

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2017- 1 2 1 0

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL RESUELVE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA DATAFAST S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 DE 28 DE AGOSTO DE 2017.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. ANTECEDENTES

- 1.1.1. La Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través del memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-0286-M de 14 de marzo de 2017, remitió a la Unidad Jurídica de la misma Coordinación, el Informe Técnico No. IT-CZO5-C-2017-0061 de 24 de febrero de 2017, relacionado con la inspección que tuvo por objetivo: identificar cómo utiliza la empresa DATAFAST S.A. el Servicio de Telefonía Fija (STF) y el Servicio Móvil Avanzado (SMA) para proveer su servicio.
- 1.1.2. La Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitió el Criterio Jurídico No. ARCOTEL-CZO5-2017-0075 de 12 de mayo de 2017, en el que luego del análisis pertinente, consideró que debe iniciarse en contra de la compañía DATAFAST S.A., el procedimiento administrativo sancionador de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- 1.1.3. La Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con base en los informes técnico y jurídico que anteceden, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO5-2017-0032 de 09 de junio de 2017, en contra de la Compañía DATAFAST S.A., por existir la presunción de haber incurrido 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.

Se otorgó a la Compañía DATAFAST S.A., el término de quince días laborables contados a partir del día hábil siguiente al de la fecha de recepción de la notificación del Acto de Apertura, con el cual se inicia el procedimiento administrativo sancionador, para que conteste los cargos que se le atribuyen, en acatamiento de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso, en el ámbito administrativo. Documento que fue notificado el **12 de junio de 2016**, a través del oficio No. ARCOTEL-CZO5-2017-0654-OF de 09 de los mismos mes y año.

- 1.1.4. El 29 de junio de 2017, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-010390-E, la Compañía DATAFAST S.A., dio contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO5-2017-0032 de 09 de junio de 2017.
- 1.1.5. El Informe Jurídico No. IJ-CZO5-2017-0121 de 15 de agosto de 2017, contiene el correspondiente análisis legal, para determinar la presunta infracción cometida por la Compañía DATAFAST S.A.
- 1.1.6. La Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió la **Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017**, en la que resolvió:

*"Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZ5-C-2017-0957-M de 12 de julio de 2017, elaborado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 y el Informe Jurídico N° IJ-CZO5-2017-0121 de 15 de agosto de 2017, suscrito por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL.*



**Artículo 2.- DETERMINAR** que la compañía DATAFAST está prestando el servicio de Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija, lo que es descripto como un servicio de valor agregado, sin contar con el respectivo título habilitante; por lo que habría inobservado lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 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, emitido mediante RESOLUCIÓN 04-03-ARCOTEL-2016, el 28 de marzo de 2016, incurriendo en la infracción de tercera clase, tipificada en el **Artículo 119 letra a) numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**.

**Artículo 3.- IMPONER** a la compañía DATAFAST S.A., la sanción económica prevista en el numeral 3 del artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo valor de multa asciende a USD 9.787,74 (NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE DOLARES CON 74/100) (...).

**Artículo 4.- DISPONER** a la compañía DATAFAST S.A. que se abstenga de prestar el servicio de Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija, lo que es descripto como un servicio de valor agregado, mientras no cuente con el respectivo título habilitante, aspecto que será verificado por personal técnico de la Coordinación Zonal 5.

**Artículo 5.- INFORMAR** a la compañía DATAFAST S.A. que tiene derecho a recurrir de esta Resolución conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, interponer el Recurso de Apelación ante la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso de Apelación, no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 de la Ley citada. (...).

- 1.1.7. La Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, notificó la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057, a la Compañía DATAFAST S.A., el **31 de agosto de 2017**, a través del oficio No. ARCOTEL-CZO5-2017-1109-OF de 30 del mismo mes y año; conforme se desprende del recibido constante en el citado oficio.
- 1.1.8. Mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-014437-E de 18 de septiembre de 2017, el señor Carlos Fabricio Franco Sampredo, en calidad de representante legal de la Compañía DATAFAST S.A., interpuso ante la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, emitida por la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL; solicitando lo siguiente:

*"En base a lo expuesto, formulo recurso de apelación solicitando lo siguiente:*

*e.1. Que se revoque y deje sin efecto el acto impugnado, esto es, Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017.*

*e.2. De conformidad con el art. 134 de la LOT, en concordancia con el art. 189 del ERJAFE y en vista de que el injusto, ilegítimo e ilegal acto impugnado causa un perjuicio grave a la empresa que represento, el cual es de difícil reparación porque se ordena que DATAFAST se abstenga de prestar el servicio a más de cuarenta mil puntos de venta que no podrían realizar sus ventas con tarjetas de crédito, solicito se suspenda la ejecución de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, notificada el día 30 de agosto de 2017."*

- 1.1.9. En providencia de 25 de septiembre de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, avocó conocimiento del citado Recurso de Apelación; y, requirió a la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, remita una copia certificada de todo el expediente administrativo sancionatorio del acto administrativo impugnado, mismo que fue enviado mediante memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-1367-M de 02 de octubre de 2017.

- 1.1.10. El Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL, a través de la providencia de 06 de octubre de 2017, notificada a la Compañía DATAFAST S.A. con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2017-1200-OF de 10 de los mismos mes y año, aceptó la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017.
- 1.1.11. El 20 de octubre de 2017, a las 12h00, se llevó a cabo la audiencia dentro de la sustanciación del Recurso de Apelación, dispuesta por la Dirección de Impugnaciones.
- 1.1.12. Mediante escrito ingresado el 31 de octubre de 2017, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-016647-E, la Compañía DATAFAST S.A., a través de su abogado patrocinador, presentó un informe en derecho, solicitando que se deje sin efecto la Resolución impugnada.

## II. COMPETENCIA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### 2.1. COMPETENCIA

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, quien tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de 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. Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones a través de la Dirección Ejecutiva, conforme lo dispone el artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene competencia para: "1. Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...) 8. Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador. (...) 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."

Mediante Resolución No. 04-03-ARCOTEL-2017 de 10 de mayo de 2017, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 13 de 14 de junio de 2017, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones expidió el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en cuyo artículo 10 se establece lo siguiente:

#### "1.3.1.2. Gestión Jurídica.-

(...)

**II. Responsable:** Coordinador/a General Jurídico/a.

**III. Atribuciones y responsabilidades:**

(...)

11. Cumplir las demás disposiciones y delegaciones emitidas por la Dirección Ejecutiva."

#### "1.3.1.2.3. Gestión de Impugnaciones.-

(...)

**II. Responsable:** Director/a de Impugnaciones.

**III. Atribuciones y responsabilidades:**

(...)

b. Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública."

En Resolución No. ARCOTEL-2017-0733 de 26 de julio de 2017, la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resolvió que, además de lo establecido en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la ARCOTEL, delegar las siguientes atribuciones:



**"Artículo 1. AL COORDINADOR GENERAL JURÍDICO.-**

(...)

b) Resolver lo que en derecho corresponda, respecto a las impugnaciones y/o reclamos presentados ante la ARCOTEL, con excepción de aquellas derivadas de procedimientos administrativos sancionadores referentes al servicio móvil avanzado, al servicio de telefonía fija y a los medios de comunicación social de carácter nacional;

c) Suscribir todo tipo de documentos necesarios para el ejercicio de las competencias y delegaciones de la Coordinación General Jurídica, (...)" (Subrayado fuera del texto original)

Es necesario aclarar que el presente caso, materia de esta apelación, no se encuentra inmerso dentro de las excepciones constantes en el artículo 1, literal b) de la Resolución No. ARCOTEL-2017-0733 de 26 de julio de 2017.

Con Resolución No. 07-06-ARCOTEL-2017 de 09 de agosto de 2017, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo 146, número 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, designó al ingeniero Washington Cristóbal Carrillo Gallardo, como Director Ejecutivo de la ARCOTEL.

A través de la Acción de Personal No. 229 de 03 de octubre de 2017, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resolvió nombrar a la abogada Sheyla Berenice Cuenca Flores como Directora de Impugnaciones de la Coordinación General Jurídica de la ARCOTEL.

Mediante Acción de Personal No. 311 de 15 de noviembre de 2017, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones nombró a la abogada Mónica Estefanía De Mora Guerra como Coordinadora General Jurídica de la ARCOTEL.

Por lo que, corresponde a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, sustanciar el recurso de apelación interpuesto por la Compañía DATAFAST S.A., respecto del acto administrativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017; y, al Coordinador General Jurídico, en calidad de delegado de la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, resolver lo que en derecho corresponda sobre dicho recurso.

## 2.2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, manda:**

**"Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...).

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

(...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)"

**"Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye entre otras las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes.

(...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

(...)

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

**“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. 83.-** Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. (...).”

**“Art. 133.-** Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

(...)

2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. (...).”

**“Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa, como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

**“Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

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

**“Art. 313.-** El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”



**“Art. 314.-** El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

*El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”*

**La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015, dispone:**

**“Artículo 2.-** *Ámbito.*

*La presente Ley se aplicará a todas las actividades de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, servicios de telecomunicaciones y a todas aquellas personas naturales o jurídicas que realicen tales actividades a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los prestadores de servicios y usuarios. (...).”*

**“Artículo 5.-** *Definición de telecomunicaciones.*

*Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por sistemas alámbricos, ópticos o inalámbricos, inventados o por inventarse. La presente definición no tiene carácter taxativo, en consecuencia, quedarán incluidos en la misma, cualquier medio, modalidad o tipo de transmisión derivada de la innovación tecnológica.”*

**“Artículo 7.-** *Competencias del Gobierno Central.*

*El Estado, a través del Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones. Dispone del derecho de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, lo cual incluye la potestad para emitir políticas públicas, planes y normas técnicas nacionales, de cumplimiento en todos los niveles de gobierno del Estado.*

*La gestión, entendida como la prestación del servicio público de telecomunicaciones se lo realizará conforme a las disposiciones constitucionales y a lo establecido en la presente Ley.*

*Tiene competencia exclusiva y excluyente para determinar y recaudar los valores que por concepto de uso del espectro radioeléctrico o derechos por concesión o asignación correspondan.”*

**“Artículo 36.-** *Tipos de Servicios.*

*Se definen como tales a los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión.*

**1. Servicios de telecomunicaciones:** *Son aquellos servicios que se soportan sobre redes de telecomunicaciones con el fin de permitir y facilitar la transmisión y recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, para satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de los abonados, clientes, usuarios.*

*Dentro de los servicios de telecomunicaciones en forma ejemplificativa y no limitativa, se citan a la telefonía fija y móvil, portadores y de valor agregado.*

*Los prestadores de servicios de telefonía fija o móvil podrán prestar otros servicios tales como portadores y de valor agregado que puedan soportarse en su red y plataformas, de conformidad con la regulación que se emita para el efecto. (...).”*



**"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. (...)"

**"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 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. (...)

**"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."

**"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.”

**“Art. 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.

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.”

**“Artículo 134.- Apelación.**

La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia **dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.**

Dicho funcionario tendrá el **plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite.** La apelación no suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”. (Negrillas fuera del texto original).

**“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:

1. Emitir las regulaciones, normas técnicas, planes técnicos y demás actos que sean necesarios en el ejercicio de sus competencias, para que la provisión de los servicios de telecomunicaciones cumplan con lo dispuesto en la Constitución de la República y los objetivos y principios previstos en esta Ley, de conformidad con las políticas que dicte el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

(...)

4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, (...) 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.

(...)

29. Regular y controlar las actividades relacionadas con el comercio electrónico y firma electrónica, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. (...).

**“Artículo 147.- Director Ejecutivo.**

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción del Directorio.

Con excepción de las competencias expresamente reservadas al Directorio, la o el Director Ejecutivo tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y vídeo por suscripción.

Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.”

**“Artículo 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.**

Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

1. Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia.

(...)

8. Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador.

(...)

12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...).

**“DISPOSICIONES FINALES**

(...)

**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.”

**El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016, establece:**

**“Art. 1.- Objeto.-** El presente Reglamento General tiene por objeto el desarrollo y la aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en adelante la Ley o sus siglas LOT.”

**“Art. 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.

Los títulos habilitantes se clasifican en:

(...)

**c. Registro de servicios.-** Para la prestación de servicios portadores, operadores de cable submarino, segmento espacial, radioaficionados, valor agregado, de radiocomunicación, redes privadas y actividades de uso privado, espectro para uso determinado en bandas libres y los demás que determine la ARCOTEL.”

**“Art. 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.”

**“Art. 84.- Sanciones a personas no poseedoras de títulos habilitantes.-** Sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar, las sanciones a imponerse en el caso del cometimiento de infracciones aplicables a personas naturales o jurídicas no poseedoras de títulos habilitantes, serán las previstas en el artículo 122 de la Ley, toda vez que en dichos casos no puede obtenerse la información necesaria para determinar el monto de referencia. (...).”

**“Art. 85.- Recurso de apelación.-** De la resolución de imposición de la sanción podrá interponerse -exclusivamente- el recurso de apelación ante el Director Ejecutivo de la ARCOTEL; por lo que, en cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.

La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.

De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.

**Art. 86.- Normas aplicables.-** La ARCOTEL podrá expedir las regulaciones para la aplicación del régimen sancionatorio y para el ejercicio de la jurisdicción coactiva.”

**El Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 756 de 17 de mayo de 2016, determina:**

**“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.” (Subrayado fuera del texto original)

**El Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, publicado en el Registro Oficial No. 749 de 06 de mayo 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.”

**“DISPOSICIONES GENERALES**



**Primera:** Los servicios de telecomunicaciones y servicios de radiodifusión por suscripción son inicialmente los siguientes:

(...)

- Valor Agregado.

(...)

El Directorio de la ARCOTEL, previo informe de la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, podrá definir, modificar o suprimir las fichas de los servicios de telecomunicaciones y por suscripción establecidas en el presente reglamento, la calidad, en atención a la necesidad nacional, desarrollo del mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones, evolución tecnológica, aplicación de políticas de desarrollo del sector u otros aspectos; se exceptúa de esta aplicación los aspectos técnicos o normas técnicas, tales como cobertura, entre otros, que serán establecidos por la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, de conformidad con el número 4 del artículo 148 de la LOT.”.

La FICHA DESCRIPTIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, anexa al Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, publicado en el Registro Oficial No. 749 de 06 de mayo de 2016, señala, entre otros aspectos lo siguiente:

<b>DENOMINACIÓN DEL SERVICIO:</b>	Valor Agregado
<b>DESCRIPCIÓN O CARACTERIZACIÓN DEL SERVICIO:</b>	Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija.
<b>Título habilitante a otorgar para la prestación del servicio:</b>	Registro.
<b>Aplica régimen de acceso:</b>	Si, acceso por medio de los servicios de telecomunicaciones de telefonía fija o servicio móvil avanzado.

Dentro del servicio, a modo ejemplificativo, se pueden considerar al acceso a:

1. Contenidos informativos, de difusión, imágenes, entre otros, por suscripción o prepagados por el cliente, suscriptor o abonado.
2. Envío de información de datos (aplicaciones machine-to-machine, localización, georreferenciación, telemetría).
3. Servicios provistos por medio de SMS Premium (servicio de mensajes cortos).
4. Audiotexto
5. Sistema de pago y transacciones de dinero electrónico (SDE).
6. Otros que defina o establezca la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002, señala:

**“Art. 156.- Contenido de la resolución.**

1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente y coherente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.



3. Las resoluciones contendrán la decisión, que deberá ser motivada. Expresarán, además, los recursos y acciones que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

4. En ningún caso podrá la administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto en la Constitución.

5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.”.

**El Instructivo Para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL, publicado en el Registro Oficial No. 632 de 20 de noviembre de 2015, señala:**

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

*“Art 36.- Recurso de Apelación.- La resolución emitida por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el/la directora/a Ejecutivo/a de dicha Agencia dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación con la resolución.*

*La interposición del Recurso de Apelación, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...)*

*La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.*

*De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.*

*Art. 37.- El/la directora/a de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, o su Delegado/a, sustanciará el recurso en mérito de autos, sin perjuicio de que de estimarse necesario se soliciten informes técnicos. (...).”.*

### 2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN

El trámite para la sustanciación del Recurso de Apelación en la vía administrativa, se encuentra previsto en el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en concordancia con los artículos 36, 37 y 38 del Instructivo Para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL.

## III. ANÁLISIS DE FONDO

### 3.1. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

La Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió la **Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017**, en la que resolvió:

*“Artículo 1.- ACOGER el Informe Técnico No. IT-CZ5-C-2017-0957-M de 12 de julio de 2017, elaborado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 y el Informe Jurídico N° IJ-CZO5-2017-0121 de 15 de agosto de 2017, suscrito por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL.*



**Artículo 2.- DETERMINAR** que la compañía DATAFAST está prestando el servicio de Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija, lo que es descripto como un servicio de valor agregado, sin contar con el respectivo título habilitante; por lo que habría inobservado lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 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, emitido mediante RESOLUCIÓN 04-03-ARCOTEL-2016, el 28 de marzo de 2016, incurriendo en la infracción de tercera clase, tipificada en el **Artículo 119 letra a) numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**.

**Artículo 3.- IMPONER** a la compañía DATAFAST S.A., la sanción económica prevista en el numeral 3 del artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo valor de multa asciende a USD 9.787,74 (NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE DOLARES CON 74/100) (...).

**Artículo 4.- DISPONER** a la compañía DATAFAST S.A. que se abstenga de prestar el servicio de Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija, lo que es descripto como un servicio de valor agregado, mientras no cuente con el respectivo título habilitante, aspecto que será verificado por personal técnico de la Coordinación Zonal 5.

**Artículo 5.- INFORMAR** a la compañía DATAFAST S.A. que tiene derecho a recurrir de esta Resolución conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, interponer el Recurso de Apelación ante la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso de Apelación, no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 de la Ley citada. (...).

### 3.2. RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-014437-E de 18 de septiembre de 2017, el señor Carlos Fabricio Franco Sampedro, en calidad de representante legal de la Compañía DATAFAST S.A., interpuso ante la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, emitida por la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL; solicitando lo siguiente:

*"En base a lo expuesto, formulo recurso de apelación solicitando lo siguiente:*

*e.1. Que se revoque y deje sin efecto el acto impugnado, esto es, Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017.*

*e.2. De conformidad con el art. 134 de la LOT, en concordancia con el art. 189 del ERJAFE y en vista de que el injusto, ilegítimo e ilegal acto impugnado causa un perjuicio grave a la empresa que represento, el cual es de difícil reparación porque se ordena que DATAFAST se abstenga de prestar el servicio a más de cuarenta mil puntos de venta que no podrían realizar sus ventas con tarjetas de crédito, solicito se suspenda la ejecución de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, notificada el día 30 de agosto de 2017.*

### 3.3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO

En el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0100 de 27 de noviembre de 2017, se analiza el recurso de apelación interpuesto por la Compañía DATAFAST S.A, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, que en su parte pertinente, manifiesta:

*"En el capítulo séptimo "Administración Pública", la Carta Magna, en su artículo 226, consagra el principio de legalidad, el cual textualmente dispone:*

"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución." (Subrayado fuera del texto original).

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

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

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

Del expediente administrativo sancionador y del análisis del mismo, se determina que se ha dado cumplimiento con el procedimiento establecido en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con lo dispuesto en el Instructivo Para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones - ARCOTEL, publicado en el Registro Oficial No. 632 de 20 de noviembre de 2015.

La apelación interpuesta por la Compañía DATAFAST S.A., ha sido efectuada dentro del plazo establecido en el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es, dentro de los quince días hábiles que tenía para el efecto, toda vez que la Resolución materia de este análisis, ha sido notificada el **31 de agosto de 2017** y el Recurso de Apelación fue presentado el **18 de septiembre de 2017**, ante la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL; la Compañía recurrente cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 180 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE; y, las formalidades del artículo 186 ibidem; razón por la cual, es admisible a trámite.

La Compañía DATAFAST S.A. fundamenta su Recurso de Apelación, en resumen por los siguientes argumentos, los cuales se procede a analizar:

#### **Argumentos:**

##### **"d.2. DATAFAST no ofrece un servicio de valor agregado, pues no provee acceso.-"**

Los servicios de valor agregado forman parte de los servicios de telecomunicaciones o del régimen de telecomunicaciones como los llama el Reglamento General a la LOT, de tal manera que primero debemos entender lo que es un servicio de telecomunicaciones.

La LOT define a los servicios de telecomunicaciones como aquellos que: "se soportan sobre redes de telecomunicaciones con el fin de permitir y facilitar la transmisión y recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, para satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de los abonados, clientes, usuarios." (Art. 36). Telecomunicaciones, a su vez son "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por sistemas alámbricos, ópticos o inalámbricos inventados o por inventarse." (Art. 5). Los verbos o acciones que definen a los servicios de telecomunicaciones son la transmisión, emisión o recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza. Es decir, para que haya servicio de telecomunicaciones (incluyendo los servicios de valor agregado que son parte de los servicios de telecomunicaciones, puesto que el servicio de valor agregado es una especie del género servicios de telecomunicaciones) quien lo provee debe ser el responsable de la transmisión, emisión o recepción.



No hay que confundir las telecomunicaciones con el contenido. Los contenidos (la información transmitida), las bases de datos, los integradores, los servidores de almacenamiento u cualquier otro aparato o función que por sí misma no realice la transmisión, emisión o recepción signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, no son telecomunicaciones.

La LOT actualmente en vigencia, menciona a los servicios de valor agregado como parte de los servicios de telecomunicaciones (art. 36), pero no los define. A su vez, el Reglamento para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, publicado en el Registro Oficial No. 749 de 6 de mayo de 2016 (en adelante "Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones"), en la Ficha del Servicio –la misma que fue citada por el Coordinador Zonal No. 5 de ARCOTEL-, si trae una definición expresa de servicios de valor agregado, que señala lo siguiente:

**"Provisión de acceso** a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija." (Lo resaltado me pertenece)

Es preciso destacar que **el servicio de valor agregado no es el de las aplicaciones, contenidos o información en sí misma**, como lo dice textualmente la disposición. **Es la provisión del acceso**, es decir, **la provisión de los medios de emisión, transmisión o recepción para llegar a esas aplicaciones, contenidos o información. Este servicio no lo brinda DATAFAST, sino como lo expliqué y demostré, empresas de telecomunicaciones debidamente habilitadas.**

El acceso de los establecimientos comerciales o puntos de venta que contratan el servicio de información y gestión transaccional con DATAFAST, se realiza por medio de proveedores de servicios de telecomunicaciones tales como el servicio móvil avanzado y el servicio de internet provisto por redes fijas mediante enlaces ADSL o Dial up. Normalmente son los propietarios de tales comercios quienes contratan el servicio directamente con los prestadores de servicios de telecomunicaciones, sin perjuicio de que en algunas ocasiones, lo haga DATAFAST. El servicio móvil avanzado es un servicio de radiocomunicación definido como: "Servicio de telecomunicaciones del servicio móvil terrestre, que permite toda transmisión, emisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, voz, datos o información de cualquier naturaleza.". El servicio de telefonía fija, por su parte, se define de la siguiente manera: "Servicio por el que se conduce tráfico telefónico conmutado a través de equipos terminales que tienen una ubicación geográfica determinada; su acceso puede ser alámbrico e inalámbrico."

Dial up es una tecnología de acceso a Internet a través de una línea telefónica analógica, que opera dentro de la red de telefonía conmutada. Hoy en día su existencia es muy marginal, pues ha sido reemplazada por tecnologías digitales de acceso a Internet, incluyendo ADSL. El operar usando dial up puede ser considerada una transmisión soportada en la red de telefonía fija. Gprs es una tecnología de transmisión de datos que opera en la red de servicio móvil avanzado (hasta la red 2G). Hoy igualmente es considerada obsoleta y ha sido reemplazada por las tecnologías 3G y 4G, aunque existe aún en el país. Lan / Ethernet es un protocolo de transmisión para conexión de computadoras. Sirve para conexión de redes locales. DATAFAST no provee acceso por medio de Dial up o Gprs porque no cuenta con redes de telecomunicaciones, ni es un proveedor de servicios de telecomunicaciones.

En forma resumida, DATAFAST provee un servicio que consiste en instalar unos equipos que envían datos a través de distintas redes de telecomunicaciones, los cuales son recibidos en un equipo integrador o nodo (Stratus), este equipo, luego de hacer un proceso de validación, los envía a entidades del sistema financiero nacional (bancos) para que apruebe determinadas transacciones realizadas con tarjetas de crédito o débito. Una explicación en detalle del producto que ofrece DATAFAST consta en el documento que se presentó al contestar el auto de inicio del procedimiento sancionador. Según he explicado, la transmisión, emisión y recepción se realiza a través de proveedores de servicios de telecomunicaciones por medio de dial up, adsl, Gprs y Lan / Ethernet en estándar ISO8583.

De lo anterior se desprende que **ARCOTEL ha incurrido en el grave error de considerar que, ofrecer la información, gestionarla y comercializarla (el contenido) es equivalente a "Provisión de acceso", es decir a un servicio de telecomunicaciones.** Suponemos que paralelamente con el procedimiento a DATAFAST, ARCOTEL ha iniciado procedimientos sancionadores contra todos los productores o gestores de información a la que acceden los usuarios o clientes mediante el SMA o enlaces ADSL (red de telefonía fija), tales como Facebook, Netflix, Twitter, El Comercio, El Universo, el SRI, LEXIS, Ecuavisa, Youtube, Google, las entidades del Sistema Financiero Nacional, Instagram, WhatsApp, Dropbox, Mercado Libre, Skype, Yahoo, Despegar, TripAdvisor, Ebay,



Paypal, Wikipedia, Tame, Latam, Iberia, etc. Y en fin, cualquier empresa que cuente con servidores a los que acceden sus clientes para obtener información o realizar transacciones mediante el SMA o la red de telefonía fija.

Todas las empresas antes mencionadas arriba, producen contenidos, información o tienen aplicaciones a las que se accede por servicios de telecomunicaciones como el SMA o los enlaces ADSL por Internet, como ocurre con el servicio que brinda DATAFAST, pero no proveen el acceso a tales informaciones, contenidos, servidores, etc. Lo explicaré con un ejemplo. Si yo deseo leer la revista The Economist a la que estoy suscrito, accedo desde mi equipo smarphone a un servidor en donde está almacenada la información depositada por la empresa que edita The Economist. El servidor verificará mi usuario y contraseña y si es validada, permitirá que descargue la revista en el equipo. Es exactamente lo mismo que hace DATAFAST. Los clientes que han celebrado un contrato de provisión de información transaccional para tarjetas de débito y crédito, acceden a nuestro servidor que gestiona verifica la validez de la información y la retransmite por medio de operadores de telecomunicaciones debidamente habilitados, hacia los bancos que usan nuestro servicio. DATAFAST no provee el acceso, provee la información, como Facebook, Twitter, El Comercio, El Universo (...)

Usted recordará señor Director, que hace varios años, cuando una persona realizaba una compra con una tarjeta de crédito, el responsable del comercio realizaba una operación manual de impresión en un voucher a través de una sencilla máquina como la que consta en el siguiente gráfico: (...)

Paralelamente el responsable de la venta, realizaba una llamada telefónica, para verificar la autenticidad de la tarjeta y la calidad del tarjetahabiente. Hoy en día estas operaciones se hacen en forma electrónica mediante servicios de telecomunicaciones habilitados. Insistimos una vez más, DATAFAST no provee el acceso, sino que concentra y gestiona la información.

Al no ser un proveedor de acceso, el servicio que brinda de DATAFAST no se encuadra dentro de la definición de servicio de valor agregado.

### **d.3. El Coordinador Zonal impidió a DATAFAST ejercer su derecho a la defensa.-**

El día 20 de octubre de 2016 DATAFAST fue notificada con el acto de apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ05-000115, por la supuesta comisión de la infracción de tercera clase tipificada en el art. 119, letra a) numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...)

Si bien el supuesto de hecho de dicha (sic) juzgamiento administrativo se refería a que aparentemente DATAFAST era una empresa para pagos electrónicos a través de tarjetas de crédito y débito y que tales actividades son consideradas como un Servicio de Valor Agregado, sin contar con el título habilitante respectivo, en dicho procedimiento administrativo si se analizó los mecanismos de acceso de los establecimientos comerciales y de las entidades del sistema financiero nacional a los servidores y equipos de DATAFAST.

Dentro de dicho procedimiento, el día 17 de noviembre de 2016 se efectuó una inspección en las oficinas de DATAFAST, cuyo informe es citado expresa y literalmente en la Resolución ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017, en la motivación y análisis jurídico. El texto señala lo siguiente:

"j) 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 Comerciales; DATAFAST no provee los medios de acceso a sus bases de datos"** (Lo resaltado me pertenece)

**Si la propia ARCOTEL llega a la conclusión de que DATAFAST no "provee los medios de acceso a sus bases de datos", según lo señala su Informe Técnico y toma esta hecho como motivación para la Resolución ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017 que ordenó el archivo del expediente sancionador iniciado en contra de DATAFAST, entonces ¿Cómo puede ahora considerar que DATAFAST brinda un servicio de valor agregado sin proveer acceso? No existe coherencia por parte de ARCOTEL.**

Dado que el sistema de acceso –que es la parte medular del concepto de servicio de valor agregado- ya fue analizado en el Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ05-000115, conforme consta en la Resolución ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017 que absolvió a DATAFAST, **ARCOTEL**



*estaría juzgando dos veces a DATAFAST por la misma causa, lo que contraviene el principio de non bis in idem garantizado en el art. 76, numeral 7, letra i) de la Constitución de la República (...)*

*Ahora bien, puesto que el tema de la naturaleza del servicio que brinda DATAFAST (sic) si fue analizado en el Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ05-0001115, para DATAFAST era muy importante que el expediente de dicho procedimiento sancionador sea incorporado como prueba a su favor.*

*(...) a pesar de ser un asunto medular dentro de este procedimiento, el Coordinador Zonal 5 afirmó, en la providencia de 4 de julio de 2017, que esta prueba es irrelevante.*

*No sólo se violó mi derecho a la defensa, sino se actuó con deslealtad procesal, al impedirse, tanto la inspección, como la incorporación de prueba documental, que demuestran que DATAFAST no provee los medios de acceso a sus bases de datos.*

*(...) sin ninguna motivación y menos explicación, en la providencia de 4 de julio de 2017, simplemente no atendió el pedido de una inspección como parte de las pruebas de DATAFAST. De hecho ni siquiera se pronunció al respecto (...) ni siquiera se permitió actuar a los abogados de DATAFAST porque no se tomó en cuenta la designación que les hice como abogados defensores.*

#### **d.4. La potestad sancionadora de la Coordinadora Zonal 5 caducó.-**

*(...) luego de nuestra contestación presentada el día 29 de junio de 2017 con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-010390-E DATAFAST, el Coordinador Zonal 5 emitió una providencia el día 4 de julio de 2017, la misma que fue notificada recién el día 6 de julio de 2017. Desde esa fecha el procedimiento se mantuvo paralizado, pues no se emitió la providencia de cierre de prueba y de apertura del plazo para resolver como debió hacerse de conformidad con el art. 129 de la LOT. El día 30 de agosto de 2017, se notificó el acto impugnado, es decir la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017 (...)*

*Es decir, desde la fecha de la notificación de última providencia de ARCOTEL, el día 6 de julio de 2017 hasta el día de la notificación de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 transcurrieron treinta y siete días sin ninguna actuación efectiva por parte de ARCOTEL.*

*La fecha de culminación del periodo de prueba fue el día 28 de julio de 2017 y si desde esa fecha contamos veinte días, el plazo para resolver vencía el 28 de agosto de 2017, pero la Coordinación Zonal No. 5 notificó su resolución el día 30 de agosto de 2017, es decir dos días después del plazo máximo para resolver.*

*Es decir, la facultad del Coordinador Zonal No. 5 de ARCOTEL caducó por mandato del art. 20 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en razón de que se mantuvo suspendido por más de veinte días.*

*(...) En efecto, el art. 204 del ERJAFE expresamente señala un plazo de veinte (20) días, cuyo incumplimiento produce la caducidad. En el presente procedimiento se ha producido precisamente ese hecho por el incumplimiento de los plazos y se dictó una resolución, cuando ya el procedimiento había caducado.*

*(...)*

#### **d.5. Falta de motivación.-**

*En el Oficio impugnado no existe motivación. No puede haber motivación y resulta muy llamativo que los funcionarios de la Coordinación Zonal No. 5 hayan transcrito literalmente párrafos enteros respecto de la competencia de ARCOTEL para realizar el control sobre actividades de comercio electrónico, cuando en este juzgamiento no era ese el asunto que se discutía. En efecto, bajo el título "Motivación" en la página 12 del acto impugnado, se citan normas referentes a las facultades de ARCOTEL para realizar control en actividades de comercio electrónico, incluyendo disposiciones del Código Orgánica de Monetario y Financiero y resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que no tienen ninguna relación con el tema del presente procedimiento sancionador.*



En segundo lugar, tampoco puede haber motivación si, en análisis jurídico (pag. 17) lo único que se hace es acoger el criterio técnico expuesto en el Memorando No. ARCOTEL-CRDS-2016-0089-M de 5 de diciembre de 2016 "sobre un caso similar". Un memorando sobre "un caso similar" y del año 2016. ¿Puede aceptarse que un órgano de control motive sus actos de esa manera?

Por último y esto es lo más escandaloso, en la supuesta motivación (pags. 18 a 20) al realizar el supuesto análisis jurídico de las alegaciones de DATAFAST lo único que se hace es transcribir los argumentos expuestos por DATAFAST y luego se vuelve a transcribir el análisis técnico que consta páginas atrás. Aunque le resulte inverosímil señor Director, la unidad jurídica de la Coordinación Zonal No. 5, en lugar de analizar jurídicamente las alegaciones de DATAFAST, transcribe el mismo informe técnico que consta unas páginas atrás (en la misma Resolución!). En otras palabras, en el mismo acto administrativo las páginas 15 y 16 son idénticas a las páginas 20 y 21, con la única diferencia que las primeras son "análisis técnico" y las segundas "análisis jurídico".

En definitiva, no se señalan los hechos y su relación con las normas jurídicas citadas como sustento y tampoco la relación con el procedimiento previo. Tampoco se analizan las alegaciones de DATAFAST, ni sus pruebas.

La Constitución de la República, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa Privada (Ley de Modernización) y el ERJAFE, establecen la obligación de motivación de los actos administrativos (...).

#### **d.5. (sic) Nulidad de pleno derecho.-**

Lo señalado en los acápites d.2., d.3. y d.4. encaja en los supuestos contemplados en el art.94, letra c), en el art. 129, numeral 1, letras a), b), e) y en el art. 129 numeral 2 del ERJAFE, que constituyen vicios que impiden la convalidación de los actos y por tanto acarrear nulidad de pleno derecho.

De igual manera, por norma expresa, la falta de motivación produce nulidad de pleno derecho por violación de un derecho establecido en la Constitución de la República."

#### **Análisis:**

Para establecer si son aceptables o no los argumentos de la Compañía DATAFAST S.A. dentro del presente Recurso de Apelación es importante analizar en detalle el expediente administrativo sancionador, del que se desprende que, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, como parte de las actividades de control que ejecuta, el 16 de febrero de 2017, realizó una inspección a la empresa DATAFAST S.A. para certificar el uso de las redes del servicio de telefonía fija (STF) y servicio móvil avanzado (SMA) para proveer su servicio.

En el Informe Técnico No. IT-CZO5-C-2017-0061 de 24 de febrero de 2017, emitido por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, consta los siguientes resultados y conclusiones derivados de la inspección efectuada:

#### **"(...) 3.- RESULTADOS**

En visita a instalaciones de Datafast, ubicada en la dirección 9 de Octubre 416 y Chile piso 7, a las 15h02 del Día Jueves 16 de Febrero de 2017, nos recibieron Fabricio Franco, Gerente General, Carlos Andrade, Abogado, Yolanda Pita Vanegas, Gerente de Tecnología y Luis Vásquez, jefe de Producción e Infraestructura.

En la reunión se procede a hacer preguntar (sic) que ayuden a determinar cómo Datafast utiliza las redes de las operadoras del Servicio Móvil Avanzado (SMA) y del Servicio de Telefonía Fija (STF).

El Ing. Vásquez manifiesta que para conectarse a través de las operadoras cuentan con enlaces dedicados con las operadoras del SMA Claro, Movistar y CNT, y con un enlace E1 para conectarse a la red de las operadoras del STF CNT y Claro, para dar los servicios P.O.S. Dial, P.O.S Dial Lan, P.O.S Inalámbrico y M.POS.

#### **SERVICIO POS**

Ejecuta transacciones utilizando las redes del STF, con los proveedores CNT E.P. y Claro (EcuadorTelecom). Se conecta mediante un enlace dedicado E1 desde las operadoras hacia los routers, switches, central telefónica y finalmente servidores propios de DATAFAST.

**SERVICIO POS DIAL LAN**

No utiliza las redes del SMA ni STF.

**SERVICIO POS INALAMBRICO Y DATAMÓVIL**

Ejecuta transacciones utilizando las redes del SMA, con los proveedores Movistar (OTECEL), Claro (CONECEL) mediante enlaces dedicados GPRS desde las operadoras hacia los routers, switches y servidores propios de DATAFAST.

(...)

**5.- CONCLUSIONES**

- DATAFAST S.A realiza transacciones de información utilizando el servicio de telefonía fija (STF) mediante enlaces dedicados E1, desde la central telefónica de las operadoras CNT y Claro (EcuadorTelecom) hacia sus instalaciones.
- DATAFAST S.A. realiza transacciones de información utilizando el servicio móvil avanzado (SMA) mediante enlaces dedicados GPRS, conectando la red de la (sic) operadoras Movistar (OTECEL) y Claro (CONECEL) hacia sus instalaciones. (...).

Con sustento en el hecho reportado por la citada Unidad Técnica, la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, emitió el Criterio Jurídico No. ARCOTEL-CZO5-2017-0075 de 12 de mayo de 2017, del que se desprende el siguiente análisis y conclusión:

**(...) 5. ANÁLISIS JURÍDICO:**

(...) De los hechos relatados en el Informe Técnico IT-CZO5-C-2017-0061 de 24 de febrero de 2017, el cual es remitido por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, mediante Memorando ARCOTEL-CZO5-2017-0286-M de fecha 14 de marzo del 2017, a la Unidad Jurídica para que determine “si el uso que DATAFAST da a las redes del STF y SMA incurren en la descripción del servicio de valor agregado (SVA) del Reglamento para la prestación de servicios de telecomunicaciones y servicios de radiodifusión por suscripción.”. (Lo subrayado no se encuentra en el texto original)

Al respecto esta Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, acoge el criterio técnico emitido por la Dirección Técnica de Regulación de Servicios y Redes de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, mediante Memorando Nro. **ARCOTEL-CRDS-2016-0089-M** del 05 de diciembre de 2016, en el cual, emitió una opinión sobre un caso similar y señala entre otras cosas, que: “(...) En virtud de lo expuesto y considerando que la ficha descriptiva del servicio de valor agregado, menciona servicios únicamente a modo ejemplificativo, sin perjuicio de otros servicios que defina o establezca la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, para el caso del que fuera denominado Puntos de Venta P.O.S., el mismo ya no se encuentra comprendido dentro de la caracterización del servicio en el caso de que sea soportado en redes del servicio portador, pues la norma actualmente describe de manera general a los Servicios de Valor Agregado como: “Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija”. (Lo subrayado no se encuentra en el texto original)

Por lo expuesto, la compañía DATAFAST estaría prestando el servicio de Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija, lo que es descripto como un servicio de valor agregado, sin contar con el respectivo título habilitante; por lo que 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, emitido mediante RESOLUCIÓN 04-03-ARCOTEL-2016, el 28 de marzo de 2016; por lo que de confirmarse la existencia del incumplimiento y la responsabilidad de la compañía DATAFAST S.A., podría haber incurrido 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.



## 6. CONCLUSIÓN:

*Por lo tanto es criterio de esta Unidad Jurídica, que se inicie en contra de la compañía DATAFAST S.A., el procedimiento administrativo sancionador de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)*

*En tal virtud, el 09 de junio de 2017, la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dictó el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO5-2017-0032 de 09 de junio de 2017, en contra de Compañía DATAFAST S.A., por la presunta infracción de tercera clase tipificada en el artículo 119 letra a) numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es, "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", cuya sanción se encuentra establecida en los artículos 121 y 122 ibídem; otorgándole a la empresa, el término de quince días laborables contados a partir del día hábil siguiente al de la fecha de recepción de la notificación del Acto de Apertura, con el cual se inicia el procedimiento administrativo sancionador, para que conteste los cargos que se le atribuyen, en acatamiento de las garantías básicas y reglas propias del debido proceso en el ámbito administrativo. Dicho Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, fue notificado a la Compañía DATAFAST S.A., el 12 de junio de 2016.*

*Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-010390-E de 29 de junio de 2017, DATAFAST S.A. dio contestación al mencionado Acto de Apertura, alegando en resumen que:*

- DATAFAST S.A. no brinda un servicio de valor agregado.
- DATAFAST S.A. ya fue juzgada administrativamente y se ratificó su estado de inocencia.
- La prueba de ARCOTEL desvanece sus propias alegaciones.

*Además solicitó que se tenga como prueba a su favor las siguientes:*

1. *El documento técnico adjunto que explica en forma detallada el funcionamiento del servicio de DATAFAST.*
2. *La copia autenticada de tres contratos celebrados entre DATAFAST y entidades del sistema financiero nacional para la provisión de los servicios de afiliación y asesoría y asistencia técnica.*
3. *La copia autenticada de tres contratos de afiliación celebrados entre DATAFAST y establecimientos comerciales.*
4. *La copia autenticada de los contratos de prestación de servicios celebrados con OTECEL S.A. y CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL.*
5. *De los archivos de ARCOTEL, se obtenga copia certificada íntegra de todo el expediente del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-000115 de 20 de octubre de 2016, incluyendo la Resolución ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017, a fin que se incorpore al expediente y se tenga como prueba de DATAFAST S.A.*
6. *Se fije día y hora para una inspección técnica en las oficinas de DATAFAST en la ciudad de Guayaquil, para explicar cómo funciona el modelo y desvanecer los errores de ARCOTEL respecto de que DATAFAST presta el servicio de valor agregado.*

*La Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, abrió la causa a prueba por el término de quince días para evacuar las pruebas solicitadas por DATAFAST S.A., como se desprende de la providencia de 04 de julio de 2017, notificada a la citada empresa el 06 de julio de 2017.*

*En dicha providencia se agregó al procedimiento administrativo sancionador, los documentos detallados en los numerales 1, 2, 3 y 4 que adjuntó DATAFAST. Con respecto a que se agregue copia certificada íntegra de todo el expediente del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-000115 de 20 de octubre de 2016, la Coordinación Zonal 5 rechazó indicando que es irrelevante, ya que dicho procedimiento administrativo sancionatorio, se inició por cuanto se presumía que DATAFAST S.A. era una empresa para pagos electrónicos y que tal actividad era considerada como un servicio de Valor agregado, cargos distintos al imputado en el presente procedimiento administrativo sancionador.*

*Respecto de la prueba detallada en el numeral 6 que antecede, la Unidad Técnica del referido Organismo Desconcentrado de Control, señaló en el memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-0940-M de 11 de julio de 2017,*

que: "Con respecto a la solicitud de atención del punto 5.6 de la contestación de DATAFAST S.A. al proceso administrativo sancionador ARCOTEL-CZO5-2017-0032, donde la empresa en cuestión solicita una nueva inspección técnica en sus instalaciones, me permito manifestar lo siguiente: Con fecha 16 de Febrero de 2017, se realizó una inspección generando el informe IT-CZO5-C-2017-0061, cuyo objetivo era identificar el uso que le da DATAFAST S.A a los servicios móvil avanzado (SMA) y de telefonía fija (STF). En el mismo se concluye que el servicio de DATAFAST S.A. está soportado en las redes de telecomunicaciones del STE y SMA, por medio de enlaces dedicados E1 y GPRS.- El informe técnico en cuestión aporta con información técnica, la cual es comprobable y no se conforma de opiniones o puntos de vista, por lo que realizar una nueva inspección no va a cambiar los hechos descritos en el informe IT-CZO5-C-2017-0061.- Por tanto, sugiero que se continúe con el respectivo proceso administrativo sancionador con la información ya generada con anterioridad por la Unidad Técnica."

Mediante escrito de 07 de julio de 2017, la Compañía DATAFAST S.A. solicitó al Coordinador Zonal 5 de la ARCOTEL que reforme la providencia de prueba y se atienda cada uno de los puntos señalados y que fueron pedidos oportunamente; así como se incorpore al expediente la Resolución ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017, que adjuntó.

En memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-0957-M de 12 de julio de 2017, se realizó el correspondiente análisis técnico al proceso iniciado con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO5-2017-0032, del que se desprende:

- 1.- Información obtenida de DATAFAST en inspección
- 2.- Marco del Regulatorio para la inspección
- 3.- Competencia de la ARCOTEL para señalar servicios de telecomunicaciones
- 4.- Ficha Técnica y Caracterización del Servicio de Valor Agregado
- 5.- Análisis para el Servicio de Valor Agregado y sus modalidades
- 6.- Definición técnica de los Puntos de Venta P.O.S.
- 7.- Consideraciones Finales:

"Del memorando ARCOTEL-CREG-2017-0027-M se despliega las siguientes consideraciones vinculantes para la empresa DATAFAST:

- La caracterización del servicio de valor agregado vincula a que el mismo se soporte en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija; por tanto, provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información NO soportada en dichas redes (o sea, NO soportada en redes públicas del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija), no corresponde a un servicio de valor agregado.
- La caracterización corresponde a la descripción del servicio, o el concepto del mismo en la perspectiva de la funcionalidad para el abonado, cliente o usuario.
- La referencia del numeral 2 de las Especificaciones Técnicas que constan en la ficha, corresponde a la aplicación del régimen de interconexión y acceso establecido en el Título VII de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT); en particular, el régimen que se desprende de lo establecido en el artículo 68 de la mencionada Ley ("... se entiende por acceso, a la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo cuando se utilicen para servicios de radiodifusión, sujetos a la normativa que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la misma que podría incluir entre otros los siguientes aspectos: el acceso a elementos y recursos de redes, así como a otros recursos y sistemas necesarios; las interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o redes."); en tal razón, el uso de la palabra "acceso", corresponde a dos acepciones diferentes."

En providencia de 31 de julio de 2017, debidamente notificada en la misma fecha a la Compañía DATAFAST S.A., la Coordinación Zonal 5 agregó al Procedimiento Administrativo Sancionador lo siguiente:



- El escrito presentado por la compañía DATAFAST S.A. el 07 de julio del 2017, con número de trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-010772-E, adjuntando como prueba la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017;
- El memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-0940-M de 11 de julio de 2017, suscrito por la Unidad Técnica de esa Coordinación Zonal, con respecto a la solicitud de la compañía DATAFAST S.A. de una inspección técnica en sus instalaciones;
- El memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-0957-M de 12 de julio de 2017, suscrito por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 5.

Adicionalmente, declaró concluido el término para evacuación de pruebas, conforme lo previsto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, de conformidad a lo previsto en el artículo 29 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, expedido mediante Resolución No. ARCOTEL-2015-694 de 28 de octubre de 2015, procedió a la APERTURA DEL TÉRMINO DE VEINTE (20) DÍAS HÁBILES PARA LA ELABORACIÓN DE LA CORRESPONDIENTE RESOLUCIÓN; y, finalmente, tomó en cuenta la designación de los profesionales del derecho, que realiza el representante legal de la compañía DATAFAST S.A. y los correos electrónicos que señaló para recibir notificaciones.

El Informe Jurídico No. IJ-CZO5-2017-0121 de 15 de agosto de 2017, contiene el correspondiente análisis legal, el cual, entre otros aspectos señaló que dentro del proceso administrativo, se ha asegurado el derecho al debido proceso y garantizado el derecho a la defensa de la presunta infractora, siguiendo el procedimiento legal en materia de telecomunicaciones, estableciendo la debida separación entre la fase instructora y resolutoria; por lo tanto, 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 declaró válido todo lo actuado.

Adicionalmente, la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 5 acogió el criterio técnico emitido por la Dirección Técnica de Regulación de Servicios y Redes de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-CRDS-2016-0089-M de 05 de diciembre de 2016, sobre un caso similar, que en su parte pertinente señala: "(...) En virtud de lo expuesto y considerando que la ficha descriptiva del servicio de valor agregado, menciona servicios únicamente a modo ejemplificativo, sin perjuicio de otros servicios que defina o establezca la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, para el caso del que fuera denominado Puntos de Venta P.O.S., el mismo ya no se encuentra comprendido dentro de la caracterización del servicio en el caso de que sea soportado en redes del servicio portador, pues la norma actualmente describe de manera general a los Servicios de Valor Agregado como: "Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información, soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija"; y, analizó el argumento de que "DATAFAST S.A. no brinda un servicio de valor agregado" en base al criterio de la Unidad Técnica constante en el memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-0957-M de 12 de julio de 2017, concluyendo que, la Compañía DATAFAST está prestando el servicio de Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija, lo que es descrito como un servicio de valor agregado, sin contar con el respectivo título habilitante; por lo que ha 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; incurriendo 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. Consideró a favor de la Compañía DATAFAST S.A., el atenuante número 1 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y ningún agravante en su contra.

Con base en los informes técnico y jurídico que anteceden, la Coordinadora Zonal 5 (E) de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, expidió la **Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017**, determinando que "la compañía DATAFAST está prestando el servicio de Provisión de acceso a aplicaciones, contenidos o información soportados en redes públicas de telecomunicaciones del servicio móvil avanzado o del servicio de telefonía fija, lo que es descrito como un servicio de valor agregado, sin contar con el respectivo título habilitante; por lo que habría inobservado lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 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, emitido mediante RESOLUCIÓN 04-



03-ARCOTEL-2016, el 28 de marzo de 2016, incurriendo en la infracción de tercera clase, tipificada en el **Artículo 119 letra a) numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**. Imponiéndole, de acuerdo a lo previsto en el artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica “cuyo valor de multa asciende a USD 9.787,74 (NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE DOLARES CON 74/100) (...).

Los argumentos esgrimidos por la Compañía DATAFAST S.A. en el escrito que contiene el Recurso de Apelación, los cuales fueron ratificados en la audiencia efectuada el día 20 de octubre de 2017 y en el escrito ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-016647-E de 31 de octubre de 2017, en su generalidad, son similares a los constantes en el escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, los cuales fueron analizados dentro de los Informes Técnico y Jurídico que sirvieron de base para la emisión del acto administrativo materia de esta impugnación.

En virtud de lo antes señalado, esta Dirección de Impugnaciones considera lo siguiente:

**1.-** La Compañía DATAFAST S.A. no registra ningún título habilitante que le faculte para prestar servicios de valor agregado.

**2.-** El argumento de que **“DATAFAST no ofrece un servicio de valor agregado, pues no provee acceso”**, no es aceptable por las consideraciones y análisis que constan en los Informes Técnicos y Jurídicos de la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, que forman parte del expediente del Procedimiento Administrativo Sancionador, los cuales han sido revisados por esta Dirección de Impugnaciones, siendo claros y concisos.

**3.-** Respecto del argumento **“El Coordinador Zonal impidió a DATAFAST ejercer su derecho a la defensa”**, es importante señalar que la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, a través de la providencia de 06 de octubre de 2017, requirió a la Coordinación Zonal 5, remita copia certificada de todo el expediente del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-000115 que culminó con la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017, el cual fue enviado mediante memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-1450-M de 19 de octubre de 2017. Expediente que fue analizado por esta Dirección, en el que se estableció que la Compañía DATAFAST S.A. no estaría inmersa en el “sistema de pago y transacciones de dinero electrónico (SDE)”, y que la citada empresa brinda el servicio de intercambio de información entre las entidades Financieras y los Comercios, se evidenció que las tarjetas con las que se realizó 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; motivos por los cuales la Coordinación Zonal 5 se abstuvo de sancionar a DATAFAST S.A. en lo referente a que presta el servicio de “sistema de pago y transacciones de dinero electrónico (SDE)”. Caso muy diferente al relacionado con la presente apelación, que tiene relación con identificar cómo utiliza la empresa DATAFAST S.A. el servicio de telefonía fija (STF) y el Servicio Móvil Avanzado (SMA), para proveer su servicio.

Razón por la cual, la Compañía DATAFAST S.A. no ha sido juzgada más de una vez por la misma causa; en tal virtud no se ha contravenido el principio de non bis in ídem garantizado en el artículo 76 numeral 7 letra i) de la Constitución de la República del Ecuador.

Siendo razonable que la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL en su providencia de apertura de la causa a prueba, en el numeral 5, rechace el pedido de la Compañía DATAFAST S.A. de que se agregue copia certificada íntegra de todo el expediente del citado Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZO5-000115 que culminó con la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0011 de 31 de enero de 2017, por ser irrelevante, ya que dicho procedimiento se inició por cuanto se presumía que DATAFAST S.A. era una empresa para pagos electrónicos y que tal actividad era considerada como un servicio de valor agregado, cargo distinto al imputado en el caso materia de este análisis.

En lo relacionado a que “(...) sin ninguna motivación y menos explicación, en la providencia de 4 de julio de 2017, simplemente no se atendió el pedido de una inspección como parte de las pruebas de DATAFAST. De hecho ni siquiera se pronunció al respecto. Tan clara fue la ilegal e inconstitucional voluntad del Coordinador Zonal No. 5 de ARCOTEL de perseguir ilegítimamente y sancionar a DATAFAST, independientemente de las pruebas, los derechos constitucionales y las alegaciones, que ni siquiera se tomó en cuenta las autorizaciones conferidas a los abogados defensores de DATAFAST, ni la casilla judicial, ni las direcciones de correo electrónico de los abogados defensores de DATAFAST, en una grosera actitud persecutoria (...)”, cabe señalar que en providencia



de 31 de julio de 2017, debidamente notificada en la misma fecha a la Compañía DATAFAST S.A., la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, en el numeral segundo, agregó al Procedimiento Administrativo Sancionador, el memorando No. ARCOTEL-CZO5-2017-0940-M de 11 de julio de 2017, suscrito por la Unidad Técnica de esa Coordinación Zonal, con respecto a la solicitud de la compañía DATAFAST S.A., de una inspección técnica en sus instalaciones, memorando que textualmente señala: "Con respecto a la solicitud de atención del punto 5.6 de la contestación de DATAFAST S.A. al proceso administrativo sancionador ARCOTEL-CZO5-2017-0032, donde la empresa en cuestión solicita una nueva inspección técnica en sus instalaciones, me permito manifestar lo siguiente: Con fecha 16 de Febrero de 2017, se realizó una inspección generando el informe IT-CZO5-C-2017-0061, cuyo objetivo era identificar el uso que le da DATAFAST S.A. a los servicios móvil avanzado (SMA) y de telefonía fija (STF). En el mismo se concluye que el servicio de DATAFAST S.A. está soportado en las redes de telecomunicaciones del STE y SMA, por medio de enlaces dedicados E1 y GPRS.- El informe técnico en cuestión aporta con información técnica, la cual es comprobable y no se conforma de opiniones o puntos de vista, por lo que realizar una nueva inspección no va a cambiar los hechos descritos en el informe IT-CZO5-C-2017-0061.- Por tanto, sugiero que se continúe con el respectivo proceso administrativo sancionador con la información ya generada con anterioridad por la Unidad Técnica."

En la misma providencia se toma en cuenta la designación de los profesionales del derecho que realizó el representante legal de la Compañía DATAFAST S.A., así como los correos electrónicos señalados para recibir sus notificaciones.

Razones por las cuales, la Compañía recurrente no justifica este argumento.

4.- En relación al argumento de que "**La potestad sancionadora de la Coordinadora Zonal 5 caducó**" se observa que la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL si emitió la providencia de cierre de prueba y de apertura del plazo para resolver, misma que tiene fecha **31 de julio de 2017** y que fue debidamente notificada a la Compañía DATAFAST S.A. el mismo día, conforme consta en el recibido del oficio que obra del expediente administrativo sancionador, a fojas 142.

Razón por la cual, la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de **28 de agosto de 2017**, fue emitida dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas, tal como lo manda el artículo 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En ningún momento han transcurrido "treinta y siete días sin ninguna actuación efectiva por parte de ARCOTEL" como lo manifiesta la compañía recurrente; como tampoco caducó la facultad de la Coordinadora Zonal 5 (E) de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Dicha Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, fue notificada al representante legal de la Compañía DATAFAST S.A. el **31 de agosto de 2017**, a través del oficio No. ARCOTEL-CZO5-2017-1109-OF de 30 del mismo mes y año.

El artículo 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones textualmente dispone que, "El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador **dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas**. - El plazo para resolver podrá ser prorrogado motivadamente por una vez por un período igual al señalado en el párrafo anterior." (Subrayado y negrillas fuera de texto original).

Como se puede apreciar, la norma en ningún momento establece que la notificación de la resolución deba hacerse dentro de los veinte días, únicamente manda que el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en este caso la Coordinación Zonal 5, emita la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas. Lo cual, se ha dado cabal cumplimiento por parte de la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL.

5.- La "**Falta de motivación**" alegada por la Compañía recurrente, tampoco es aceptable, ya que de la lectura de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, se observa que contiene los fundamentos de hecho y de derecho, así como los respectivos análisis y consideraciones técnicas y jurídicas, todo lo cual, formó parte de la voluntad de la Administración Pública para emitir dicho acto administrativo; cumpliéndose de esta manera, lo ordenado en la Constitución de la República del Ecuador, Ley de Modernización

y Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en relación a la motivación de las resoluciones.

En virtud de que esta Dirección de Impugnaciones ha desvirtuado los argumentos de la Compañía recurrente, tampoco procede la "**Nulidad de pleno derecho**" solicitada por DATAFAST S.A.

Por todo lo manifestado, la Administración en ningún momento ha lesionado derecho alguno, garantizado en la Carta Magna; razón por la cual se considera que los argumentos expuestos por la Compañía recurrente no le eximen de su responsabilidad respecto del hecho que le fuera imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO5-2017-0032 de 09 de junio de 2017.

Por lo indicado, la Coordinación Zonal 5 de la ARCOTEL, emitió la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, tomando en consideración el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en estricta observancia de los derechos de protección relativos a las garantías básicas y reglas propias del debido proceso en ejercicio de sus atribuciones y competencias legales con la debida motivación y cumpliendo con los requisitos de forma y fondo previstos en la Ley y normativa vigente para su expedición."

En el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0100 de 27 de noviembre de 2017, se concluyó lo siguiente:

*"En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis precedentes, en aplicación del artículo 76, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, se determina que habiendo establecido la responsabilidad de la Compañía DATAFAST S.A., en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 119, letra a, numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con la concurrencia de una circunstancia atenuante determinada en el artículo 130, numeral 1, le corresponde recibir la sanción de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 del mismo cuerpo legal.*

*En conclusión, resulta improcedente aceptar el Recurso de Apelación planteado en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, toda vez que se ha verificado que dicho acto administrativo fue dictado con la debida motivación y competencia sin vulnerar las garantías básicas o reglas propias del debido proceso en el ámbito administrativo consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República; razón por la cual, encontrándonos dentro del término previsto para resolver, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, me permito recomendar a la Coordinadora General Jurídica, delegada del Director Ejecutivo de la ARCOTEL, niegue la apelación interpuesta por la Compañía DATAFAST S.A.; y, en consecuencia, ratifique la sanción económica prevista en la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, emitida por la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.*

*No obstante, se debería dejar sin efecto el artículo 4 de la citada Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, por el análisis efectuado en la providencia de 06 de octubre de 2017, con la que el Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL aceptó la solicitud de suspensión de la ejecución del citado acto administrativo, conminando a la Compañía DATAFAST S.A., para que en un plazo o término prudencial, presente en la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones una solicitud de registro de servicios de valor agregado conforme a la normativa vigente en materia de telecomunicaciones."*

#### IV. RESOLUCIÓN

Por el análisis que precede, el Coordinador General Jurídico en ejercicio de las facultades delegadas por el Director Ejecutivo de la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL,

#### RESUELVE:

**Artículo 1.- ACOGER** el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0100 de 27 de noviembre de 2017.

**Artículo 2.- NEGAR** el Recurso de Apelación interpuesto por el señor Carlos Fabricio Franco Sampedro, en calidad de representante legal de la Compañía DATAFAST S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-

2017-0057 de 28 de agosto de 2017, ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 18 de septiembre de 2017, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-014437-E.

**Artículo 3.- RATIFICAR** la sanción económica prevista en el acto administrativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017, emitido por la Coordinación Zonal 5 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

**Artículo 4.- DEJAR** sin efecto el artículo 4 de la Resolución No. ARCOTEL-CZO5-2017-0057 de 28 de agosto de 2017.

**Artículo 5.- DISPONER** a la Compañía DATAFAST S.A. para que en el término de treinta (30) días hábiles, contados a partir del siguiente día hábil de la notificación de esta Resolución, presente en la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones una solicitud de registro de servicios de valor agregado conforme a la normativa vigente en materia de telecomunicaciones.

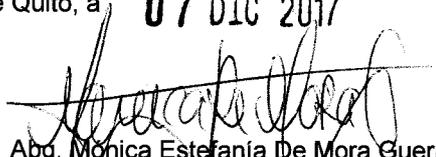
**Artículo 6.- DISPONER**, que una vez que se notifique la presente Resolución, se proceda con el archivo del expediente administrativo de este Recurso de Apelación.

**Artículo 7.- INFORMAR** a la Compañía DATAFAST S.A., que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad a lo establecido en el artículo 85 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, la letra a) del artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.

**Artículo 8.- INFORMAR** a la Compañía DATAFAST S.A., que conforme a lo dispuesto en el artículo 156, numeral 3 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE y artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos, tiene derecho a impugnar esta Resolución ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que en el caso de interponerse una acción subjetiva o de plena jurisdicción el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notifica el presente el acto; o en el caso de acción objetiva o de anulación por exceso de poder, el plazo para proponer la demanda será de tres años, a partir del día siguiente a la fecha de expedición del presente acto.

**Artículo 9.- DISPONER** que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución al señor Carlos Fabricio Franco Sampedro, representante legal de la Compañía DATAFAST S.A., en la casilla judicial No. 5682 de la ciudad de Quito y en los correos electrónicos: [candrade@balaw.ec](mailto:candrade@balaw.ec); [cawandrade@gmail.com](mailto:cawandrade@gmail.com) y [jpalacios@cardinalabogados.com](mailto:jpalacios@cardinalabogados.com), señalados por la recurrente para recibir notificaciones; a la Coordinación Técnica de Control; a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación Zonal 5; y, a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **07 DIC 2017**

  
 Abg. Mónica Estefanía De Mora Guerra  
**COORDINADORA GENERAL JURÍDICA**  
**DELEGADA DEL DIRECTOR EJECUTIVO**

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

ELABORADO POR:	REVISADO Y APROBADO POR:
Dra. Taliana Bolaños Especialista Jurídica	Abg. Sheyla Cuenca Flores Directora de Impugnaciones
