

## RESOLUCIÓN RTV-606-16-CONATEL-2011

## CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

## CONATEL

## CONSIDERANDO:

Que, el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...*".

Que, el Art. 226 de la misma norma suprema prescribe que: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. 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.*".

Que, el Art. 261 de la Carta Magna señala que: "*El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: ... 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.*".

Que, el Art. 2 de la Ley de Radiodifusión y Televisión dispone que: "*El Estado, a través del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión (CONARTEL), otorgará frecuencias o canales para radiodifusión y televisión, así como regulará y autorizará estos servicios en todo el territorio nacional, de conformidad con esta Ley, los convenios internacionales sobre la materia ratificados por el Gobierno ecuatoriano, y los reglamentos.*".

Que, el quinto artículo innumerado agregado a continuación del Art. 5 de la Ley de Radiodifusión y Televisión establece que: "*Son atribuciones del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión: ... e) Resolver los reclamos y apelaciones que presenten los concesionarios de estaciones de radiodifusión y televisión,*".

Que, el inciso primero del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, dispone que: "*Toda radiodifusora o televisora debe ceñirse a las cláusulas del contrato y a las normas técnicas, legales y reglamentarias correspondientes...*".

Que, el Art. 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión determina que: "*La Superintendencia de Telecomunicaciones podrá imponer a las estaciones, por infracciones de carácter técnico o administrativo previstas en esta Ley o en el reglamento, las siguientes sanciones: a) Amonestación escrita; b) **Multa de hasta diez salarios mínimos vitales**; c) Suspensión del funcionamiento, por reincidencia de una misma falta de carácter técnico o administrativo, o por mora en el pago de las tarifas o derechos de la concesión, mientras subsista el problema.- Para la imposición de las sanciones previstas en los literales b) y c) de este artículo, la Superintendencia notificará previamente al concesionario haciéndole conocer la falta o faltas en que hubiere incurrido, para que, en el término de ocho días, presente las pruebas de descargo que la Ley le faculta. Con este antecedente, le impondrá la sanción correspondiente, de haber lugar. El concesionario podrá apelar de esta resolución en el término de ocho días de notificada, ante el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, el que podrá confirmarla, revocarla o modificarla en la siguiente sesión de este organismo; en este caso no procederá el voto del Superintendente de Telecomunicaciones. Si se tratare de suspensión y ésta fuere confirmada o modificada, el concesionario podrá recurrir ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en la forma prevista en la Ley.- Salvo que, a criterio de la Superintendencia, se hubiere solucionado el problema que motivó la suspensión, ésta quedará sin efecto sólo en el caso de que así lo disponga la resolución en firme del Consejo o sentencia ejecutoriada del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, en el caso de que cualquiera de las partes*

*hubiere interpuesto el recurso de casación. De lo contrario, se aplicará lo previsto en el literal e) del artículo 67 de esta Ley.”.*

Que, los artículos 13 y 14 del Decreto Ejecutivo No. 8, emitido por el señor Presidente Constitucional de la República, publicado en el Registro Oficial No. 10 del 24 de agosto del 2009, disponen: **“Artículo 13.- Fusiónesse el Consejo Nacional de Radio y Televisión - CONARTEL- al Consejo Nacional de Telecomunicaciones –CONATEL.- Artículo 14.- Las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones constantes en leyes, reglamentos y demás instrumentos normativos y atribuidas al CONARTEL serán desarrolladas, cumplidas y ejercidas por el CONATEL, en los mismos términos constantes en la Ley de Radiodifusión y Televisión y demás normas secundarias. Exclusivamente las funciones administrativas que ejercía el Presidente del CONARTEL, las realizará el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, en los mismos términos constantes en la Ley de Radio y Televisión y demás normas secundarias.”.**

Que, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en Resolución 246-11-CONATEL-2009, publicada en Registro Oficial No. 34 de 25 de Septiembre de 2009, autorizó al Secretario Nacional de Telecomunicaciones para sustanciar, de manera directa, los reclamos, apelaciones y demás recursos administrativos que se presentaron ante el CONARTEL y que no han sido resueltos, como aquellos que se presenten ante el CONATEL, para que una vez evacuado el procedimiento, poner a consideración y aprobación del CONATEL la resolución correspondiente.

Que, la Intendencia Regional Sur de la Superintendencia de Telecomunicaciones impuso mediante Resolución IRS-2009-0178 de 16 de septiembre de 2009, a la compañía Gamboa Comunicación Total Cía. Ltda., concesionaria de la frecuencia 91.7 MHz, en la que opera la estación matriz que sirve a la ciudad de Macas del sistema de radiodifusión denominado RADIO BONITA FM, la sanción económica por el valor equivalente a cinco salarios mínimos vitales del trabajador en general, esto es, VEINTE DÓLARES (USD 20,00), por incumplir en lo establecido en la Norma Técnica Reglamentaria para Radiodifusión en Frecuencia Modulada Analógica, en lo relacionado a los niveles de emisiones no esenciales, incurriendo en consecuencia en la infracción tipificada en el literal h) de la Clase II de las Infracciones Técnicas del Art. 80 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión, es decir operar con características diferentes a las autorizadas.

Que, la representante legal de la compañía Gamboa Comunicación Total Cía. Ltda., concesionaria de la frecuencia 91.7 MHz, en la que opera la estación matriz que sirve a la ciudad de Macas del sistema de radiodifusión denominado RADIO BONITA FM, propone recurso de apelación en contra de la Resolución de la Intendencia de Regional Sur, antes detallada.

Que, la representante legal de la compañía concesionaria en su escrito de apelación manifiesta lo siguiente:

- a) Que el propio Código Civil define a la fuerza mayor como el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.; por lo que fue una circunstancia de fuerza mayor que se escapa a la voluntad de cualquier ser humano, sin que se pueda evitar su ocurrencia y sus consecuencias, la que originó este cambio en la segunda armónica, motivo por el cual se pretende sancionar a RADIO BONITA FM de la ciudad de Macas.
- b) Que en ningún momento la estación RADIO BONITA FM de la ciudad de Macas ha contravenido o vulnerado algún aspecto técnico importante como la potencia del transmisor con el fin de ganar cobertura, por el contrario el cambio en el nivel de señal de la segunda armónica, es una circunstancia que evidentemente se escapa a la voluntad humana, en el presente caso del concesionario, que pudo originarse por una sobremodulación a propósito de la fuerte tormenta que cayó sobre el cerro Kilamo y que ningún ser humano puede evitarlo y menos aún probarlo.

- c) Que las infracciones y sanciones deben estar expresamente establecidas en la Ley y no en Reglamento.
- d) Que en la Resolución materia de la presente apelación, se expresa en la segunda página que un funcionario en la Unidad de Radiocomunicaciones de la Intendencia Regional Sur, entre otras cosas concluye: *"que si es posible la instalación de filtros para atenuar la intensidad de la segunda armónica de las estaciones de frecuencia modulada de la provincia de Morona Santiago, como lo demuestra el caso de Radio Shalom FM; razón por la cual se recomienda solicitar a los concesionarios de las diferentes estaciones, coordinen con el representante de Radio Shalom Fm para que verifiquen esta alternativa de solución técnica al problema presentado"*; señala que es seguro que el problema presentado con dicha radiodifusora, fue exactamente el mismo que RADIO BONITA de la ciudad de Macas, sin embargo para el caso de Radio Shalom se identificó la solución al "problema presentado", la misma que la propia SUPERTEL recomienda se socialice y se coordine con Radio Shalom, situación que nunca ha ocurrido, porque no se conoció esta situación, y claro no era obligación de Radio Shalom el comunicar la solución a este problema, insiste, inevitable y de fuerza mayor sin intención de la mente y fuerza humana.

Que, la concesión de la que goza la compañía Gamboa Comunicación Total Cía. Ltda. se funda en un contrato, el cual, según la regla del Art. 1561 del Código Civil es una ley para las partes y el Art. 1562 añade que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, **por la ley** o la costumbre, pertenecen a ella.

En consecuencia la infracción de un contrato administrativo constituye inobservancia del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión y por ende debe ser sancionada, según las reglas del Art. 71 de la Ley de la materia.

Por ello es preciso analizar punto por punto las alegaciones de la recurrente a fin de determinar si procede o no la apelación.

Que, sobre la alegación de fuerza mayor derivada de la fuerte tormenta que cayó sobre el cerro Kilamo que originó este cambio en la segunda armónica, cuya ocurrencia y sus consecuencias –dice la representante legal de la compañía concesionaria-, *"ningún ser humano puede evitarlo y menos aún probarlo"*, tenemos que:

- a) Los vocablos caso fortuito, deben reservarse a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos fuerza mayor designan los hechos realizados por el hombre. Hay tratadistas que sostienen que la expresión fuerza mayor indica una influencia irresistible, mientras que el caso fortuito señala un acontecimiento imprevisible. Pero todos reconocen que los efectos jurídicos de fuerza mayor y caso fortuito son los mismos, porque ambos provocan la liberación de la responsabilidad civil del administrado u obligado; de ahí que nuestro Código Civil usa estas expresiones como sinónimos.
- b) La definición de la fuerza mayor que se halla en el inciso segundo del artículo 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor; ésta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte; y lo mismo se podría decir respecto de la posibilidad de evitar un daño ya previsto, usando de medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero sí de técnicos o entendidos. La mencionada definición dice así: **"Art. 221.- (...) Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva."**

De este análisis se desprende que la representante legal de la compañía concesionaria, quien ejerce habitualmente su profesión vinculada con la radiodifusión, podía prever e impedir a

*H 7*

través de la prudencia y de sus medios propios que la estación radiodifusora incumpla con lo establecido en la Norma Técnica Reglamentaria para Radiodifusión en Frecuencia Modulada Analógica en lo relacionado a los niveles de emisiones no esenciales, según lo dispuesto en los numerales 11.11 y 11.12, ibídem. Además que en su contestación a la boleta de juzgamiento, reconoce que tuvo problemas con la segunda armónica, y aunque trata de justificar su responsabilidad alegando la existencia de una situación de fuerza mayor, no ha presentado pruebas al respecto, por lo que sus aseveraciones quedan en simples enunciados.

El Código de Procedimiento Civil indica que las personas están obligadas a probar los hechos que alegan (Arts. 113 y 114). El Código Civil exige en sus Arts., 1950, 1951 y 2054 que quien desea beneficiarse de exoneración o atenuación de responsabilidad por causa de fuerza mayor deberá probar la ocurrencia de tal evento. El mismo Código, en lo que se refiere al caso fortuito, en el inciso tercero del Art. 1563, dice que: *"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega."* Por tanto la representante legal de la compañía concesionaria podía y debía probar la fuerza mayor que menciona. Al no hacerlo sus alegatos quedan en afirmaciones vacías carentes de justificación.

Que, en lo que respecta al señalamiento de las infracciones y sanciones deben estar expresamente establecidas en la Ley y no en Reglamento, se dijo ya en líneas precedentes que la infracción de un contrato administrativo constituye inobservancia de la norma del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión y por tanto debe ser sancionada, según las reglas del Art. 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

Que, la Dirección General Jurídica de la SENATEL emitió el informe constante en el memorando DGJ-2011-1835 de 21 de junio de 2011, en el que concluye que, *"el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, debería proceder a ratificar la sanción impuesta por la SUPERTEL mediante Resolución. IRS-2009-0178 de 16 de septiembre de 2009, a la compañía Gamboa Comunicación Total Cía. Ltda., concesionaria de la frecuencia 91.7 MHz, en la que opera la estación matriz que sirve a la ciudad de Macas del sistema de radiodifusión denominado RADIO BONITA FM., por infracción del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión."*; y,

Que, sobre la base de los fundamentos de derecho invocados, los alegatos de hecho y pruebas presentadas por la concesionaria se observa que la infracción existe y no ha sido desvirtuada de manera alguna.

De conformidad con las atribuciones que le confieren la Ley de Radiodifusión y Televisión, su Reglamento General y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 8 emitido por el señor Presidente Constitucional de la República, publicado en el Registro Oficial No. 10 el 24 de agosto del 2009; y,

En ejercicio de sus atribuciones:

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO UNO.-** Avocar conocimiento de la Resolución IRS-2009-0178 de 16 de septiembre de 2009, de la Superintendencia de Telecomunicaciones y del Informe Jurídico constante en el memorando DGJ-2011-1835 de 21 de junio de 2011.

**ARTÍCULO DOS.-** Desechar el recurso de apelación interpuesto por la representante legal de la compañía Gamboa Comunicación Total Cía. Ltda., concesionaria de la frecuencia 91.7 MHz, en la que opera la estación matriz que sirve a la ciudad de Macas, del sistema de radiodifusión denominado RADIO BONITA FM y ratificar el contenido de la Resolución IRS-2009-0178 de 16 de septiembre de 2009, emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones, por cuanto la concesionaria es responsable de inobservancia del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.



**ARTÍCULO TRES.-** Disponer que por Secretaría del CONATEL se proceda a notificar el contenido de la presente resolución a la compañía Gamboa Comunicación Total Cía. Ltda., a la Superintendencia de Telecomunicaciones y Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

La presente resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Guayaquil, el 29 de Julio de 2011



ING. JAIME GUERRERO RUIZ  
**PRESIDENTE DEL CONATEL**



LCDO. VICENTE FREIRE  
**SECRETARIO DEL CONATEL**