

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO5-2017-0011

**ORGANISMO DESCONCENTRADO:
COORDINACIÓN ZONAL 5 DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL**

**Ing. Diego Javier Salazar Saeteros
COORDINADOR ZONAL 5
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Considerando:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1 TÍTULO HABILITANTE

Revisado el Sistema de Registro de Títulos Habilitantes SACOF, se verifica que la compañía DATAFAST S.A. no registra ningún título habilitante que lo faculte para prestar servicios de valor agregado.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

La Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-CZO5-2016-0259-M de fecha 08 de septiembre del 2016, remite a esta Unidad Jurídica, el Informe Técnico No. IT-CZ5-C-2016-0437 de 8 de septiembre de 2016, el que expresa:

*“(...) **ANÁLISIS:** De acuerdo a lo indicado en la página web de DATAFAST S.A., se recabo la siguiente información: Datafast S.A., es una empresa para pagos electrónicos a través de tarjetas de crédito y débito de marcas nacionales e internacionales, como así lo indica el apartado ‘Quiénes Somos’// Los pagos electrónicos se realizan a través de 2 tipos de dispositivos: Datamóvil y POS, estos pueden ser alquilados o comprados. (...) De los puntos tratados anteriormente se desprende que la actividad que indica la empresa DATAFAST S.A., como ‘Pago Electrónico’, se encuentra inmersa en los denominados ‘Sistemas Auxiliares de Pago’ y al ser transacciones comerciales que están soportados en redes electrónicas de información se considera a este sistema dentro del llamado ‘Comercio Electrónico’ cuya actividad se somete a los requisitos y solemnidades que establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en lo relacionado a que se requiere el Registro respectivo como título habilitante del servicio. (...)”*

*“**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:** “La empresa DATAFAST S.A., brinda el servicio de pago electrónico, considerado como un Servicio de Valor Agregado, sin contar con el título habilitante respectivo. (...) Recomienda el inicio del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador que corresponda.”*

2. ACTO DE APERTURA

El 20 de octubre de 2016, la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, emitió el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador No. **ARCOTEL-2016-CZO5-0115**, en contra de la compañía DATAFAST S.A., la misma que fue notificada el 20 de octubre de 2016, mediante Oficio Nro. ARCOTEL-CZO5-2016-0266-OF del 20 de octubre de 2016, suscrito por el señor Ingeniero 

Diego Salazar Saeteros, Coordinador Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

En el nombrado Acto de Apertura se consideró en lo principal lo siguiente:

Mediante Informe Técnico No. IT-CZ5-C-2016-0437 de 8 de septiembre de 2016, remitido con Memorando No. ARCOTEL-CZO5-2016-0259-M de fecha 08 de septiembre del 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, indicó lo siguiente: *“se ha determinado que “la empresa DATAFAST S.A., brinda el servicio de pago electrónico, considerado como un Servicio de Valor Agregado, sin contar con el título habilitante respectivo. (...)”*

Por lo expuesto, se consideró que la compañía DATAFAST S.A., habría inobservado lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en concordancia con el artículo 2 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, que establece: *“Títulos habilitantes.- Para la prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones, así como, para el uso o explotación del espectro radioeléctrico, se requiere obtener, en forma previa, un título habilitante otorgado por la ARCOTEL, e inscrito en el Registro Público correspondiente”*, por lo que de confirmarse la existencia del incumplimiento y la responsabilidad de la concesionaria, podría incurrir en la infracción de tercera clase, tipificada en el artículo 119 letra a) numeral 1, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya sanción se encuentra tipificada en el artículo 121 numeral 3, de la Ley en referencia

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL ORGANISMO DESCONCENTRADO

3.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

Quien suscribe tiene competencia para conocer, sustanciar y resolver el presente procedimiento administrativo sancionador, según Acción de Personal No. 165, de fecha 20 de julio de 2016, que rige a partir del 21 de julio de 2016.

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. (...)”

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.”.

Artículo 314.- “El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”.

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Artículo 116.- Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.- El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.- La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes. (...)”

“Artículo 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: **5.** Ejercer el control técnico de los medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y video por suscripción.” (...) **18.** Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley”.

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES - (Decreto Ejecutivo No. 864 de 28 de diciembre de 2015)

“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."

RESOLUCIONES ARCOTEL

RESOLUCIÓN 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *"Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes."*

EL INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

(Expedido mediante Resolución Nro. ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015)

"Artículo 3.- El Procedimiento Administrativo Sancionador será iniciado, sustanciado y resuelto por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conformado por las Coordinaciones Zonales, quienes determinarán la existencia de una infracción y, de ser el caso, impondrán las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa aplicable."

RESOLUCIÓN No. 09-05-ARCOTEL-2016 del 19 de julio de 2016

Mediante Resolución No. 09-05-ARCOTEL-2016 del 19 de julio de 2016, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, 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 se establece:

"Artículo 1. Estructura Organizacional

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL se alinea con su misión y definirá su estructura organizacional sustentada en su base legal y direccionamiento estratégico institucional determinado en la Matriz de Competencias y en su Modelo de Gestión.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

Artículo 8.- De la Estructura Orgánica

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para el cumplimiento de sus competencias, atribuciones, misión y visión, desarrollará los siguientes procesos internos que estarán conformados por:

(...)

2. NIVEL DESCONCENTRADO:

2.1 PROCESO GOBERNANTE

2.1.1. Nivel Directivo:

2.1.1.1. Direccionamiento Estratégico

2.1.1.1.1. Gestión Zonal.

II. Coordinador/a Zonal

(...)

j. Monitorear el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control.

(...)

2.2 PROCESO SUSTANTIVO

2.2.1 Nivel Operativo

2.2.1.1. Gestión Técnica Zonal

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

(...)

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 ARCOTEL-2016-0655 DE 10 de agosto de 2016

"Artículo 14 A LOS COORDINADORES ZONALES Y OFICINAS TECNICAS.-

(...)

b) Suscribir los documentos necesarios para la gestión de la Coordinación y/u Oficina Técnica en el ámbito de su competencia."

Circular Nro. ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C de 10 de agosto de 2016 señala:

"Disposiciones específicas:

A las Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

1 Los Coordinadores Zonales asumirán las atribuciones y responsabilidades, así como la generación de productos y servicios correspondientes a los "Directores Técnicos Zonales", de conformidad con el Estatuto de la ARCOTEL, mientras se designe formalmente los servidores públicos que ocuparán estos cargos."

4. PROCEDIMIENTO

LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

“Artículo 125.- Potestad sancionadora.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.- El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor.”

El presente procedimiento se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respetándose las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo, contemplado en el artículo 76 numeral 7, de la Constitución de la República.

5. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expresa:

“Artículo 18.- Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.- El espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable. Su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...)”.

“Artículo 37.- Títulos Habilitantes.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá otorgar los siguientes títulos habilitantes: (...) 3. **Registro de servicios:** Los servicios para cuya prestación se requiere el Registro, son entre otros los siguientes: servicios portadores, operadores de cable submarino, radioaficionados, valor agregado, de radiocomunicación, redes y actividades de uso privado y reventa. // (...)”

Disposición Final

“Cuarta.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercerá las funciones de regulación, control y administración atribuidas al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Superintendencia de Telecomunicaciones y Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en la **Ley de Comercio Electrónico**, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, su Reglamento General y demás normativa.”

(Lo resaltado no se encuentra en el texto original).

Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Decreto Ejecutivo No. 864 de 28 de diciembre de 2015)

“Artículo 13.- Títulos habilitantes.- Para la **prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones**, así como, para el uso o explotación del espectro radioeléctrico, **se requiere obtener, en forma previa, un título habilitante otorgado por la ARCOTEL, e inscrito en el Registro Público correspondiente.**”

(Lo resaltado no se encuentra en el texto original).

Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, emitido mediante Resolución 04-03-ARCOTEL-2016, el 28 de marzo de 2016, indica lo siguiente:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación.- (...) Para la prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones, operación de redes privadas y para el uso y/o explotación del espectro radioeléctrico se requiere obtener previamente un título habilitante, otorgado por la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones -ARCOTEL-, el que se sujetará a la regulación de prestación de servicios y normas técnicas que para el efecto se emitan, con estricta observancia de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Ley Orgánica de Comunicación, sus reglamentos generales de aplicación, el presente Reglamento, regulaciones o disposiciones emitidas por la ARCOTEL, y, lo señalado en los títulos habilitantes.”

Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, emitido mediante Resolución 05-03-ARCOTEL-2016, el 28 de marzo de 2016, establece:

“Artículo 4.- Títulos habilitantes.- Los servicios de telecomunicaciones y servicios de radiodifusión por suscripción serán prestados en el territorio ecuatoriano, con base en los títulos habilitantes que se otorguen para tal fin, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. // El otorgamiento, duración, modificación, renovación y extinción de los títulos habilitantes para servicios de telecomunicaciones y por suscripción, así como para el uso del espectro radioeléctrico vinculado con estos servicios, se sujetará a lo dispuesto en el Reglamento para otorgar títulos habilitantes para servicios del régimen general de telecomunicaciones y frecuencias del espectro radioeléctrico.”

Ficha descriptiva de servicios de valor agregado, anexa al Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, indica lo siguiente:

“Descripción o Caracterización del Servicio: Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija.”

“Título habilitante a otorgar para la prestación del servicio: Registro”

“Dentro del servicio, a modo ejemplificativo, se pueden considerar al acceso a: (...) 5. Sistemas de pago y transacciones de dinero electrónico (SDE).”

Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos

“Artículo 1.- Objeto de la ley.- Esta ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas.”

“Artículo 44.- Cumplimiento, de formalidades.- Cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, que se realice con mensajes de datos, a través de redes electrónicas, se someterá a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que las rija, en todo lo que fuere aplicable, y tendrá el mismo valor y los mismos efectos jurídicos que los señalados en dicha ley.”

Disposiciones Generales

“Novena.- Glosario de términos.- Para efectos de esta ley, los siguientes términos serán entendidos conforme se definen en este artículo: (...) **Comercio electrónico:** Es toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información.”

Código Orgánico Monetario y Financiero, establece:

“Artículo 105.- Sistemas auxiliares de pago. Los sistemas auxiliares de pago son el conjunto de políticas, normas, instrumentos, procedimientos y servicios articulados y coordinados, públicos o privados, autorizados por el Banco Central del Ecuador, interconectados con el sistema central de pagos, establecidos para efectuar transferencias de recursos y compensación entre sus distintos participantes. // Las entidades de servicios auxiliares del sistema financiero nacional que realicen actividades transaccionales y las empresas que realicen remesas de dinero y giro postal, para su operación requerirán la autorización previa del Banco Central del Ecuador.”

Normas para el funcionamiento de los Sistemas Auxiliares de Pago, expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, mediante Resolución 207-2016, publicada en el Registro Oficial 721 de 29 de marzo de 2016, expresa lo siguiente:

“Artículo 2.- Definiciones.- Para efectos de esta resolución los términos señalados a continuación tendrán el siguiente significado:

(...)

h) Sistemas auxiliares de pagos: a) Los servicios auxiliares del sistema financiero que realicen actividades transaccionales, de pagos, de redes y cajeros automáticos; b) Las entidades que administren sistemas de compensación de tarjetas de crédito, tarjetas de débito, cajeros automáticos o redes de pago electrónico; c) Los depósitos de compensación y liquidación de valores públicos o privados; d) Entidades autorizadas por el BCE para gestionar dinero electrónico; e) Entidades que participan en el sistema central de pagos en calidad de administradores de red; f) Entidades que efectúen remesas de dinero desde y hacia el exterior; y, g) Cualquier sistema de pagos o de transferencias de recursos monetarios que actúen en el mercado.”

Al respecto, el numeral 1, de la letra a) del artículo 119 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece que constituye **infracciones de Tercera Clase.-**

- **“Artículo 119.- Infracciones de Tercera Clase.**

- a. *Son infracciones de tercera clase aplicables a personas naturales o jurídicas, no poseedoras de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:*

- 1. **Explotación o uso de frecuencias, sin la obtención previa del título habilitante o concesión correspondiente, así como la prestación de servicios no autorizados, de los contemplados en la presente Ley.** (Lo subrayado y resaltado no se encuentra en el texto original)

De determinarse la existencia de la infracción le correspondería a la compañía DATAFAST S.A., la sanción establecida en el artículo 121 numeral 3 o artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que prescribe:

(...)

“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:

(...)

3. Infracciones de tercera clase.- La multa será de entre el 0,071% y el 0,1% 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:

(...)

c) Para las sanciones de tercera clase, desde trescientos uno hasta mil quinientos Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.

(...)

En caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, para los servicios de telecomunicaciones cuyo título corresponda a un registro de actividades, así como los servicios de radiodifusión y televisión y audio y vídeo por suscripción, aplicará el 5% de las multas referidas en los literales anteriores.”

6. ANALISIS DE FONDO

CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

La compañía DATAFAST S.A. dio contestación dentro del término legal concedido en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-0115, mediante escrito ingresado en esta Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2016-006040-E de fecha 14 de noviembre de 2016.

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente consta como prueba de cargo aportada por la administración: el Informe Técnico No. IT-CZ5-C-2016-0437 de 8 de septiembre de 2016, con sus anexos, reportado mediante Memorando No. ARCOTEL-CZO5-2016-0259-M de fecha 08 de septiembre del 2016.

PUEBAS DE DESCARGO



Se considera como prueba a favor de la compañía DATAFAST S.A., el escrito de contestación y sus anexos, ingresado a la ARCOTEL el día 14 de noviembre de 2016, mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-006040-E.

7. MOTIVACIÓN

ANÁLISIS JURÍDICO

En relación al Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2016-CZO5-0115, en contra de la compañía DATAFAST S.A., la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5, mediante Informe Jurídico No. **IJ-CZO5-2017-0018**, de 25 de enero de 2017, realiza el siguiente análisis:

"4. ANÁLISIS JURÍDICO:

- a) *No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.*
- b) *Para poder realizar un análisis detenido de los argumentos de la defensa es necesario que se consideren las disposiciones Constitucionales, Legales; y, Contractuales inherentes.*
- c) *La motivación, conforme lo consagra la Constitución de la República, en su artículo 76, numeral 7 letra l) establece: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".*
- d) *Mediante Informe Técnico No. IT-CZ5-C-2016-0437 de fecha 8 de septiembre de 2016, reportado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-CZO5-2016-0259-M de 08 de septiembre del 2016, se indica que: "la empresa DATAFAST S.A., brinda el servicio de pago electrónico, considerado como un Servicio de Valor Agregado, sin contar con el título habilitante respectivo. (...);*
- e) *El 20 de octubre de 2016, se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-0115 en contra de la compañía DATAFAST S.A., y notificado el 20 de octubre de 2016, por "brindar el servicio de pago electrónico, considerado como un Servicio de Valor Agregado, sin contar con el respectivo título habilitante", concediéndosele el término de 15 días hábiles para que el presunto infractor presente sus alegatos, descargos, aporte y solicite las pruebas que considere necesarias para su defensa, de acuerdo al artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y posteriormente 15 días hábiles para la evacuación de pruebas solicitadas (...)*
- f) *Con oficio No. ARCOTEL-CZO5-2016-0266-OF, se notificó el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-0115, el 20 de octubre de 2016.*

- g) Con escrito ingresado en esta Coordinación Zonal, bajo el número ARCOTEL-DEDA-2016-006040-E de fecha 14 de noviembre de 2016, la compañía DATAFAST S.A., da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-0115, en el cual expresa: "(...) DATAFAST no está autorizada ni oferta pagos electrónicos. Es una empresa que ofrece servicios de intercambio de información entre comercios o establecimiento (a los que referiré en este escrito únicamente usando el término 'establecimientos') y entidades financieras que han celebrado acuerdos con DATAFAST, para la gestión y uso de tarjetas de crédito y débito nacionales y extranjeras. Los consumidores no pagan con DATAFAST, pagan con sus tarjetas de crédito o débito que, de conformidad con el art. 99 del Código Orgánico Monetario y Financiero, constituyen medios de pago. DATAFAST no es un medio de pago.- DATAFAST provee un servicio que consiste en instalar unos equipos que envían datos a través de distintas redes de proveedores de servicios de telecomunicaciones debidamente autorizados, los cuales son recibidos en un equipo integrador o nodo (Stratus). Este equipo, luego de hacer un proceso de validación, los envía a instituciones del sistema financiero que han celebrado un acuerdo con DATAFAST, para que validen la vigencia y aprueben determinadas transacciones realizadas con tarjeta de crédito o débito emitidas por dichas entidades. La recepción, transmisión y emisión de la información se hace por medio de servicios de telecomunicaciones provistos por operadores habilitados, a elección de los establecimientos y las entidades financieras.- (...)". (Lo sombreado y subrayado me pertenece)
- h) De los documentos aportados por la presunta infractora, obran los siguientes:
- 1) Copia certificada del Contrato de Prestación de Servicios de Transmisión Electrónica de Datos, de Procesamiento de Transacciones, Afiliación y Mantenimiento de Comercios, celebrado entre la compañía DATAFAST y el Banco de Guayaquil, el 23 de marzo de 2015, el cual en su cláusula segunda, letra b) indica: "b. DATAFAST, en forma autónoma, se compromete para con BANCO DE GUAYAQUIL a prestar sus servicios, brindar su asesoría y asistencia técnica para la adecuada recepción, organización, manejo, coordinación, control y transmisión electrónica de datos relacionados con los consumos que los tarjetahabientes BANCO DE GUAYAQUIL realicen en los establecimientos afiliados, con la finalidad de que BANCO DE GUAYAQUIL pueda recibir adecuadamente esta información e incorporarla en sus sistemas informáticos y contables."; (Lo subrayado me pertenece)
 - 2) Copia certificada del Contrato de Prestación de Servicios de Transmisión Electrónica de Datos de Procesamiento de Transacciones, Afiliación y Mantenimiento, celebrado entre la compañía DATAFAST y PACIFICARD, el 01 de marzo de 2010, el cual en su cláusula segunda, letra b) indica: "b. DATAFAST, en forma autónoma, se compromete para con PACIFICARD a prestar sus servicios, brindar su asesoría y asistencia técnica para la adecuada recepción, organización, manejo, coordinación, control y transmisión electrónica de datos relacionados con los consumos que los tarjetahabientes PACIFICARD realicen en sus establecimientos afiliados, con la finalidad de que PACIFICARD pueda recibir adecuadamente esta información e incorporarla en sus sistemas informáticos y contables."; (Lo subrayado me pertenece)
- i) Con fecha 17 de noviembre de 2016, se realizó la inspección técnica solicitada por la compañía DATAFAST S.A., en el numeral 6.4 de su escrito de contestación, inspección que dio origen al informe técnico No. IT-CZ5-C-2017-0001 de fecha 3 de enero de 2017 y que concluye lo siguiente: "El sistema de DATAFAST S.A. realiza el intercambio de

información entre las entidades Financieras y los Comercios; DATAFAST S.A. no provee los medios físicos de acceso a sus bases de datos". (Lo subrayado me pertenece)

- j) Mediante providencia dictada el 9 de enero de 2017, el Coordinador Zonal 5 de la ARCOTEL, dispuso lo siguiente: **"PRIMERO:** Por cuanto esta Coordinación Zonal, se encuentra a la espera del pronunciamiento determinante por parte de la matriz de la ARCOTEL, para emitir la respectiva resolución, **SE PRORROGA EL PLAZO PARA RESOLVER** por el término de 20 días hábiles, de conformidad con el artículo 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.", notificación que fue realizada el 11 de enero de 2017.
- k) Mediante escritos de fechas 10 y 13 de enero de 2017, signados con los números ARCOTEL-DEDA-2017-000350-E y ARCOTEL-DEDA-2017-000526-E, en su orden respectivamente, la compañía DATAFAST S.A., manifiesta que "en razón de que la notificación de la providencia emitida el 9 de enero de 2017, se produjo el 11 de enero de 2017, la prórroga para resolver es extemporánea, fundamentándose en el numeral 2 del artículo 125 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y solicita que se ordene el archivo del expediente conforme al artículo 204 del mencionado estatuto", lo cual no es procedente puesto que la providencia mediante la cual se prorroga el plazo para emitir la respectiva resolución fue emitida el 9 de enero de 2017 y notificada el 11 del mismo mes y año, esto es dentro del plazo permitido para realizar su notificación de acuerdo a lo estipulado en el numeral segundo del artículo 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que establece: "Notificación.- 2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado,....." (Lo resaltado no se encuentra en el texto original); motivo por el cual queda aclarado que no es procedente su pretensión.
- l) De lo expuesto se puede concluir que la compañía DATAFAST S.A., no estaría inmersa en el "sistema de pago y transacciones de dinero electrónico (SDE)", puesto que como consta de los contratos detallados en literales h) e i) del presente análisis y de su contestación, la compañía DATAFAST S.A., brinda el servicio de intercambio de información entre las entidades Financieras y los Comercios, así como de los mismos Contratos se evidencia que las tarjetas con las que se realiza el pago son emitidas por las diversas entidades financieras y que son dichas entidades, quienes operan, administran, adquieren y controlan el manejo de las tarjetas de crédito y débito, lo cual es corroborado con el informe técnico No. IT-CZ5-C-2017-0001 de fecha 3 de enero de 2017, emitido por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL.

Motivos por los cuales está Unidad Jurídica de la ARCOTEL CZ5, recomienda se emita una resolución en la que se abstenga de sancionar a la compañía DATAFAST S.A. en lo referente a que presta el servicio de "sistema de pago y transacciones de dinero electrónico (SDE)".

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

RESUELVE:

ARTÍCULO 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZ5-C-2017-0001 de fecha 3 de enero de 2017 suscrito por servidores de la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 ARCOTEL y el Informe Jurídico No. IJ-CZO5-2017-0018 de 25 de enero de 2017, suscrito por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL. 

ARTÍCULO 2.- DISPONER EL ARCHIVO del presente procedimiento administrativo sancionador, iniciado mediante Acto de Apertura No. ARCOTEL-2016-CZO5-0115, en contra de la compañía DATAFAST S.A.

ARTÍCULO 6.- NOTIFICAR esta Resolución a la compañía DATAFAST S.A., con RUC No. 1791310063001, en su domicilio ubicado en la Avenida 9 de Octubre 416 y Chile, Edificio Citibank, Piso 7, en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas; a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, a la Coordinación Técnica de Control, a la Coordinación General Administrativa Financiera, a la Coordinación General Jurídica de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; y a las unidades: Técnica, Jurídica y Financiera de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL

La presente Resolución es de ejecución inmediata, conforme lo dispone el artículo 132, inciso segundo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Dada y firmada en la ciudad de Guayaquil, a los 31 de enero de 2017.



Ing. Diego Javier Salazar Saeteros
COORDINADOR ZONAL 5

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

ZL

CC. EXP. 111-2016 – DATAFAST S.A.

