

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2020-0578

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONSIDERANDO:

I. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

El acto impugnado es la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018, de fecha 29 de junio de 2020, en la cual se resolvió:

“(...) Artículo 2.- DECLARAR que se ha comprobado la existencia del hecho señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-001 de 09 de enero de 2020; y, que la Empresa, Sociedad de Hecho, MAC-ACCES (MOBILE STORE), es responsable del incumplimiento de la obligación determinada, en el Informe Técnico IT-CCDHGC- 2019-0031 de 03 de octubre de 2019, que consiste en que: “(...) El 13 de Julio de 2019, la empresa con razón social MAC-ACCESS y nombre comercial MOBILE STORE habría comercializado el equipo con IMEI 861616049058432 que no se encuentra homologado en el país al señor Danny Figueroa Cortez, Incurriendo en la prohibición establecida en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...), configurándose la comisión de la INFRACCIÓN DE PRIMERA CLASE establecida en el artículo 117, letra a) número 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 3.- IMPONER a la Empresa, Sociedad de Hecho, MAC-ACCES (MOBILE STORE), con RUC No. 1792458560001 la sanción económica de VEINTE Y UN MIL SEICIENTOS SESENTA y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON 67/100 (USD \$ 21.666.67), de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones; cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Río Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución; caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.”

II. COMPETENCIA.

El presente procedimiento administrativo ha sido sustanciado por la Dirección de Impugnaciones y es resuelto por el Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, como delegado de la máxima autoridad de la institución, en ejercicio de sus atribuciones legales, con fundamento en lo siguiente:

2.1 CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, PUBLICADO EN EL SEGUNDO SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 31 DE 7 DE JULIO DE 2017.

“Art. 47.- Representación legal de las administraciones públicas. La máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad pública ejerce su representación para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia. Esta autoridad no requiere delegación o autorización alguna de un órgano o entidad superior (...).” (Subrayado fuera del texto original).

“Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial.

Se correrá traslado de los recursos a todas las personas interesadas.” (Negrita fuera del texto original)

2.2 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 439 DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

“Art. 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. 11. Aprobar la normativa interna, suscribir los contratos y emitir los actos administrativos necesarios para el funcionamiento de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...) 16. Ejercer las demás competencias establecidas en esta Ley o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.” (Subrayado fuera del texto original).*

2.3 ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL No. 04-03-ARCOTEL-2017 Y PUBLICADO EN LA EDICIÓN ESPECIAL DEL REGISTRO OFICIAL No. 13 DE 14 DE JUNIO DE 2017.

El artículo 10, número 1.1.1.1.2. Dirección Ejecutiva, acápites II y III letras a), i); y, w) que establece la atribución y responsabilidad del Director Ejecutivo de la ARCOTEL: a) “Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia.”; i) 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 administrativo sancionador”, w) Ejercer las demás competencias establecidas en la Ley

Orgánica de Telecomunicaciones, en su Reglamento General o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.”

El artículo 10, número 1.3.1.2 Gestión Jurídica, acápite III numerales 1, 2 y 11, prescribe que es atribución y responsabilidad del Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL: “1. Asesorar jurídicamente a la máxima autoridad de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para la toma de decisiones de conformidad con la Constitución, la legislación y demás normativa vigente;” “2. Coordinar y controlar la ejecución de los procesos de las Direcciones de Patrocinio y Coactivas; Asesoría Jurídica; e. Impugnaciones;” y, 11. “Cumplir las demás disposiciones y delegaciones emitidas por la Dirección Ejecutiva”.

El artículo 10, número 1.3.1.2.3 Gestión de Impugnaciones, acápite II y III letra b), determina que es atribución y responsabilidad de la Dirección de Impugnaciones: “b. Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL. (...)”.

2.4 RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2019-0727 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2019

A través de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019 el señor Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dispone:

“Art. 30.- Delegar al Coordinador General Jurídico las siguientes atribuciones: (...) b) Conocer y resolver los recursos y reclamos administrativos así como las solicitudes de revocatoria y de revisión de oficio planteados en contra de los actos administrativos emitidos por las unidades administrativas de la ARCOTEL, con excepción de los recursos administrativos señalados en el literal b), del artículo 12 del presente instrumento y de aquellas derivadas de actos administrativos referentes al servicio móvil avanzado, al servicio de telefonía móvil, servicio de telefonía fija y a los medios de comunicación social de carácter nacional (...).”

La disposición derogatoria única de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, deroga y deja sin efecto la Resolución No. ARCOTEL-2017-0733 de 26 de julio de 2017; y, las demás normas de igual o inferior jerarquía que se opongan al alcance y contenido de dicho instrumento.

2.5 RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-01-01-2020 DE 13 DE MARZO DE 2020.

Mediante Resolución No. 01-01-2020, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió:

“(...) Artículo 2.- Designar al licenciado Rodrigo Xavier Aguirre Pozo, Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quién ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas aplicables.”

2.6 ACCIÓN DE PERSONAL No. 366 DE 13 DE MAYO DE 2019

Mediante Acción de Personal No. 366 de 13 de mayo de 2019, se designó al Mgs. Fernando Javier Torres Núñez como Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

2.7 ACCIÓN DE PERSONAL No. 641 DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Mediante Acción de Personal No. 641 de 20 de septiembre de 2019, que rige a partir del 23 de septiembre de 2019, emitida por el Coordinador General Administrativo Financiero, Delegado del

Director Ejecutivo de la ARCOTEL, se nombra a la Dra. Adriana Verónica Ocampo Carbo como Directora de Impugnaciones de la ARCOTEL.

Es necesario aclarar que el caso materia de este análisis se aparta de la excepción establecida en el artículo 30, letra b) de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019.

En consecuencia, la Directora de Impugnaciones de la ARCOTEL, tiene la atribución y responsabilidad de sustanciar recursos administrativos en observancia del artículo 10, número 1.3.1.2.3, y acápite III letra b), del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la ARCOTEL; y, el Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL de la ARCOTEL, en cumplimiento a la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019 ejerce competencia para resolver la presente impugnación.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1 Mediante resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020, emitida por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se resolvió:

“(…) Artículo 2.- DECLARAR que se ha comprobado la existencia del hecho señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-001 de 09 de enero de 2020; y, que la Empresa, Sociedad de Hecho, MAC-ACCES (MOBILE STORE), es responsable del incumplimiento de la obligación determinada, en el Informe Técnico IT-CCDHGC- 2019-0031 de 03 de octubre de 2019, que consiste en que: “(...) El 13 de Julio de 2019, la empresa con razón social MAC-ACCESS y nombre comercial MOBILE STORE habría comercializado el equipo con IMEI 861616049058432 que no se encuentra homologado en el país al señor Danny Figueroa Cortez, Incurriendo en la prohibición establecida en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...), configurándose la comisión de la INFRACCIÓN DE PRIMERA CLASE establecida en el artículo 117, letra a) número 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”.

3.2 El señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, mediante escrito ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-009088-E de 13 de julio de 2020, presenta recurso de apelación en contra de la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020, documento en el cual solicita:

“(…)Con los antecedentes expuestos, las pruebas aportadas, los fundamentos de hecho y de derecho señalados, amparado en las normas de la Constitución de la República que garantizan el "debido proceso" y la "seguridad jurídica", toda vez que se ha comprobado debidamente la concurrencia de las CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES 1, 3 y 4 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y ninguna de las CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES establecidas en el artículo 131 ibídem; y, toda vez que NO ha existido UNA AFECTACIÓN AL MERCADO, AL SERVICIO O A LOS USUARIOS por parte de mi representada la empresa MAC-ACCES, solicito señor Director Ejecutivo se sirva evaluar, valorar y acoger mis argumentos, aceptar la presente APELACIÓN y disponer que en ejercicio de la facultad establecida en el último inciso del artículo 130 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones, se deje sin efecto la desatinada e inconsulta sanción impuesta en contra de mi representada MAC-ACCES, mediante resolución ARCOTELCZO2-R-2020-018, de fecha 29 de junio de 2020, y se disponga su ARCHIVO..”.

3.3 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00126 de 04 de agosto de 2020, la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, admite a trámite el Recurso de Apelación, presentado por el señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, y se apertura el periodo de prueba por el término de treinta (30) días; se agrega la prueba anunciada por la administrada, que será analizada al momento de resolver; se solicita prueba de oficio de conformidad con el artículo 198 del Código Orgánico Administrativo.

3.4 Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-010672-E de 11 de agosto de 2020 el señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES solicitó la suspensión de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020.

3.5 A través del documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-011365-E de 24 de agosto de 2020, el recurrente manifiesta que le han iniciado un procedimiento coactivo No. DPC-2020-111 de 13 de agosto de 2020 y solicita se declare la nulidad del mismo.

3.6 Con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00189 de 26 de agosto de 2020 la Dirección de Impugnaciones resolvió:

“TERCERO: Suspensión del acto administrativo impugnado. – (...) 3.2 Análisis.- Es importante señalar que conforme lo establecido en el referido artículo 229 del Código Orgánico Administrativo, por regla general los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser inmediatamente ejecutados luego de su notificación; resaltando dicha norma que la interposición de cualquier recurso administrativo o judicial, excepto en los casos en que exista disposición que establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. La suspensión de los actos administrativos es de carácter excepcional; sin embargo, cuando el acto administrativo deriva de un procedimiento administrativo sancionador, la norma dispone que éste es ejecutivo desde que ha causado estado en sede administrativa, según lo establecido en el artículo 260 del Código Orgánico Administrativo, que establece: “Resolución. El acto administrativo que resuelve el procedimiento sancionador, además de cumplir los requisitos previstos en este Código, incluirá: (...). En la resolución no se pueden aceptar hechos distintos a los determinados en el curso del procedimiento. **El acto administrativo es ejecutivo desde que causa estado en la vía administrativa.**” (Subrayado y negrita fuera del texto original). En concordancia, el Código Orgánico Administrativo en el artículo 218 establece que el **acto administrativo causa estado en vía administrativa**, cuando: “1. Se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación. 2. Ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación y no se ha ejercido el derecho. 3. Se ha interpuesto acción contenciosa administrativa respecto del acto del que se trate.” (Subrayado fuera del texto original). Según lo enunciado, la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020 que deviene de un procedimiento administrativo sancionador, al haber sido impugnada en recurso de apelación dentro del término legal, **no ha causado estado en la vía administrativa**; por lo tanto, no puede ejecutarse mientras no se resuelva el recurso planteado, según lo determinado en el artículo 260 del Código Orgánico Administrativo. Por las consideraciones legales expuestas, el acto administrativo contenido en la **Resolución No ARCOTEL-CZO2-R-2020-018, se halla suspendido por disposición de la Ley.** - **CUARTO:** Póngase en conocimiento de esta providencia a la Dirección de Patrocinio y Coactivas; Así también, la providencia de admisión No. ARCOTEL-CJDI-2020-00126 de 4 de agosto de 2020.”.

3.7 Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1283-M de 28 de agosto de 2020 la Coordinación Zonal 2 remite documentación que la Dirección de Impugnaciones requirió mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00126 de 04 de agosto de 2020.

3.8 Con memorando No. ARCOTEL-CZO2-2020-1286-M de 28 de agosto de 2020 la Coordinación Zonal 2 remitió copia certificada del expediente de sustanciación de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020 contenido en 139 fojas útiles.

3.9 Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-012564-E de 17 de septiembre de 2020, el señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, solicita una vez terminado el periodo de prueba se consideren algunas pruebas a su favor, las misma que constan en el expediente.

3.10 En providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00265 de 01 de octubre de 2020, la Dirección de Impugnaciones, declaró el 17 de septiembre de 2020 cerrado el periodo de prueba y corrió traslado de algunos documentos.

3.11 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00288 de 15 de octubre de 2020, al amparo de lo dispuesto en el artículo 204 del Código Orgánico Administrativo, se amplía el plazo para resolver por un periodo extraordinario de un mes.

El proceso administrativo ha sido sustanciado de conformidad con los preceptos constitucionales y legales, sin que se observe omisión de solemnidad sustancial alguna, tanto más que en el desarrollo del mismo se ha dado estricto cumplimiento a las garantías básicas del debido proceso, por lo que se declara su validez.

IV. BASE LEGAL

4.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No. 449 DE 20 DE OCTUBRE DE 2008.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: “1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

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

“Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.” (Subrayado fuera del texto original).

“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.” (Subrayado fuera del texto original).

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

“**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.”

4.2. EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO NO. 31 DE 07 DE JULIO DE 2017.

“**Art. 2.-** Aplicación de los principios generales. En esta materia se aplicarán los principios previstos en la Constitución, en los instrumentos internacionales y en este Código.”

“**Art. 14.-** Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código.

La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.”

“**Art. 29.-** Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.”

“**Art. 39.-** Respeto al ordenamiento jurídico y a la autoridad legítima. Las personas cumplirán, sin necesidad de requerimiento adicional, con lo dispuesto en la Constitución, las leyes y el ordenamiento jurídico en general y las decisiones adoptadas por autoridad competente.”

“**Art. 100.-** Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.

2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.

Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.”

“Art. 194.- Oportunidad. *La prueba será aportada por la persona interesada en su primera comparecencia al procedimiento administrativo. La prueba, a la que sea imposible tener acceso, deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en el período de prueba previsto en la norma de la materia o en su defecto, cuando las administraciones públicas lo fijen.*

Todo documento, información o pericia que no esté en poder de la persona interesada, que para ser obtenida requiera del auxilio de la administración pública, facultará para solicitar al órgano administrativo que ordene a quien corresponda que la entregue o facilite de acuerdo con las normas de este Código.

Se podrá solicitar prueba no anunciada en la primera comparecencia, hasta antes de la resolución, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la persona interesada o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La administración pública podrá aceptar o no esta solicitud.

Si la acepta, el órgano dispondrá que se la practique en un término de cinco días y no se podrá solicitar más pruebas.

En el procedimiento administrativo donde no se haya previsto un período de prueba, la administración pública de oficio o a petición de la persona interesada, abrirá un período específico de no más de treinta días.”

“Art. 195.- Cargas probatorias. *La prueba se referirá a los hechos controvertidos.*

En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada.

La administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible.”

“Art. 196.- Regla de contradicción. *La prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa.*

“Art. 198.- Prueba oficiosa. Las administraciones públicas podrán disponer la práctica de cualquier prueba que juzguen necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.”

“Art. 217.- Impugnación. En la impugnación se observarán las siguientes reglas: 1. Solo el acto administrativo puede ser impugnado en vía administrativa por las personas interesadas, con independencia de que hayan comparecido o no en el procedimiento, mediante el recurso de apelación (...).”

“Art. 257.- Dictamen. Si el órgano instructor considera que existen elementos de convicción suficientes emitirá el dictamen que contendrá:

1. La determinación de la infracción, con todas sus circunstancias.
2. Nombres y apellidos de la o el inculpado.
3. Los elementos en los que se funda la instrucción.
4. La disposición legal que sanciona el acto por el que se le inculpa.
5. La sanción que se pretende imponer.
6. Las medidas cautelares adoptadas.

Si no existen los elementos suficientes para seguir con el trámite del procedimiento sancionador, el órgano instructor podrá determinar en su dictamen la inexistencia de responsabilidad.

El dictamen se remitirá inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto con todos los documentos, alegaciones e información que obren en el mismo.

4.3. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 439 DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

“Art. 11.- Establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones. El establecimiento o instalación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones requiere de la obtención del correspondiente título habilitante otorgado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones deberán cumplir con los planes técnicos fundamentales, normas técnicas y reglamentos específicos relacionados con la implementación de la red y su operación, a fin de garantizar su interoperabilidad con las otras redes públicas de telecomunicaciones.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones regulará el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones.

Es facultad del Estado Central, a través del Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, el establecer las políticas, requisitos, normas y condiciones para el despliegue de infraestructura alámbrica e inalámbrica de telecomunicaciones a nivel nacional. En función de esta potestad del gobierno central en lo relativo a despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, los gobiernos autónomos descentralizados deberán dar obligatorio cumplimiento a las políticas, requisitos, plazos, normas y condiciones para el despliegue de infraestructura alámbrica e inalámbrica de telecomunicaciones a nivel nacional, que se emitan.

Respecto del pago de tasas y contraprestaciones que por este concepto corresponda fijar a los gobiernos autónomos descentralizados cantonales o distritales, en ejercicio de su potestad de regulación de uso y gestión del suelo y del espacio aéreo se sujetarán de manera obligatoria a la política y normativa técnica que emita para el efecto el Ministerio

rector de las telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.” (Subrayado fuera del texto original).

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

Las bandas de frecuencias para la asignación a estaciones de radiodifusión sonora y televisión públicas, privadas y comunitarias, observará lo dispuesto en la Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento General.”

“Art. 22.- *Derechos de los abonados, clientes y usuarios.*

Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (...).5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. La información también se proveerá en el idioma de relación intercultural predominante del abonado, cliente o usuario, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

6. A disponer gratuitamente de servicios de llamadas de emergencia, información de planes, tarifas y precios, saldos y otros servicios informativos que establezca la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”

“Art. 64.- *Reglas aplicables.*

Las tarifas y precios para todos los servicios de telecomunicaciones deberán tener en cuenta los siguientes preceptos generales:

- 1. Los prestadores de los servicios podrán establecer planes tarifarios constituidos por uno o varios servicios o por uno o varios productos de un servicio, de conformidad con su o sus títulos habilitantes.*
- 2. La estructura tarifaria atenderá los principios de acceso universal y uso prioritario, de tal manera que se podrán incluir opciones tarifarias para usuarias o usuarios de menores ingresos.*
- 3. Las tarifas y precios deberán promover el uso y prestación eficiente de los servicios, tenderán a estimular la expansión eficiente de los servicios y a establecer la base para el establecimiento de un entorno competitivo.*
- 4. Ningún proveedor de servicios podrá discriminar a abonados o usuarios que se encuentren en circunstancias similares, en relación a tarifas o precios.*
- 5. En la tasación y facturación de los servicios, no se podrán redondear tiempos o unidades de tasación.*
- 6. Los prestadores de servicios publicarán en su página web sus planes, promociones, tarifas y precios en los formatos y condiciones que permitan a los abonados y usuarios disponer de información completa, comparable y oportuna. De igual manera, los prestadores de servicios deberán proporcionar la información de sus planes, promociones, tarifas y precios en los formatos y condiciones que se determine en las regulaciones correspondientes.*
- 7. Las tarifas y precios corresponderán a los servicios expresamente contratados y en ningún caso incorporarán valores de prestaciones, productos o servicios no solicitados por los usuarios.*

“Art. 117.- *Infracciones de primera clase.*

(...) b. Son infracciones de primera clase aplicables a personas naturales o jurídicas, no poseedoras de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

(...)1. *La comercialización o la utilización de equipos terminales que no hayan sido homologados o no cumplan con las condiciones técnicas autorizadas. (...)*”.

“Art. 121.- Clases. Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:

1. *Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia.*
2. *Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% al 0,07% del monto de referencia.*
3. *Infracciones de tercera clase.- La multa será de entre el 0,071% y el 0,1 % del monto de referencia.*
4. *Infracciones de cuarta clase.- La sanción será la revocatoria del título habilitante, con excepción de aquellas que se originen en tercera clase y que por reincidencia se establezcan como de cuarta clase en la que la multa será del 1% del monto de referencia*

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

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.”

“Art. 131.- Agravantes. En el ejercicio de su potestad sancionatoria, igualmente se deberán valorar las siguientes circunstancias agravantes:

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

3. El carácter continuado de la conducta infractora.”

“**Art. 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.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

V. ANÁLISIS JURÍDICO

Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00111 de 18 de noviembre de 2020, la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, emite informe referente al recurso de apelación, interpuesto por el señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, mediante escrito ingresado en esta entidad con No. ARCOTEL-DEDA-2020-009088-E de 13 de julio de 2020, en contra de la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020, el cual es acogido en todas sus partes; y, en lo referente al análisis jurídico se señala:

5.1. Prueba

El Código Orgánico Administrativo, establece en el artículo 220 numeral 3 como uno de los requisitos formales para la impugnación, el anuncio de los medios de prueba que se ofrecen para acreditar los hechos, en tal sentido, es claro que la intención del legislador fue la de contar con una fase probatoria en los recursos administrativos, lo que permite al recurrente y a la administración, presentar y tener elementos de prueba para aseverar sus argumentos y garantizar el principio de contradicción.

De conformidad con el artículo 194 del Código Orgánico Administrativo, la prueba debe ser aportada por la persona interesada en su primera comparecencia, sin embargo, puede solicitar prueba no anunciada, hasta antes de la resolución, siempre que se acredite que no fue de su conocimiento, o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma.

En concordancia con el artículo 195 ibídem, que dispone la carga probatoria cuando se trate del ejercicio de la potestad sancionadora o determinar una responsabilidad, le corresponde a la administración pública, en los demás casos le atañe a la persona interesada probar los hechos controvertidos.

5.1.1 Pruebas de la recurrente

En el escrito de interposición del recurso de apelación No. ARCOTEL-DEDA-2020-009088-E de 13 de julio de 2020, el señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, cumple lo establecido en los artículos 194, 195, y 220 del Código Orgánico Administrativo, por cuanto en el presente recurso de apelación, la carga probatoria le corresponde a la administrada para acreditar los hechos, misma que fue anunciada en la primera comparecencia al procedimiento.

La prueba anunciada por la recurrente, se evacua mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00126 de 04 de agosto de 2020, en garantía del derecho a la defensa y el principio de contradicción, la misma que dispone: “(...) **CUARTO: Evacuación de pruebas.-** Dentro del

periodo de evacuación de pruebas se dispone: **4.1** Téngase como prueba de parte del administrado lo siguiente: **a)** Copia certificada del comprobante de transacción de devolución del dinero por el valor de \$979,00 realizado mediante transferencia bancaria al señor DANNY FERNANDO FIGUEROA CORTEZ de fecha 25 de septiembre de 2019, documento que consta en el expediente del procedimiento administrativo sancionador. **b)** Copia certificada del documento respecto a la desestimación y retiro voluntario de la denuncia presentada con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-015258-E de fecha 13 de septiembre de 2019 en contra de la empresa MOBILE STORE por venta de equipo no homologado. **c)** Copia certificada del memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0353-M de 14 de febrero de 2020. Por lo cual, se dispone **a la Dirección Técnica Zonal 02 de ARCOTEL** que en el término de cuatro (4) días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de la notificación de esta providencia remita a la Dirección de Impugnaciones copias certificadas de los documentos mencionados.- (...)"

Además, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-012564-E de 17 de septiembre de 2020, el señor Francisco Xavier Fierro Pérez el último día de prueba solicita:

"1. la copia debidamente certificada del comprobante de transacción de devolución del dinero realizado mediante transferencia bancaria al señor DANNY FERNANDO AGUEROA CORTEZ de fecha 25 de septiembre de 2019, por el valor de \$ 979,00, con lo cual queda demostrado que se subsanó Integralmente cualquier posible infracción de forma voluntaria y se reparó los daños causados con ocasión de la comisión de la supuesta infracción **antes del inicio** del procedimiento administrativo sancionador y de la imposición de cualquier sanción, documento que se encuentra anexo al expediente.

2. La desestimación y retiro voluntario de la denuncia presentada con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-015258-E de fecha 13 de septiembre de 2019 en contra de la empresa MOBILE STORE por parte del señor Danny Fernando Figueroa Cortez y debidamente comunicada a la ARCOTEL, documento que se encuentra anexo al expediente.

3. La contestación remitida por la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL referente a la certificación de sanciones impuestas a la empresa MAC-ACCES, documento que se encuentra anexo al expediente.

4. Se reproduzca como prueba a mi favor en todo lo que me favorezca, cualquier contestación comunicación o certificación remitida por las Unidades internas de la ARCOTEL, documentos que se encuentran anexos al expediente."

Los documentos anunciados como prueba por el administrado, constan dentro del expediente del Procedimiento Administrativo sancionador, que culminó con la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020 acto impugnado en el presente recurso de apelación.

5.1.2 Pruebas de oficio solicitada por la Dirección de Impugnaciones.

El Código Orgánico Administrativo en el artículo 198, otorga la potestad a la administración pública para disponer la práctica de cualquier prueba, que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos, en virtud de lo señalado la Dirección de Impugnaciones solicita como prueba de oficio:

a) Informe detallado de la forma de cálculo que determinó la sanción económica estipulada en el artículo tres de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018, consistente en la suma de VEINTE Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS CON 67/100 (USD \$21.666,67), en referencia a los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, determinando y argumentando la aplicación en el presente caso de cada uno de los atenuantes y agravantes que determina la ley, para la imposición del valor establecido.

b) Informe respecto de si la empresa MAC-ACCES a través de su representante legal el señor Francisco Xavier Fierro Pérez ha sido sancionado por la misma infracción con identidad de causa

y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2020-001 de 09 de enero de 2020.

En virtud de la prueba anunciada y los argumentos señalados por la recurrente, éstos se analizarán conjuntamente, garantizando el derecho a la motivación y el principio a la contradicción.

5.2 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA ADMINISTRADA.

El señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, mediante escrito ingresado en esta entidad con No. ARCOTEL-DEDA-2020-009088-E de 13 de julio de 2020, en contra de la resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020, presenta sus argumentos, que se analiza a continuación:

5.2.1. ARGUMENTO:

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

"La empresa MAC-ACCES (MOBILE STORE) representada por el señor Francisco Xavier Fierro Pérez, NO ADMITE la comisión de la infracción de primera clase prevista en el artículo 117, literal a, numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; esto es, "(...) 1. La comercialización o la utilización de equipos terminales que no hayan sido homologados o no cumplan con las condiciones técnicas autorizadas. (...)", y, conforme se desprende del Informe Técnico No. ITCZ02-C-2020-00115 de 06 de marzo de 2020, la empresa MAC-ACCES, no ha presentado un plan de subsanación susceptible de ser autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, motivo por el cual se determina que el presente atenuante no debe ser considerado."

Señor Director Ejecutivo, conforme consta de mi contestación al inicio del acto administrativo sancionador, no me he pronunciado ni puedo admitir una infracción ni presentar un plan de subsanación en virtud de que a la fecha de inicio del proceso administrativo sancionador es decir el 14 de enero de 2020, cualquier error que se pudo haber cometido fue enmendado en el tiempo y forma adecuada en favor de la persona supuestamente perjudicada, tanto es así que con fecha 25 de septiembre de 2019, MAC-ACCES, procedió de manera voluntaria a la devolución total del dinero pagado por el señor Danny Fernando Figueroa Cortez, por la compra del equipo celular ya que no es una práctica común y mucho menos una constante el comercializar equipos sin homologar, y si por un descuido ocurrió aquello, se tomaron las medidas necesarias inmediatas para compensar al cliente insisto previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Solicito a Usted sea considerado el atenuante No. 2 a mi favor dentro del procedimiento."

ANÁLISIS:

El administrado dentro del procedimiento administrativo sancionador en el documento ingresado en esta institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-20202-002006-E de 30 de enero de 2020 el administrado ha manifestado "Niego por consiguiente que la empresa MAC ACCES, haya sido quien resolvió la venta del equipo celular supuestamente sin homologar", es decir no acepta la comisión de la infracción por la que se lo acusa y tampoco presenta un plan de subsanación. Además, en el recurso de apelación persiste en su posición, sobre la no admisión de la causal 2 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones **"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."** por tanto no se configura esta atenuante.

5.2.2. ARGUMENTO:

"3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción."

De acuerdo con el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "(...) Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiere constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados (...)"

En el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2020-00115 de 06 de marzo de 2020, La empresa MAC-ACCES con nombre comercial MOBILE STORE, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-002006-E, señala: "(...) 4. Que se incorpore al proceso y se reproduzca como prueba a mi favor en una foja útil copie debidamente certificada del comprobante de transacción de devolución del dinero realizado mediante transferencia bancaria al señor DANNY FERNANDO FIGUEROA CORTEZ de fecha 25 de septiembre de 2019, con lo cual demostrare haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria y reparado los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador y de la imposición de cualquier sanción.(...)". Efectivamente se adjunta un comprobante de transacción y adjunto al Informe Técnico se adjunta una comunicación da parte de la persona que adquirió el equipo terminal One Plus modelo GM 1910, sin embargo es criterio técnico, que, para que se cumpla este atenuante debe existir la constancia de la implementación de las acciones necesarias para corregir o superar la conducta que para el presente caso es la comercialización de equipos no homologados, por lo que, en razón de que no se tiene la constancia de que la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE oferta y comercializa únicamente equipos homologados y que en caso de que se haya comercializado anteriormente a otros clientes el equipo terminal One Plus modelo GM 1910 u otro equipo terminal que no haya sido homologado en constancia del reintegro de valores, compensaciones o cambio/reemplazo de equipo a los clientes, no es posible evaluar este atenuante; por lo tanto no se podría considerar tal circunstancia como atenuante.

Señor Director Ejecutivo, NO estoy conforme con el razonamiento emitido por el funcionario a cargo ya que no adecúa de manera correcta lo determinado en el Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual en su INCISO TERCERO determina que: "...**La subsanación y la reparación , como atenuantes dentro del procedimiento administrativo sancionador, deben realizarse de manera voluntaria por parte del prestador del servicio y serán y serán demostradas a través de cualquier medio físico o digital.**", es por demás evidente y realizado un análisis simple de la prueba documental y de los documentos adjuntados como prueba dentro de la contestación al procedimiento administrativo sancionador, que PREVIO AL INICIO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, se compensó al cliente con la misma cantidad pagada por el y se puede comprobar la existencia de una copia debidamente certificada del comprobante la transacción de devolución del dinero realizado mediante transferencia bancaria al señor DANNY FERNANDO FIGUEROA CORTEZ de fecha 25 de septiembre de 2019 por el valor de USD. \$979,00.

Es claro que la empresa MAC-ACCES ha cumplido de manera precisa con lo determinado en la norma antes descrita en virtud de que se ha demostrado haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria al realizar una transferencia bancaria (digital), por tal motivo **RECHAZO** que se quiera **IMPONER** un **CRITERIO TÉCNICO** pretendiendo **REGULAR** el juicio subjetivo de un funcionario sobre una norma expresa determinada en el inciso tercero del Artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ocasionando que se desnaturalice el real sentido del atenuante.

Además, tergiversa totalmente la conducta de la empresa MAC-ACCES al insinuar "... que no se tiene la constancia de que la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE oferta y comercializa únicamente equipos homologados ..."; es evidente que se está sustentando el proceso administrativo sancionador en una denuncia y su respectivo desistimiento, es decir de

la singularidad de UN CASO, nuevamente el funcionario a cargo cae en una subjetividad, y habla de supuestos; ha quedado certificado dentro del mismo procedimiento que "...la Empresa MAC - ACCES (MOBILE STORE), no ha registrado procedimientos administrativos tipificados en el artículo 117, literal a. numeral 1... ~ según Memorando No. ARCOTEL-DEDA-2020-0353-M de fecha 14 de febrero de 2020, suscrito por el Responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la ARCOTEL.

La Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos determina en su Art. 8.- De las políticas para la simplificación de trámites.- la simplificación de trámites a cargo de las entidades reguladas por ,esta Ley deberá estar orientada á: (...)

6. Evitar en lo posible las instancias en las cuales el juicio subjetivo de la o el servidor Público' pueda' interferir en el proceso. (la negrilla y subrayado me pertenecen),
Solicito a Usted sea considerado el atenuante "No. 3 a mi favor dentro del procedimiento."

ANÁLISIS:

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 130, numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 82 de su Reglamento General, se establece como una atenuante la subsanación:

"Art. 130.- Atenuantes.

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

"3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción."
(...)

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

En efecto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece en el numeral 3 del artículo 130, la subsanación integral como una atenuante para graduar las sanciones.

En ese sentido, el artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones define la subsanación integral; y, además, la reparación como dos conceptos que deben cumplir cada uno con condiciones establecidas en la norma.

Así, la subsanación integral, según lo señala el artículo citado, son las acciones que se realizan para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta que pudiera constituir un incumplimiento o sanción. Para que se configure la subsanación integral el presunto infractor puede realizar algunas acciones que establece la norma a manera de ejemplo, como son: la compensación a favor de los usuarios por servicios contratados y no recibidos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.

Otra cosa distinta es la reparación, sobre la cual se refiere la misma norma, segundo inciso artículo 82 del Reglamento General a la LOT, que señala:

(...)“Para efectos de la aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.”(...)

Es decir, la reparación como atenuante, en caso de haberse ocasionado daño técnico, deberá ejecutarse a través de mecanismos o acciones que solucionen dicho daño. En caso de que, por comisión de la infracción, no se hubiere cometido daño técnico, deberá aplicarse la atenuante de conformidad con lo que establece la Ley.

En ambos casos, señala la norma, para la subsanación como para la reparación, *“(...)como atenuantes dentro del procedimiento administrativo sancionador, deben realizarse de manera voluntaria por parte del prestador del servicio y serán demostradas a través de cualquier medio físico o digital.”*

Es decir, la norma es clara en cuanto a la aplicación de la subsanación integral, como atenuante, que puede hacérsela por parte del infractor sea con la compensación a favor de los usuarios por servicios contratados y no recibidos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados. No requiere la norma condiciones técnicas adicionales. Tampoco exige la norma la concurrencia de la compensación o reintegro de valores; y, la ejecución de mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se repare el daño, puesto que no siempre ocurre daño técnico.

De la lectura que se hace a la resolución recurrida, ésta señala que: *“(...)es criterio técnico, que, para que se cumpla este atenuante debe existir la constancia de la implementación de las acciones necesarias para corregir o superar la conducta que para el presente caso es la comercialización de equipos no homologados, por lo que, en razón de que no se tiene la constancia de que la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE oferta y comercializa únicamente equipos homologados (...).”* Claramente la administración señala que no tienen constancia, es decir, no existe prueba plena de que la empresa MAC ACCES comercialice equipos homologados, pero tampoco se ha demostrado que dicha empresa continúe comercializando equipos no homologados, a más del que se ha constatado en el procedimiento, por lo que aceptar el criterio con el cual se justifica el órgano sancionador para no considerar la atenuante de subsanación, sería vulnerar el principio indubio pro actione que se consiste en que, en caso de dudas, debe resolverse en beneficio del administrado, pues en efecto, el procedimiento administrativo debe guiarse por un criterio pro actione, valorando la ratio de la norma y optando por el criterio de proporcionalidad.

Sobre este principio la Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil dentro del Juicio 897-2011 se pronuncia, “El In dubio pro actione o principio antiformalista del derecho significa que en caso de duda cuando se producen ciertos defectos o silencios en la ley, debe hacerse una interpretación favorable a los intereses de los justiciables. El principio "in dubio pro actione" postula la mayor garantía respecto de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción y, por lo tanto, en el sentido de asegurar en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento que se adecue a las exigencias sustanciales de la Constitución.”

Este principio conlleva a que la interpretación de los diferentes conceptos jurídicos se lo haga con virtualidad, dando mayor valor a la decisión final, cuando existan dudas al respecto.

La acción que se debe analizar para aplicar la atenuante en cuestión es la de compensación o reintegro de valores; y, si con la ejecución de cualquiera de estas acciones se ha revertido los efectos negativos de la infracción. De la revisión del expediente administrativo que concluyó con la sanción se determina que la imposición de la sanción fue a través de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020 y de la revisión del expediente administrativo sancionador se constata que el representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, señor Francisco Xavier Fierro Pérez, mediante comprobante transacción No. 18689263 de fecha 25 de septiembre de 2019 cuya referencia se lo hace como “DEVOLUCIÓN ON PLUS” por el valor de \$ 979.00 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a favor del señor Danny

Fernando Figueroa Cortez, esto se ratifica con el escrito presentado por el señor Danny Fernando Figueroa Cortez, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-016044-E de 27 de septiembre de 2019, quien desiste voluntariamente de la denuncia presentada con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-015258-E de 13 de septiembre de 2019 por cuanto afirmaba que al comprar un equipo telefónico ONE PLUS 7 PRO en la Sociedad de Hecho MAC ACCES cuyo nombre comercial es MOBILE STORE el mismo se encontraba sin homologar.

Ahora bien, en el escrito de desistimiento de la denuncia el señor Danny Fernando Figueroa Cortez manifiesta que "(...) resultado de lo cual fue la reunión mantenida el día de ayer 25 de septiembre de 2019, acordándose la devolución total del valor que fue pagado por la compra del equipo telefónico a MOBILESTOR (sic), y una vez que he verificado en mi cuenta bancaria el depósito realizado, cuya copia adjunto. (...)”

La definición de subsanación integral que prevé el artículo 82 del Reglamento a la LOT, como se ha indicado, permite el reintegro de valores, acción que se realizó, conforme se ha demostrado documentadamente no sólo por el recurrente sino además por el perjudicado, con lo cual se ha revertido los efectos negativos de la infracción, por lo que, se debe considerar la atenuante 3 del artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al momento de graduar la sanción.

5.2.3. ARGUMENTO:

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

Al respecto, se determina desde el punto de vista técnico la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-002006-E, no invoca este atenuante, sin embargo, debido a que en el presente caso no existió daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción, no aplica la ejecución de una reparación integral por parte del comercializador.

Señor Director Ejecutivo, el funcionario determina que "...no aplica la ejecución de una reparación integral por parte del comercializador..."; sin embargo no realiza la valoración del atenuante a favor o en contra de la empresa MAC-ACCES (MOBILE STORE),

Tal como lo demostré en la alegación de la agravante No. 3, señor Director Ejecutivo, PREVIO AL INICIO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, se compensó al cliente con la misma cantidad pagada por él (USD. \$ 979,00).

Solicito a Usted sea considerado el atenuante No. 4 a mi favor dentro del procedimiento."

ANÁLISIS:

El artículo 82 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones hace una diferenciación entre lo que se considera como subsanación integral (párrafo primero) y la reparación integral (segundo párrafo), sobre la reparación integral este artículo establece:

"(...) se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción. (...)”

A fojas 29 y 34 de la Resolución impugnada, se señala: "Al respecto, se determina desde el punto de vista técnico la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-002006-E, no invoca este atenuante, sin embargo, **debido a que en el presente caso no existió daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción**, no aplica la ejecución de una reparación integral por parte del comercializador." (Lo subrayado me pertenece)

En virtud del análisis técnico, y al haberse determinado ausencia de daños causado con ocasión de la comisión de la infracción, se debe considerar esta atenuante para determinar la sanción a imponerse, ya que el no considerarla a pesar de que la propia administración señala que no

existió daño técnico, vulnera la graduación de la sanción. Hacer una interpretación en contrario constituye una regresión de los derechos de la persona, particularmente debido a que, pese a haber cometido una infracción ésta no ocasionó daños o perjuicios de orden técnico, puesto que los perjuicios al usuario fueron subsanados.

En el caso de haberse cometido daños técnicos, éstos debieron ser reparados, en cuyo caso como se ha señalado anteriormente, debe existir implementación de mecanismos o acciones que solucionen dicho daño, pero en el presente caso se ha determinado de los propios informes que reposan en el expediente administrativo que no existió daños técnicos; la ausencia de daño es una atenuante para graduar la sanción.

5.2.4. ARGUMENTO:

“Agravantes:

(...)

"2. La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción"

De acuerdo al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-AI-2020-001, la infracción estipulada corresponde a "1. La comercialización o utilización de equipos terminales que no hayan sido homologados o no cumplan con las condiciones técnicas autorizadas. -, por lo que al tratarse de una actividad netamente comercial (venta de un bien) **es evidente la obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción**, por tanto se debe considerar esta circunstancia como agravante.

Señor Director Ejecutivo, NO HA EXISTIDO BENEFICIO ECONÓMICO ALGUNO como pretende interpretar el funcionario a cargo, no ha existido una investigación debidamente sustentada que le permita afirmar que **"...es evidente la obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción..."** no puede tomarse como fundamento un "supuesto" más aún cuando no se ha establecido el beneficio económico y mucho menos se ha evidenciado.

La transacción comercial fue por un valor de USD. \$ 979,00 y la compensación económica fue exactamente por el mismo valor como queda demostrado con la transferencia bancaria realizada a la cuenta del cliente, quisiera entonces se explique ¿Cuál beneficio económico recibido?, ¿Qué utilidad me ha generado esta transacción?

La denuncia presentada y su respectivo desistimiento lo único que han determinado es que se trata de UN SOLO CASO, que fue enmendado responsablemente por MACACCES; en términos económicos, el mismo valor que se pagó por un equipo electrónico fue devuelto al cliente para compensar cualquier descuido.

Solicito a Usted sea considerado el agravante No. 2 a mi favor dentro del procedimiento."

ANÁLISIS:

En cuanto a esta agravante, es importante señalar que en el informe técnico No. IT-CCDH-GH-2019-0031 de 03 de octubre de 2019, la Dirección Técnica de Homologación de Equipos, concluyó:

"El 13 de julio de 2019, la empresa con razón social MAC ACCESS y nombre comercial MOBILE STORE habría comercializado el equipo con IMEI 861616049058432 que no se encuentra homologado en el país al señor Danny Figueroa Cortez, incurriendo en la prohibición establecida en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones."

Para que se configure esta agravante, el recurrente debió haber obtenido beneficios económicos, no obstante, la Sociedad de Hecho MAC-ACCES a través del señor Francisco Xavier Fierro Pérez demuestra con el comprobante de transacción No. 18689263 de fecha 25 de septiembre de 2019 del Banco de Pichincha que se realizó la devolución por el valor de \$ 979.00 Dólares de

los Estados Unidos de Norteamérica a favor del señor Danny Fernando Figueroa Cortez, por la compra venta de un equipo telefónico no homologado, el señor Danny Fernando Figueroa Cortez ratifica con el escrito No. ARCOTEL-DEDA-2019-016044-E de 27 de septiembre de 2019, haber recibido en su cuenta bancaria el depósito el valor por cual pagó el teléfono móvil.

En este sentido, al haberse determinado en el informe técnico No. IT-CCDH-GH-2019-0031 de 03 de octubre de 2019 emitido por la Dirección Técnica de Homologación de Equipos de AROTEL, que solo se habría comercializado el equipo con IMEI 861616049058432 que no se encuentra homologado en el país y que había sido vendido al señor Danny Figueroa Cortez, y toda vez que MAC-ACCES de nombre comercial MOBILE STORE devolvió el valor del dinero por el cual fue vendido al señor Danny Fernando Figueroa Cortez, en tal virtud la comercializadora no obtuvo beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción, por tanto no se debe considerar esta agravante establecida en el numeral 2 del artículo 130 de la LOT.

5.2.5 ARGUMENTO:

"3. El carácter continuado de la conducta infractora."

"La valoración de la agravante citada se la hace en relación a lo dispuesto en el artículo 131 numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; de allí que conforme 58 desprende de los documentos que reposan en el expediente administrativo sancionador, se analiza así: Las infracciones y sanciones deben estar conforme a los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad y proporcionalidad que 56 engloban dentro del procedimiento administrativo sancionador.

En virtud de lo expuesto, la presunta infracción reportada mediante Informe de Control Técnico No. IT-CCDH-GC.2019-0031 de 03 de octubre de 2019, imputada al señor Francisco Xavier Fierro Pérez, Representanta Legal de la Empresa MAC-ACCES, no cumple con los fundamentos de hecho y de derecho para ser considerada como una conducta continuada, lo que deberá ser considerado al momento de graduar la sanción que corresponda."

"Señor Director Ejecutivo, queda plenamente demostrado que MAC-ACCESS (MOBILE STORE), cumple con la normativa vigente para la comercialización de equipos electrónicos, cualquier error que se pudo haber cometido fue subsanado en el tiempo y forma adecuada en favor de la persona supuestamente perjudicada, sin oposición alguna por parte del cliente, insisto en que ha sido un caso aislado, no es una práctica común dentro de la empresa.

Solicito a Usted sea considerado el agravante No. 3 a mi favor dentro del procedimiento."

ANÁLISIS:

Reposa en el expediente administrativo sancionador, a foja 93, el anexo 1 sobre el cálculo de sanción económica a la empresa MAC ACCES (MOBILE STORE)

ATENUANTES	SI/NO
No haber sido sancionado por la misma infracción	SI
Haber admitido la infracción en la suscripción del procedimiento administrativo sancionatorio	NO
Haber subsanado íntegramente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción	NO
Haber reparado íntegramente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción	NO
AGRAVANTES	SI/NO
La obstaculización de los labores de fiscalización investigación y control	NO
La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción	SI
El carácter continuado de la conducta infractora	NO

Y, en razón del análisis que se realiza sobre esta agravante, se señala claramente que no cumple con los fundamentos de hecho y de derecho para ser considerada como una conducta continuada, no se considera agravante para la graduación de sanción.

La conducta continuada se produce cuando un mismo sujeto realiza o ejecuta con idéntica ocasión, una pluralidad de acciones u omisiones infringiendo la misma norma legal o preceptos de igual o semejante naturaleza, y que determina generalmente un régimen penológico específico para su castigo.

Al respecto, se debe señalar que el carácter continuado de la conducta infractora corresponde a una agravante que incrementa la sanción, y para su calificación debe existir infracciones continuadas, declaradas en resolución, esto es, el acto administrativo que determina el cometimiento de la misma infracción. Se insiste, que en el presente caso no ha sido considerada esta agravante, por no existir prueba alguna de la conducta continuada en el cometimiento de la infracción.

5.2.6. ARGUMENTO:

*“Del expediente administrativo sancionador, en primera instancia se debe considerar que el juzgamiento de la conducta infractora por la cual se dio inicio al procedimiento en cuestión, ocurre en razón de los hechos reportados en el Informe Técnico No. IT -CCDH-GC-2019-0031 de 03 octubre de 2019, y del Informe Técnico No. ITT-C202-C-2020-00115 de 06 de marzo de 2020, concluye manifestando que, con base en el análisis expuesto, no existe argumento técnico o prueba en el escrito de contestación presentado por la empresa MAC – ACCES con nombre comercial MOBILE STORE, al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ02-AJ-2020-001 que justifique la comercialización del equipo terminal One Plus modelo GM 1910 que no se encuentra homologado en el país, ratificando de esta forma el hecho determinado en el Informe Técnico IT-CCDH-GC-2019-031 de 03 de octubre de 2019. Por lo tanto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, considera que la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL –CZO2-AI-2020-001 de 09 de enero de 2020.”*

Señor Director Ejecutivo, los informes técnicos y los funcionarios a cargo de los mismos pretenden que justifique acciones que no son parte del normal desenvolvimiento de mis actividades comerciales, mi contestación fue realizada en base a hechos reales de una simple transacción comercial NO PUEDO DESVIRTUAR TÉCNICAMENTE situaciones que no tienen carácter técnico sino comercial, más aún cuando se ha compensada económicamente al ÚNICO CLIENTE insatisfecho en el mes de septiembre de 2019, mucho antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.(...)”

ANÁLISIS:

El recurrente no ha demostrado que no comercializó el equipo telefónico ONE PLUS 7 PRO sin haber incumplido las condiciones que establece la ley como es estar homologado en el país, en tal virtud de que no ha logrado demostrar ni durante el procedimiento administrativo sancionador ni en esta etapa de impugnación no ha logrado desvirtuar que no es culpable del cometimiento de infracción tipificada en el artículo 117 letra a) numeral 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esto es:

“Artículo 117.- Infracciones de primera clase.

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

1. La comercialización o la utilización de equipos terminales que no hayan sido homologados o no cumplan con las condiciones técnicas autorizadas.”

Al contrario, el hecho cierto que reposa en el proceso, respecto al reintegro de los valores por venta del equipo no homologado determina de forma clara la existencia del cometimiento de la infracción. En tal virtud, esta Administración considera que la Sociedad de Hecho MAC-ACCES es responsable de comercializar el equipo no homologado, cuya infracción se encuentra tipificada en el artículo 117 letra a numeral 1 de la norma ibídem.

5.2.7. ARGUMENTO:

“Señor Director Ejecutivo, pretenden imputar un incumplimiento al describir que “...la Empresa no presentó el “Formulario de Homologación de Ingresos. Costos. Gastos por tipo de servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión” requerido en la Resolución ARCOTEL-2015-0936...”, la resolución ARCOTEL-2015-0936, en su artículo 1 determina que el “formulario” que hace referencia, es para la presentación de la información financiera contable de los poseedores de títulos habilitantes. MAC-ACCES (MOBILE STORE), NO POSEE TITULO HABILITANTE como tantas veces se manifestó en la resolución sancionatoria, por tal motivo no tiene obligación de haber presentado el formulario de homologación de ingresos.

*Al no tener información económica del último ejercicio fiscal de MAC-ACCES (MOBILE STORE), pretenden aplicar lo normado en el Artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, literal a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general, motivando el monto en uno de los cuatro atenuantes que señala el artículo 130 de la Ley de la materia, y una circunstancia agravante que indica el artículo 131 ibídem, sin determinar siquiera **cual es el atenuante y cual el agravante** que intentan adecuar para aplicar una sanción exagerada, considerándose como una falta de motivación, transgrediendo así lo determinado en el artículo 76 de la Constitución de la República en su numeral 7, literal 1) “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 consideran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.*

ANÁLISIS:

A fojas 31 a 35 de la Resolución impugnada, se considera el numeral 1) para la determinación de la infracción se toma en consideración a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por tanto, se demuestra que se aplicó lo dispuesto en la norma.

Por su parte en el artículo 122 de la norma ibídem, señala que las multas establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se aplicarán de acuerdo al monto de referencia que se obtenga 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; y se refiere a quienes tengan como actividad la prestación de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción

No obstante, el recurrente no posee un título habilitante y no está obligado a obtenerlo, puesto que su actividad económica de conformidad con el Registro Único de Contribuyentes, es la venta al por menor de computadoras incluso partes y piezas.

Por tanto, la sanción impuesta por la Coordinación Zonal 2 debió considerarse la clase de servicio o negocio del recurrente, y en ese sentido, al no estar obligado a obtener título habilitante para operar su negocio, se debió solicitar su declaración de Impuesto a la Renta, pues no se le puede sancionar de conformidad con el artículo 122 inciso segundo, ya que esta norma está dirigida a quienes prestan de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción y sin tener título habilitante. En el presente caso estamos refiriéndonos a un infractor que no está obligado a obtener título habilitante, por tener una actividad económica

distintas a las señaladas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en ese sentido, nuevamente debe observarse el criterio pro actione.

Además, conforme el artículo 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones la sanción 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.

A fojas 33 a 35 del Acto administrativo sancionador se establecen las atenuantes y las agravantes por las cuales, que sirven para la graduación de la imposición de la sanción impuesta:

"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." (...) Por lo tanto, se debe considerar la presente circunstancia atenuante."

"2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones. (...) no ha presentado un plan de subsanación susceptible de ser autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, motivo por el cual se determina que el presente atenuante no debe ser considerado."

"3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción. (...) en razón de que no se tiene la constancia de que la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE oferta y comercializa únicamente equipos homologados y que en caso de que se haya comercializado anteriormente a otros clientes el equipo terminal One Plus modelo GM 1910 u otro equipo terminal que no haya sido homologado la constancia del reintegro de valores, compensaciones o cambio/reemplazo de equipo a los clientes, no es posible evaluar este atenuante; por lo tanto no se podría considerar tal circunstancia como atenuante."

"4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción. (...) Al respecto, se determina desde el punto de vista técnico la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE, en su escrito de contestación ingresado con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-002006-E, no invoca este atenuante, sin embargo, debido a que en el presente caso no existió daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción, no aplica la ejecución de una reparación integral por parte del comercializador."

En referencia a las Agravantes se establece:

"1. La obstaculización de las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio de la infracción sancionada. (...) Al respecto, la empresa MAC - ACCES con nombre comercial MOBILE STORE, no obstaculizó las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que técnicamente no se considera esta situación como un agravante."

"2. La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción. (...) por lo que al tratarse de una actividad netamente comercial (venta de un bien) es evidente la obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la Infracción, por tanto se debe considerar esta circunstancia como agravante."

"3. El carácter continuado de la conducta infractora. (...) no cumple con los fundamentos de hecho y de derecho para ser considerada como una conducta continuada, /o que deberá ser considerado al momento de graduar la sanción que corresponda."

En mérito de todo lo señalado y los documentos analizados que constan del expediente, se debe considerar 3 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y NINGUNA AGRAVANTE, según lo determina el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, considerando para el cálculo de la multa el monto de referencia obtenido de los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, garantizando el principio de proporcionalidad.

El referido informe jurídico elaborado por la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, signado con el número ARCOTEL-CJDI-2020-000111, en su parte final establece las conclusiones y recomendaciones, mismas que son acogidas y su tenor literal se transcribe:

“VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

1. *De la verificación de la documentación correspondiente al expediente administrativo sancionador que concluyó con la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018, de fecha 29 de junio de 2020, que la Sociedad de Hecho, MAC-ACCES (MOBILE STORE), es responsable de la comercialización del equipo con IMEI 861616049058432 que no se encuentra homologado en el país al señor Danny Figueroa Cortez, incurriendo en la prohibición establecida en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, configurándose la comisión de la INFRACCIÓN DE PRIMERA CLASE establecida en el artículo 117, letra a) número 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y que el recurrente no ha logrado desvirtuar el cometimiento de la infracción.*
2. *Que en virtud del análisis realizado sobre los argumentos que guardan relación a las atenuantes y agravantes dispuesta en el artículo 130 y 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que sirvieron para graduar la sanción es importante se consideren los mismos para que la Coordinación Zonal 2 realice el cálculo de sanción considerando la atenuante 1,3 y 4 del art. 130 y no se aplique ninguna de las agravantes del art. 131 de la norma ibídem.*
3. *Que la actividad económica del infractor no es la prestación de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción que se establece en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sino la venta al por menor de computadoras incluso partes y piezas, de conformidad con la información del Registro Único de Contribuyentes, por lo que no está obligado a tener título habilitante.*
4. *Al no estar obligado a tener título habilitante, para el cálculo de la multa debe considerarse el monto de referencia obtenido de los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, garantizando el principio de proporcionalidad.*

En base a los antecedentes, fundamentos jurídicos y análisis precedente, se recomienda al Coordinador General Jurídico de ARCOTEL, ACEPTAR de forma parcial el recurso de apelación interpuesto por el señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCESS, disponiendo a la Coordinación Zonal 2 de acuerdo a sus atribuciones y competencias, recalculé la multa a ser impuesta, debiendo calcular la misma tomando en consideración el monto de referencia obtenido de los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta; y, lo establecido en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, referente a las circunstancias atenuantes, debiendo aplicarse en el presente caso la atenuante 1, 3 y 4 y no debe aplicarse ninguna agravante.”

VI. RESOLUCIÓN

Por las consideraciones expuestas, al amparo de lo previsto en el artículo 10, numeral 1.3.1.2, acápite II y III, numerales 2 y 11 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL; y, artículo 30 literales b) y d) de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, el suscrito Coordinador General Jurídico, en calidad de delegado del Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL.

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00111 de 18 de noviembre de 2020.

Artículo 2.- ADMITIR PARCIALMENTE el Recurso de Apelación interpuesto por el señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-009088-E de 13 de julio de 2020.

Artículo 3.- DECLARAR que se ha comprobado la existencia de la infracción sancionada en la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020 y la responsabilidad de la administrada en el hecho sancionado.

Artículo 4.- DEJAR sin efecto la multa establecida en el artículo 3 de la Resolución No. ARCOTEL-CZO2-R-2020-018 de 29 de junio de 2020.

Artículo 5.- DISPONER a la Coordinación Zonal 2 de ARCOTEL, que en el término de diez días contados a partir de la notificación de la presente resolución, de acuerdo a sus atribuciones y competencias, recalculé la multa a ser impuesta, debiendo calcular la misma tomando en consideración el monto de referencia obtenido de los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta; y, las atenuantes 1, 3 y 4 establecidas en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y ninguna agravante del artículo 131 ibídem.

Artículo 6.- INFORMAR al señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, que tiene derecho a impugnar esta Resolución ante el órgano competente en sede administrativa o judicial en los términos y plazos que establece la ley.

Artículo 7.- 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 este Oacto administrativo al señor Francisco Xavier Fierro Pérez en calidad de Representante de la Sociedad de Hecho MAC-ACCES, en el correo electrónico: dmendezmera@yahoo.com ; de conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, dirección señalada por el recurrente en el escrito de interposición del recurso para recibir notificaciones, dirección electrónica señalada por el recurrente para recibir notificaciones; a la Coordinación General Jurídica; Coordinación Zonal 2; Coordinación General Administrativa Financiera, Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, Coordinación Técnica de Control; Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, para los fines pertinentes. Notifíquese y Cúmplase.-



Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, el 19 de noviembre de 2020

Ab. Fernando Torres Núñez
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO
POR DELEGACIÓN DEL DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL

ELABORADO POR:	APROBADO:
Ab. Mayra Paola Cabrera Bonilla SERVIDORA PÚBLICA	Dra. Adriana Ocampo Carbo DIRECTORA DE IMPUGNACIONES

