

RESOLUCION No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008

ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL No. 2 DE LA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL

ING. ROBERTO MOREANO VITERI
COORDINADOR ZONAL No. 2

CONSIDERANDO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

1.1. TÍTULO HABILITANTE

Con fecha 6 de noviembre de 2001, el Estado Ecuatoriano suscribió el Contrato de Concesión de la frecuencia 90.3 MHz, en la que transmite su señal la Estación de Radiodifusión Abierta, denominado UNION FM, para la ciudad de Esmeraldas provincia de Esmeraldas, la vigencia del contrato terminó el 6 de noviembre de 2011.

1.2. FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante Memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0576-M, de 18 de mayo de 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, pone en conocimiento el contenido del Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0406 de 2 de mayo de 2016, que se refiere a la operación de la estación de Radiodifusión abierta denominada UNIÓN FM, frecuencia 90.3 MHz, en la ciudad de Esmeraldas, provincia de Esmeraldas.

El Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0406 de 2 de mayo de 2016, que se refiere, al monitoreo de las estaciones de radiodifusión FM en la ciudad de Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, durante los meses de febrero y marzo de 2016, concluye:

"La estación de radiodifusión FM denominada "UNIÓN FM" (90.3 MHz), concesionario "DELGADO CLAVIJO RAÚL HUBERTO", matriz de la ciudad de Esmeraldas no se encontró en operación desde el 08 hasta el 24 de febrero de 2016; y desde, el 03 hasta el 31 de marzo de 2016. La estación no notificó a la ARCOTEL la suspensión de emisiones, ni solicitó autorización para suspender la operación. (lo resaltado me corresponde).

1.3. ACTO DE APERTURA

Con fecha 22 de junio de 2016, la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL NO.CZ2-2016-0045,

acto con el que se le notificó a DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario de la frecuencia 90.3 MHz, en la que opera la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", el 28 de junio de 2016 de conformidad como lo establece el Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0765-M de 4 de julio de 2016, suscrito por el Ing. Gonzalo Granda.

2 CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

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

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

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

"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."

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

Artículo 116.- Los incisos primero y segundo, determinan: "**Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.-** El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las

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

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

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

Artículo 144.- "Competencias de la Agencia.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes. (...) 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley. (...).”.

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

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

“Art. 81.- Organismo Competente.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa.- También le corresponde sustanciar y resolver las reclamaciones por violación de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y

radiodifusión, en este último caso, con excepción de las reclamaciones relacionadas a contenidos. (...)"

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

RESOLUCIONES ARCOTEL

Resolución No.002-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo de 2015

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

Resolución 09-05-ARCOTEL-2016 de 20 de junio de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 800 de 19 de julio de 2016

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

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

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

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

"Artículo 10. Estructura Descriptiva

(...)

2. NIVEL DESCONCENTRADO

2.1. PROCESO GOBERNANTE

(...)

I. Misión:

Coordinar y controlar la gestión institucional a nivel desconcentrado dentro del ámbito de su jurisdicción, a los procesos de gestión de títulos habilitantes, control y atención a los consumidores de servicios de telecomunicaciones; mediante, la aplicación de políticas y procesos emitidos para el cumplimiento de sus competencias y el ordenamiento jurídico vigente.

II. Responsable: *Coordinador/a Zonal.*

III. Atribuciones y responsabilidades:

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

2.2. PROCESO SUSTANTIVO

2.2.1. Nivel Operativo

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

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

III. Atribuciones y Responsabilidades: (...)

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

*Adicionalmente, a través de la **CIRCULAR ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C** (10 de agosto de 2016), entre otros aspectos se indica lo siguiente:*

Disposiciones específicas

(...) A las Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

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

(...) A la Coordinación Técnica de Control, Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

"1.- Para fines relacionados con el ámbito de control, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercer la Potestad Sancionadora, únicamente a través del Organismo Desconcentrado y, con la finalidad de hacer que se cumplan a cabalidad con las actividades en materia de control, todos los informes sobre dicha materia, generados por las

Direcciones de la matriz desde el 18 de febrero de 2015, relativos a presuntos incumplimientos, cuyo contenido abarque la Cobertura correspondiente a mas de una Coordinación Zonal u Oficina Técnica, según la distribución territorial establecida en el análisis de presencia institucional en territorio de la ARCOTEL y su respectiva aprobación mediante oficio No. SENPLADES-SGTEPBV ·2015-0102-OF de 27 de agosto de 2015, mismo del cual se hace referencia en el Estatuto de esta Agencia, serán enviados a la Coordinación Zonal 2 para conocimiento, sustanciación y resolución de los procedimientos administrativos o contractuales sancionadores a los que hubiere lugar. Igual trámite se darán a aquellos informes de control elaborados por las Direcciones de la matriz, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para iniciar, sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre procedimientos administrativos sancionadores.

1.4. PROCEDIMIENTO

En la tramitación de la causa y con la Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZ2-2016-0045, se ha notificado a DELGADO CLAVIJO RAÚL HUMBERTO, que ha comparecido y dado contestación, y en una segunda intervención ha practicado prueba documental, que por no hallarse dentro del término para practicarlas, conforme lo establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se las toma como argumentos de descargo, en ejercicio de su derecho a la defensa; ha procedido a alegar por escrito y se han practicado las diligencias pertinentes, se han respetado los términos determinados en la ley y se ha observado las garantías de debido proceso determinadas en la Constitución de la República, fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa.

1.5. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

El Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0406 de 2 de mayo de 2016 preparado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, luego de recopilar la información sobre el monitoreo de las estaciones de radiodifusión FM, en la ciudad de Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, durante los meses de febrero y marzo de 2016, concluye:

*“La estación de radiodifusión FM denominada “UNIÓN FM” (90.3 MHz), concesionario “DELGADO CLAVIJO RAÚL HUMBERTO”, matriz de la ciudad de Esmeraldas **no se encontró en operación desde el 08 hasta el 24 de febrero de 2016; y desde, el 03 hasta el 31 de marzo de 2016.** La estación no notificó a la ARCOTEL la suspensión de emisiones, ni solicitó autorización para suspender la operación”. (lo resaltado me corresponde).*

La obligación presuntamente vulnerada, se encuentra prescrita en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de la siguiente manera:

Art. 24.- “Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones. Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes:

2. "Prestar el servicio de forma obligatoria, **general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable**, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes".

Art. 118.- Infracciones de segunda clase, b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

17.- "La suspensión de las transmisiones de los servicios de radiodifusión por más de ocho días, sin la obtención previa de la autorización correspondiente".

Con respecto al monto de referencia los artículos 121 No. 2 y 122, en su parte pertinente de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, disponen:

Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicará de la siguiente manera:

"Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% y el 0,07% del monto de referencia". (...)

Art. 122.- "Monto de referencia.- "Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate.- Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

b) "Para las sanciones de segunda clase, desde ciento uno hasta trescientos Salarios Básicos Unificados del trabajador en general." (...)

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

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA.

DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario de la frecuencia 90.3 MHz, en la que opera la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", ha dado contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL NO.CZ2-2016-0045, dentro del término que tenía para hacerlo, por dos ocasiones; la primera, a través del documento de 15 de julio de 2016, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-012272-E, de 15 de julio de 2016, que en lo principal manifiesta:

"Como se puede observar, en la motivación del citado acto administrativo, en el memorando del 2 de mayo del 2016, se menciona la falta de operación de mi estación desde el 08 hasta el 24 de febrero de 2016; y desde, el 03 hasta el 31 de marzo de 2016.

Debo aceptar que situaciones de fuerza mayor de la naturaleza como extensas lluvias, han generado arduos problemas eléctricos en la región, que a su vez forzaron a que mi estación se vea obligada a suspender la emisión de señal, lo cual ha sido temporal, sin que llegue a superar los ocho días consecutivos.

Esto, sumado a un accidente personal que me ocurrió debido a un desmayo que tuve por una enfermedad que mantengo; pues dolorosa y lamentablemente en esta pérdida de conciencia me quemé parte de mi cuerpo con una olla de agua hirviendo, lo cual me ha ocasionado que lamentablemente en el período anotado en el memorando de 2 de mayo de 2016, no pueda encender la radio; calamidad que también me impidió notificar del particular a la ARCOTEL.

Debo informar que ha sido una de mis características como radiodifusor, el ser una persona que cumple con todo aquello que el contrato de concesión le dispone, así como también con todo aquello que en las normas legales se le ha determinado. (...)

IV.- ANÁLISIS.-

De lo anteriormente citado se establece que el ARCOTEL, ha iniciado basado en el Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, numeral 17, letra b) el "acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador, ARCOTEL No.- cz- 2016-0045, en contra de Delgado Clavijo Raúl Humberto en calidad de concesionario de la frecuencia 90.3 MHz en la que opera la estación de radiodifusión abierta denominada "Unión FM", matriz de la ciudad de esmeraldas", al respecto cabe indicar que dicha disposición no es aplicable por lo siguiente:

En la terminología del Derecho los vocablos caso fortuito se reserva a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos fuerza mayor designa los hechos realizados por el hombre. Hay tratadistas que sostienen que la expresión fuerza mayor indican una fuerza irresistible, mientras que el caso fortuito señala un acontecimiento imprevisible. Pero todos debemos reconocer que los efectos jurídicos de fuerza mayor y caso fortuito son los mismos, porque se utilizan estas expresiones como ejemplificativas y sinónimos en la citada normativa.

De la definición del artículo 30 del Código Civil se extraen los dos elementos constitutivos del hecho que configura la fuerza mayor o caso fortuito.

El primer elemento se refiere a un hecho imprevisible, esto es, alude a la falta de idoneidad del solicitante para anticipar el suceso dañoso que impide el cumplimiento de la obligación contractual, entiéndase para el presente caso el clima y la suspensión de energía eléctrica, adicionando el deterioro de mi salud por el accidente grave que me ocurrió, algo que no se pudo predecir y que me ocasionó la falta de capacidad económica para poder reaccionar en

forma rápida y solucionar este evento impredecible; pues esta es otra definición legal que establece a la fuerza mayor como los accidentes adversos, que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva.

El otro elemento constitutivo de la fuerza mayor, o caso fortuito es que el hecho debe ser irresistible. Se trata de un hecho inevitable, o sea la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción del acontecimiento dañoso. En este elemento juega también un sentido preponderante mi condición de idoneidad como concesionario, para juzgar sus cualidades y posibilidades reales de impedir los hechos lesivos.

El caso fortuito aplica también la imposibilidad física, debido a mi accidente, de no haber comunicado oportunamente al ARCOTEL la suspensión del servicio.

*Para la aplicación de fuerza mayor se debe observar el artículo 76 de la Constitución de República del Ecuador que manifiesta: "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: 5 ... En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se le aplicará en el sentido más favorable a la persona infractor**".*

V.- Solicitud

En respeto al debido proceso y a la seguridad jurídica consagrada en la Constitución de la República, solicito de declare la nulidad del Acto administrativo iniciado y, en consecuencia se proceda con el archivo del proceso sancionador".

Posteriormente, con fecha 17 de agosto de 2016, mediante documento ingresado con el número ARCOTEL-DEDA-2016-001205-E, el señor Raúl Humberto Delgado Clavijo, adjunta algunos documentos originales, que son: el Oficio Nro. CNEL-ESM-ADM-2016-0436-O, de 29 de julio de 2016; dos certificados médicos extendidos por el doctor Carlos Cañizares con matrícula M.S.P. L-9.F. 87 N° 260, sobre el estado de salud del señor Delgado Clavijo Raúl Humberto; y, un "Informe planta externa. Radio Unión, 90.3 MHz Esmeraldas – Ecuador", que serán analizados oportunamente, manifestando entre otros aspectos, lo siguiente:

"RAUL HUMBERTO DELGADO CLAVIJO, con referencia al "ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, ARCOTEL No.- CZ2-2016-0045, EN CONTRA DE DELGADO CLAVIJO RAÚL HUMBERTO EN CALIDAD DE CONCESIONARIO DE LA FRECUENCIA 90.3 MHZ EN LA QUE OPERA LA ESTACIÓN DE RADIODIFUSION ABIERTA DENOMINADA "UNION FM", MATRIZ DE LA CIUDAD DE ESMERALDAS", iniciado el 22 de junio del 2016, al cual dimos contestación el 15 de julio de 2016 con número de ingreso ARCOTEL-DGDA-2016-012272-E, como alcance al mismo adjunto sírvase encontrar la prueba de lo afirmado en nuestro escrito, en los siguientes acápite.

1

Certificado (original) de CENEL Nro. CNEL-ESM-ADM-2016-0346-0, mediante el cual el Ing. Jesús Benjamín Lemas Pacheco, certifica que debido a las fuertes lluvias se

afectó los sistemas de (radio y Tv) que mi caso ocasionó problemas en el sistema de transmisión.

II

Certificados médicos (originales) del Dr. Carlos Cañizarez C, de 5 de Diciembre de 2015 y 4 de febrero de 2016, con licencia profesional M.S.P. L.9F.87 No 260, quien es mi médico tratante, con las que demuestro mi estado agravado de salud que vengo soportando desde hace algún tiempo atrás, y que me ha impedido que personalmente y con la eficiencia y urgencia necesaria solventar los problemas de la radio, debido a situación económica que ha producido mi enfermedad.

III.

Certificado de Informe de Planta Externa de radio UNION 90.3 Mhz (original) elaborado por el Electrónica Ecuador, mediante el cual se comprueba los daños ocasionados en el sistema de transmisión de la radio que me impidieron operar con regularidad.

Por cuanto mi enfermedad y los daños que ha ocasionado la naturaleza le solicito considere la nulidad del Acto administrativo iniciado y, en consecuencia se proceda con el archivo del proceso sancionador”.

3.2. PRUEBAS

La Constitución de la República ordena en su artículo 76 número 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: “h) **Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra**”.

En orden a lo expuesto, las pruebas aportadas y consideradas dentro del presente procedimiento administrativo sancionador son:

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, como pruebas de cargo de la Administración, se enumeran las siguientes:

1.- Con Memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0576-M, de 18 de mayo de 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, pone en conocimiento el Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0406 de 2 de mayo de 2016, que se refiere a la operación de la frecuencia 90.3 MHz, en la que transmite su señal la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada UNION FM, para la ciudad de Esmeraldas provincia de Esmeraldas.

2.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL NO.CZ2-2016-0045 de 22 de junio de 2016.

3.- La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

1. Contestación a las pruebas de cargo, a través del documento, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-012272-E, de 15 de julio de 2016;

2. Con fecha 17 de agosto, mediante documento ingresado con el número ARCOTEL-DEDA-2016-001205-E, el procedimentado, argumenta sobre los cargos imputados, adjuntando como documentos de descargo, originales de: Oficio Nro. CNEL-ESM-ADM-2016-0436-O, de 29 de julio de 2016; dos certificados médicos extendidos por el doctor Carlos Cañizares con matrícula M.S.P. L-9.F. 87 N^a 260, sobre el estado de salud del señor Delgado Clavijo Raúl Humberto; y, un "Informe planta externa. Radio Unión, 90.3 MHz Esmeraldas – Ecuador.

3.3. MOTIVACIÓN

Como consecuencia de las contestaciones a los fundamentos de hecho y derecho, establecidos en el procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL No.CZ2-2016-0045 de 22 de junio de 2016, por parte de DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO concesionario de la frecuencia 90.3 MHz, en la que opera la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", y las demás constancias existentes en el proceso, es necesario que se considere lo siguiente:

- a.- La comparecencia al procedimiento por parte de DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", se encuentra debidamente aceptada y legitimada.
- b.- No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.
- c.- Es necesario, previo a tomar la resolución que corresponda, considerar las siguientes disposiciones constitucionales:

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

"Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones"

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

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

d.- Como derivación de lo anterior, corresponde analizar las pruebas que obran de autos, que constan en el Informe Técnico Nro. IT-CZ2-C-2016-0406 de 2 de mayo de 2016, preparado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, que luego de recopilar la información sobre el monitoreo de las estaciones de radiodifusión FM, en la ciudad de Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, durante los meses de febrero y marzo de 2016, concluye: **"La estación de radiodifusión FM denominada "UNIÓN FM" (90.3 MHz), concesionario "DELGADO CLAVIJO RAÚL HUMBERTO", matriz de la ciudad de Esmeraldas no se encontró en operación desde el 08 hasta el 24 de febrero de 2016; y desde, el 03 hasta el 31 de marzo de 2016. La estación no notificó a la ARCOTEL la suspensión de emisiones, ni solicitó autorización para suspender la operación. (lo resaltado me corresponde); estos hechos, han sido aceptados expresamente por DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario de la frecuencia 90.3 MHz, en la que opera la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", lo cual sumado al aval de presunción de responsabilidad y legitimidad de la que gozan los actos administrativos, y con la prueba aportada en el ámbito técnico que incluye la gráfica del espectro, se demuestra fáctica y técnicamente la comisión del hecho imputado, ya que el expedientado no lo ha desvirtuado ni justificado; esta obligación inobservada se encuentra prescrita en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su: Art. 24.- "Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones. Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes... 2. "Prestar el servicio de forma obligatoria, **general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable**, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes"; lo cual, se subsume en la infracción tipificada en el mismo cuerpo legal: Art. 118.- Infracciones de segunda clase, b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:... 17.- *"La suspensión de las transmisiones de los servicios de radiodifusión por más de ocho días, sin la obtención previa de la autorización correspondiente".***

e.- Con fecha 17 de agosto de 2016, DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario de la frecuencia 90.3 MHz, en la que opera la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", documenta su enunciada tesis de "caso fortuito o fuerza mayor", respecto de las interrupciones de 8 hasta el 24 de febrero de 2016 y del 3 hasta el 31 de marzo de 2016; con relación a estas, obra el Oficio No. CNEL-ESM-ADM-2016-0436-O, de 29 de julio de 2016, que certifica un corte de servicio de energía eléctrica en el sector donde se encuentra el transmisor de la frecuencia 90.3MHz, desde las 05H00, del día 8 de febrero de 2016 hasta las 13H00 del día 9 de febrero de 2016, lo cual justificaría un día de interrupción; por otra parte obra un informe proforma, elaborado por la empresa Electrónica Ecuador, que

como no fue enunciado ni presentado, dentro del términos de pruebas, no ha podido ser analizado en el ámbito técnico; finalmente, los certificados médicos adjuntados se refieren en el primer caso a un desafortunado evento que iniciando el 5 de diciembre de 2015, motiva un reposo medico de dos meses (hasta el 5 de febrero de 2016), documento que no tiene relación con las fechas de interrupción, materia del procedimiento administrativo; existe un segundo certificado médico, que basado en el cuadro patológico que refiere; recomienda, reposo obligatorio por tres meses (período comprendido entre el 4 de febrero y 4 de mayo de 2016);

Respecto del caso fortuito o la fuerza mayor, existe jurisprudencia como la dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en el expediente 242, publicado en el Registro Oficial, No. 28, de 24 de Febrero de 2003, que sostiene: *"Se llama fuerza mayor o caso fortuito; dice el artículo 30 del Código Civil, "el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.". En la terminología del Derecho Romano, 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 fuerza 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 deudor; de ahí de que nuestros códigos utilizan estas expresiones como sinónimos. De la definición del artículo 30 del Código Civil se extraen los dos elementos constitutivos del hecho que configura la fuerza mayor o caso fortuito. El primer elemento se refiere a un hecho imprevisible, esto es, alude a la idoneidad del deudor para anticipar el suceso dañoso que impide el cumplimiento de la obligación contractual. El evento tendrá tal carácter cuando la posibilidad de su accionante supera la aptitud moral de previsión que se debe exigir al deudor, que en el caso de la responsabilidad civil contractual es la del hombre común. (...) El segundo elemento constitutivo de la fuerza mayor o caso fortuito es que el hecho debe ser irresistible. Se trata de un hecho inevitable, o sea la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción del acontecimiento dañoso. En este elemento juega también un sentido preponderante las condiciones de idoneidad del deudor, para juzgar sus cualidades y posibilidades reales de impedir los hechos lesivos. El inciso segundo del artículo 221 del Código de Comercio define la fuerza mayor como "los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva". Esta Sala reitera lo dicho en el fallo 161 - 2001, publicado en el R.O. No. 353 del 22 de junio de 2001, en el siguiente sentido: "La definición de la fuerza mayor que se halla en el 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; **esta 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 y entendidos"; al respecto, y en lo que tiene relación, al procedimiento administrativo sancionador que nos ocupa, si bien técnicamente, no existen motivos que permitan desvirtuar el cometimiento de la infracción o eximir su sanción; el segundo certificado médico, establece una patología que involucra situaciones imprevistas e irresistibles, como Insuficiencia Renal y Preinfarto, que podría subsumirse en Caso Fortuito, que no habría permitido que el concesionario de la frecuencia 90.3 MHz, en la que opera*

la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM" para la ciudad de Esmeraldas, señor DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, pueda atender con la responsabilidad necesaria la operación de la estación de radiodifusión UNION FM; y por tanto, solicitar y obtener de la ARCOTEL, la autorización necesaria para suspender las emisiones en la frecuencia 90.3 MHz, autorizada para la ciudad de Esmeraldas,

Por las razones anotadas; aplicando derechos y principios constitucionales sobre la salud y el trabajo; y, existiendo la duda razonable, de que si el estado de salud del señor DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario de la frecuencia 90.3 MHz, en la que emite su programación la estación de radiodifusión UNION FM, no le permitió cumplir a cabalidad con sus obligaciones como concesionario; se debe aceptar como eximente, el argumento de CASO FORTUITO, expresado en su alegato de 17 de agosto de 2016; el mismo que se encuentra respaldado en certificados médicos originales, que justifican las razones, por las que no pudo solicitar y obtener la autorización de la ARCOTEL, para suspender las emisiones de la estación de radiodifusión UNION FM, que opera en la frecuencia 90.3 MHz, autorizada para la ciudad de Esmeraldas, cuyo concesionario es el señor DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, desde el 08 hasta el 24 de febrero de 2016; y desde, el 03 hasta el 31 de marzo de 2016, hecho infractor contenido en el Acto de Apertura del procedimiento administrativo sancionador, ARCOTEL No.- CZ2-2016-0045.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0006 de 6 de septiembre de 2016, emitido por el área respectiva de la Coordinación Zonal 2, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 2.- DECLARAR que, con respecto al fundamento de hecho imputado en el Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ2-2016-0045, de 22 de junio de 2016, en contra de DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO concesionario la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", con RUC No 0800238024001, que opera en la frecuencia 90.3 MHz (Repetidora), con área servida la ciudad de Esmeraldas, es decir la suspensión de emisiones del 08 hasta el 24 de febrero de 2016; y desde, el 03 hasta el 31 de marzo de 2016, sin autorización por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se debieron a un evento calificado como CASO FORTUITO; por lo que esta autoridad se abstiene de emitir sanción alguna.

Artículo 3.- DISPONER que el Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ2-2016-0045, de 22 de junio de 2016, en contra de DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", con RUC No 0800238024001, que opera en la frecuencia 90.3 MHz (Repetidora), con área servida la ciudad de Esmeraldas, sea archivado.

Artículo 4.- DISPONER a DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO, concesionario la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", con RUC No 0800238024001, que opera en la frecuencia 90.3 MHz

(Repetidora), con área servida la ciudad de Esmeraldas, cumpla con las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y las disposiciones emitidas por la autoridad competente y opere conforme lo determina su título habilitante.

Artículo 5.- NOTIFICAR con la presente Resolución a DELGADO CLAVIJO RAUL HUMBERTO concesionario la Estación de Radiodifusión Abierta, denominada "UNION FM", con RUC No 0800238024001, que opera en la frecuencia 90.3 MHz (Repetidora), con área servida la ciudad de Esmeraldas, en las oficinas de la referida estación, ubicadas en la calle Gustavo Becerra, entre 9 de Octubre y Piedrahita, de la ciudad de Esmeraldas, provincia de Esmeraldas.

Cúmplase

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 7 días del mes de septiembre de 2016.



Ing. Roberto Moreano Viteri
COORDINADOR ZONAL 2
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)