, Edificio ETECO, en la ciudad de Quito D.M.; a las direcciones de correo electrónico vgarcia@claro.com.ec; mcarden@claro.com.ec; lguerrap@claro.com.ec así como a la Unidad



de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a fin de que pongan en conocimiento de quien corresponda la presente Resolución para los fines pertinentes.

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 21 de febrero de 2020.

Ing. Xavier Santiago Páez Vázquez MSc.
DIRECTOR TÉCNICO ZONAL 2, Encargado
-FUNCIÓN SANCIONADORA-
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

