

## RESOLUCIÓN 460-15-CONATEL-2010

### CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

#### CONATEL

#### CONSIDERANDO:

**QUE**, El Art. 226 de la Constitución de la República establece "*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. 76 de la misma norma establece que "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...*";

**QUE**, Los Arts. 13 y 14 del Decreto Ejecutivo No. 008, publicado en Registro Oficial número 10 de 24 de Agosto de 2009, disponen: "**Art. 13.-** *Fusiónese el Consejo Nacional de Radio y Televisión -CONARTEL- al Consejo Nacional de Telecomunicaciones-CONATEL.*" "**Art. 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.*";

**QUE**, El Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en Resolución número 246-11-CONATEL-2009, publicada en Registro Oficial número 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 probación del CONATEL la resolución correspondiente;

**QUE**, La letra f) del Art. 20 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, dispone "*En el contrato de concesión se harán constar, obligatoriamente, los siguientes requisitos: (...) f) Cantidad que pagará mensualmente por la utilización de la frecuencia,*"

**QUE**, El Art. 36 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, establece: "*Las estaciones comerciales de televisión y radiodifusión están obligadas sin excepción al pago de las tarifas por concesión y utilización de frecuencias, aún cuando estuviere suspenso su funcionamiento.*"

**QUE**, El Art. 67, literal i) y el inciso segundo, de la Ley de Radiodifusión y Televisión reza que "*La concesión de canal o frecuencia para la instalación y funcionamiento de una estación de radiodifusión y televisión, termina: (...) i) Por mora en el pago de seis o más pensiones consecutivas de arrendamiento de la frecuencia concedida. (...) Para que proceda la terminación de la concesión, el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, notificará al concesionario para que, en el término de treinta días, ejerza su defensa y presente las pruebas que la Ley le faculta. Con estos antecedentes, este organismo emitirá su resolución en el término de quince días, la que le será notificada al concesionario en el término de tres días. El concesionario tendrá derecho, en el término de ocho días, a solicitar que el Consejo revea su decisión, el cual podrá ratificarla, revocarla o modificarla, en el término de quince días. Si esta segunda resolución le es también desfavorable, el concesionario podrá recurrir ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, conforme a la Constitución Política de la República y la Ley. La omisión del Consejo en pronunciarse en dicho término dará derecho al concesionario para interponer este recurso "*

**QUE**, Mediante contrato de concesión suscrito con fecha 29 de Diciembre de 2004, se otorgó a favor de la Compañía MOFL S.A., la concesión de la frecuencia 101.9 MHz, a fin que instale



y opere una estación de radiodifusión denominada "AMIGA. y preste servicios a la ciudad de Machala, Provincia de El Oro.

**QUE,** El Consejo Nacional de Telecomunicaciones mediante Resolución número 250-11-CONATEL-2010, de 25 de Junio de 2010, decidió disponer el inicio del proceso de terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión de la frecuencia 101.9 MHz. en la que opera la radiodifusora "AMIGA", por haber incurrido en la causal de terminación de contrato establecida en la letra i) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

La mencionada Resolución fue notificada a la concesionaria el día 02 de Julio de 2010.

**QUE,** El señor Diego Robert Sanchez Gutiérrez, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía MOFL S.A., presenta su escrito de defensa y presenta pruebas de descargo con fecha 19 de Julio de 2010.

En su escrito el administrado indica que interpone "recurso administrativo", cuando lo exacto es que se trata del ejercicio de la defensa en la forma establecida en el penúltimo inciso del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, sin perjuicio de lo cual el Consejo Nacional de Telecomunicaciones debe atender dicho documento y resolver en Derecho, a fin que no se sacrifique la justicia por la sola omisión de formalidades.

**QUE,** En el mencionado escrito de defensa, el concesionario argumenta en su favor que:

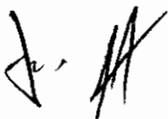
- a) La Compañía MOFL S.A. jamás ha estado en mora desde de la fecha de concesión de la frecuencia;
- b) La mora en que ha incurrido en este caso y que dio lugar a la Resolución que impugna se debió a un caso de fuerza mayor y/o caso fortuito ocasionado por abuso de confianza de la empleada de la radiodifusora señora Viviana del Carmen Jaime Ramírez, que en forma expresa reconoce ha dispuesto en su beneficio personal de los dineros de la Compañía que estaban destinados al pago de terceros, incluidos aquellos que debían servir para el pago de las pensiones de arrendamiento de la frecuencia.

A fin de justificar tal afirmación, el concesionario apareja:

- I. La renuncia voluntaria e irrevocable presentada el 30 de Junio de 2010 por la señora Viviana del Carmen Jaime Ramírez en la que consta que la prenombrada dice: *"no he cumplido 100% de las labores encomendadas y por haber abusado de la confianza que me brindaron, al haber utilizado el dinero de la empresa destinado a terceros en cosas personales"*;
- II. Copia certificada de la denuncia presentada ante el Fiscal de la Provincia de El Oro, contra la señora Viviana del Carmen Jaime Ramírez, por abuso de confianza por cuanto la prenombrada habría empleado los dineros destinados al pago del arrendamiento de la frecuencia en asuntos personales;
- III Copias notariadas de las facturas pagadas el día 05 de Julio de 2010; y,
- IV Copias notariadas de los certificados de depósito efectuados por la Compañía MOFL S.A., en la cuenta corriente del Banco del Pacifico de titularidad de la SENATEL,

En apoyo de estos argumentos el concesionario invoca la norma del Art. 30 del Código Civil, que legisla sobre fuerza mayor o caso fortuito, y añade que si bien el literal i) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión contempla la posibilidad de reversión de frecuencias por falta de pago, ha probado la existencia de fuerza mayor en virtud del abuso de confianza supuestamente cometido por la señora Viviana del Carmen Jaime Ramirez.

- c) Los derechos personales de la Compañía MOFL S.A. se verían afectados con la reversión de la frecuencia al Estado, en particular el derecho a la creación de medios de comunicación establecido en el número 3 del Art. 16 de la Constitución de la República,



- d) La revocatoria de la concesión violaría además el contenido del número 3 del Art. 76 de la Constitución de la República, toda vez que a la Compañía MOFL S.A. se la juzgaría y sancionaría por una infracción tipificada en un Reglamento cuando dicha norma constitucional exige nadie será penado por una conducta que no se halle tipificada en la Ley, y,
- e) Solicita que se tenga en cuenta que el CONARTEL se vio en la necesidad de expedir sucesivas resoluciones concediendo plazos adicionales para el pago de esta clase de obligaciones, sin que se haya llegado a la conclusión final de la pérdida de las frecuencias por este motivo, por lo cual requiere se de el mismo trato a la Compañía MOFL S.A.

**QUE,** Del análisis del expediente determinado Ut-Supra, se colige que se ha dado a este procedimiento administrativo el trámite determinado en el Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, por lo que no hay violación de procedimiento u otro vicio que los nulite.

El escrito que contiene la defensa formulada por el señor Robert Sánchez Gutiérrez, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía MOFL S.A., y al que se hallan anexas las pruebas que solicita se tengan en su favor ha sido presentado dentro del término de treinta días, establecido en el Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

**QUE,** En razón que la persona jurídica concesionaria por intermedio de su representante legal formula una serie diversa de defensas, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se halla en el deber jurídico de analizar cada una de ellas y de analizar las pruebas producidas con el fin de determinar la procedencia o improcedencia de sus argumentos.

En lo que a la prueba se refiere, dado que la Ley de Radiodifusión y Televisión no contiene normativa alguna que las regule ni establezca métodos de valoración de las mismas hemos de estar a lo establecido en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil

En particular se tendrá en cuenta que Código de Procedimiento Civil, en su Art. 115 establece que la prueba deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la **sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La Corte Suprema de Justicia –hoy Corte Nacional de Justicia – ha dicho que las *“reglas de la sana crítica son reglas de lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, otras ciencias y la técnica, que son las que dan al juez conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso.”* (Fallo de Casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1244.)

En tal virtud, corresponde analizar uno a uno los alegatos de defensa de la concesionaria.

**QUE,** En primer lugar el señor Representante Legal de la Compañía MOFL S.A. indica que mencionada persona jurídica jamás ha estado en mora desde de la fecha de concesión de la frecuencia.

Al respecto se anota que la Resolución número 250-11-CONATEL-2010, de 25 de Junio de 2010 es el resultado de un procedimiento particular que determina la existencia de mora no justificada por un lapso mayor a seis meses. Es decir, se trata de un expediente que atañe a la conducta actual de la concesionaria y en el cual no están sujetas a debate sus anteriores muestras de cumplimiento o incumplimiento. De manera que el hecho que en el pasado haya cumplido no implica un atenuante a su favor así como el hecho que haya incumplido tampoco constituye agravante.

Lo sometido a análisis en este procedimiento es que la concesionaria incurrió en una mora de quince meses consecutivos, conforme aparece en el cuadro que sigue:

## HISTORICO DE FACTURAS

0799116										
EMPRESA MOFLS.A.										
Nº. Único	Fecha Emis.	Fecha Venc.	Estado	Fecha Pago	Valor S. v	Retiq	IVA	Interes	Total a Pagar	
266780	10/03/2009	25/03/2009	CancFisica_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	20.1	135.35	
266787	23/04/2009	07/05/2009	CancFisica_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	17.73	132.98	
266798	08/05/2009	23/05/2009	CancFisica_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	17.73	132.98	
266799	05/06/2009	20/06/2009	CancFisica_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	16.55	131.8	
266800	06/07/2009	21/07/2009	CancFisica_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	15.36	130.61	
266801	06/08/2009	21/08/2009	CancFisica_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	14.17	129.4	
266802	08/09/2009	23/09/2009	CancFisica_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	12.98	128.2	
268375	08/10/2009	23/10/2009	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	11.79	127.04	
271752	05/11/2009	20/11/2009	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	10.6	125.8	
275489	05/12/2009	20/12/2009	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	9.41	124.6	
278874	05/01/2010	20/01/2010	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	8.22	123.5	
281187	05/02/2010	20/02/2010	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	7.03	122.4	
283414	05/03/2010	20/03/2010	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	5.84	121.3	
283823	05/04/2010	20/04/2010	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	4.65	120.2	
284231	05/05/2010	20/05/2010	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	3.46	119.1	
284639	05/06/2010	20/06/2010	Cancelado_RT	05/07/2010	102.9	0	12.35	2.27	118.0	
285047	05/07/2010	20/07/2010	Pendiente_RT	05/07/2010	102.9	0	0	0	0	

De donde se deriva que la concesionaria se hallaba en mora de quince meses de cumplir con sus obligaciones económicas para con el Estado, desde el 25 de Marzo de 2009 hasta el 20 de Mayo de 2010, las mismas que fueron cubiertas entre los días 05 y 06 de Julio de 2010, tres y cuatro días después de haber sido notificado con la Resolución número 250-11-CONATEL-2010, de 25 de Junio de 2010.

Según el Art. 36 de la Ley de Radiodifusión y Televisión las estaciones comerciales de televisión y radiodifusión están obligadas sin excepción al pago de las tarifas por concesión y utilización de frecuencias, aún cuando estuviere suspenso su funcionamiento, lo que a contrario significa que, en aplicación de la norma del Art. 23 de la misma Ley, la falta de pago se considera como incumplimiento del contrato, el cual es causal de terminación anticipada y unilateral del mismo por parte de la Administración, según la regla del literal i) del Art. 67 de la Ley.

Aceptar que los concesionarios, por el hecho de haber pagado sus obligaciones tras recibir la notificación de inicio del proceso de terminación de contrato, sean exonerados de responsabilidad y por consiguiente se archive el expediente, dejaría en letra muerta la norma de los Arts. 23, 36 y letra i) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, cosa inaceptable considerando el precepto contenido en el Art. 226 de la Constitución de la República que determina 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.

Es decir, que las reglas de la Ley de Radiodifusión y Televisión son de carácter obligatorio para la Administración y para el concesionario y de ninguna manera pueden pasar por hechos discrecionales, cuyo cumplimiento se verifique a voluntad de las partes o bajo requerimiento.

Por lo dicho el primer argumento de defensa de la compañía concesionaria debe ser descartado.

**QUE,** En lo que dice relación a lo indicado por el concesionario en el sentido que la mora en que ha incurrido en este caso y que dio lugar a la Resolución que impugna se debió a un caso de fuerza mayor y/o caso fortuito ocasionado por abuso de confianza de la empleada de la radiodifusora señora Viviana del Carmen Jaime Ramírez, que en forma expresa reconoce ha dispuesto en su beneficio personal de los dineros de la Compañía que estaban destinados al pago de terceros, incluidos aquellos que debían servir para el pago de las pensiones de arrendamiento de la frecuencia, se debe apuntar las reflexiones siguientes:

- 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.

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: "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 el Gerente General de la Compañía MOFL S.A., quien ejerce **habitualmente** su profesión vinculada con la administración de una persona jurídica vinculada a la radiodifusión, **podía prever e impedir a través de la prudencia y de sus medios propios** que una de sus empleadas ejecute actos que lesionen los intereses de su representada.

- b) En efecto, según el Art. 125 de la Ley de Compañías los administradores o gerentes, estarán obligados a **proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente**, siendo que parte de esa prudencia radica en mantener un control efectivo respecto de los hechos de sus empleados y trabajadores, pues han de tener presente que respecto de terceros, esto es, de personas naturales o jurídicas –el Estado por ejemplo-, que no tienen relación con los actos de la compañía los actos de los empleados son de responsabilidad de su patrono.

Así tenemos que la Ley de Radiodifusión y Televisión declara que el responsable del cumplimiento del contrato, frente a la propia norma como ante el órgano estatal de control **es el concesionario**, no sus empleadas.

De manera que al concesionario no le es lícito escudarse tras las supuestas acciones de una de sus empleadas, ya que las mismas, en lo que a terceros se refiere, son de su responsabilidad; así lo declara el Art. 2220 del Código Civil: "**Art. 2220.- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieron a su cuidado.** (...) Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; **y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.** (...)".

Los hechos de una persona, que se hallan en relación de dependencia, en el desempeño de su trabajo son de responsabilidad de quien la contrata o ejerce sobre ella autoridad de empleador o patrono.

Se considera además que, según lo manifiesta el señor Diego Robert Sanchez Gutiérrez en su escrito de defensa, "...el dinero para cubrir dichos valores estuvo previsto y entregado a nuestra empleada Viviana del Carmen Jaime Ramírez,...", lo que denota que el Gerente General de la compañía habría realizado una delegación de funciones, un mandato a favor de una de sus empleadas para que realice ciertos actos, como el pago de las rentas de uso de frecuencia. No precisó para ello de un documento escrito ya que según la norma del Art. 2027 del Código Civil, el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.

En la especie el señor Diego Robert Sanchez Gutiérrez no determina la manera en que tal delegación de funciones se llevó a cabo, pero en todo caso admite que existía. En tal virtud

se ha de observar lo determinado en el Art. 47 de la Ley de Compañías, el cual establece que *“El administrador que diere poderes para determinados negocios sociales será personalmente responsable de la gestión que se hiciera.”*, lo cual implica que si bien de manera personal la señora Viviana del Carmen Jaime Ramírez presuntamente habría cometido un ilícito, frente a terceros la responsabilidad civil y administrativa por el mismo recae en el Gerente de la Compañía.

- c) Por otro lado, desde el punto de vista de la Compañía MOFL S.A., los pagos que hace por concepto de pago del arrendamiento por el uso de la frecuencia constituyen egresos, los mismos que deben ser consignados en su contabilidad –de conformidad con el Art. 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno, están obligadas a llevar contabilidad y declarar el impuesto en base a los resultados que arroje la misma **todas** las sociedades-, por lo que se toma en cuenta la norma del inciso final del Art. 45 de la Ley de Compañías: *“Art.- 45.- (...) **Los administradores llevarán la contabilidad y las actas de la compañía en la forma establecida por la Ley y tendrán su representación judicial y extrajudicial.”***

El Art. 124 de la misma Ley es aún más concreto: *“Art. 124.- **Los administradores o gerentes** estarán obligados a presentar el balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la propuesta de distribución de beneficios, en el plazo de sesenta días a contarse de la terminación del respectiva ejercicio económico, **deberán también cuidar de que se lleve debidamente la contabilidad** y correspondencia de la compañía y cumplir y hacer cumplir la Ley, el contrato social y las resoluciones de la junta general.”*

El Gerente General en su calidad de administrador de la Compañía es responsable de la contabilidad y si tenemos en cuenta que por exigencias de la Ley de Régimen Tributario Interno esa contabilidad debe asentarse de manera **mensual**, dado que los pagos de impuesto al valor agregado (IVA), por ejemplo, se realizan cada mes –Art. 67-, se verifica que existió una grave negligencia del Gerente que en quince meses no se percató de las supuestas irregularidades en que incurrió su contadora.

Por tanto, en razón de los razonamientos esbozados en los tres literales precedentes, la posibilidad de existencia de fuerza mayor o caso fortuito queda excluida, pues se observa que, de ser ciertas las afirmaciones contenidas en el escrito de defensa formulado por el concesionario en el sentido que se produjo un abuso de confianza de parte de una de sus empleadas, ello es de responsabilidad de la Compañía en lo que a terceros se refiere y pasó por la negligencia del administrador que no habría llevado a cabo sus funciones con la prudencia profesional que exigen el Art. 125 de la Ley de Compañías y el Art. 221 del Código de Comercio, arriba citados.

**QUE**, En cuanto a las pruebas que aporta el concesionario para justificar la fuerza mayor alegada, se debe indicar lo siguiente:

- a) La renuncia voluntaria de la señora Viviana del Carmen Jaime Ramírez, en la cual declara haber abusado de la confianza de su empleador no puede ser tenida como prueba ya que se trata de una carta, por consiguiente, y de conformidad con el número 1 del Art. 193 del Código de Procedimiento Civil, no es sino un mero *instrumento privado* –el hecho que haya una razón de un Notario Público que indica que la copia es igual al original que fue exhibido a dicho funcionario no eleva el documento a la calidad de instrumento público-, el cual, según lo establece el Art. 194 del Código de Procedimiento Civil, para hacer tanta fe como un instrumento público, siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público, debe hallarse inmerso en alguno de los siguientes casos:

- Si el que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil, notario público o en escritura pública;
- Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial;
- Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo, o estando ausente de la República, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el

documento a su autor, o a otra persona por orden de éste; a no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos; y,

- Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.

En la especie, el documento no se halla comprendido en ninguno de los casos citados, por lo que el Consejo Nacional de Telecomunicaciones no puede darle valor alguno.

Además, se tiene en cuenta que dicha renuncia está contenida en una carta originada en un tercero, que no tiene relación con el contrato de concesión habido entre el Estado y la Compañía MOFL S.A., razón por la cual se le ha de dar el tratamiento determinado en el Art. 199 del Código de Procedimiento Civil, que reza: "*Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba.*".

Es decir, que si bien la suscriptora de esa carta de renuncia fue –según versión del Representante Legal de la concesionaria– empleada de la Compañía MOFL S.A., es extraña al contrato de concesión y por ende cualesquier documento producido por ella no tiene la calidad de prueba que exonere a la citada concesionaria del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, es, en suma, una *penitus extranei*, persona que tiene la calidad de tercero absoluto frente al contrato de concesión.

Por consiguiente este documento se desestima en todas sus partes.

- b) La copia certificada de la denuncia tampoco puede ser considerada como una prueba de los asertos del concesionario, en vista de lo señalado en el número 3 del Art. 167 del Código de Procedimiento Civil: "*Art. 167.- Para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben, es necesario: 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar.*"

La denuncia es simplemente el acto por medio del cual se pone en conocimiento de la fiscalía la existencia de un presunto delito. Para que dicha denuncia justifique que *en realidad* se dio un ilícito es preciso se hayan agotado todas las instancias y recursos en torno a ella, esto es, *debe acreditarse se dictó, por parte de juez competente, una sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada*, que declare la existencia del acto delictivo y señale la identidad del responsable.

Ello porque todas las personas están amparadas por la norma que aparece en el número 2 del Art. 76 de la Constitución de la República: "*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: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona. y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*"

Si la Administración tomase la copia notariada de la denuncia formulada por el señor Diego Robert Sánchez Gutiérrez en contra de la señora Viviana del Carmen Jaime Ramírez como base objetiva de un hecho real, estaría soslayando el principio de inocencia que protege a la segunda de los prenombrados, cosa que no le es lícita, ya que el juzgamiento y determinación de las infracciones de orden penal, competen únicamente a los jueces que pronuncian justicia en dicha materia.

Por lo tanto este documento se no considera como prueba válida.

- c) Las copias notariadas de las facturas pagadas el día 05 de Julio y los certificados de los depósitos realizados en la cuenta de SENATEL, no constituyen prueba sino de que el concesionario pagó sus obligaciones después de haber sido notificado con la Resolución número 250-11-CONATEL-2010, de 25 de Junio de 2010.

Por tanto, al momento de la notificación la mora existía y en consecuencia la causal de la letra i) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión impone a la Administración la obligación de ejercer el proceso de terminación anticipada y unilateral del contrato.

Por lo expuesto, las pruebas formuladas por el señor Diego Robert Sanchez Gutiérrez no pueden ser tomadas en cuenta.

**QUE**, En cuanto tiene que ver con el alegato formulado por el concesionario en el sentido que los derechos personales de la Compañía MOFL S.A. se verían afectados con la reversión de la frecuencia al Estado, en particular el derecho a la creación de medios de comunicación establecido en el número 3 del Art. 16 de la Constitución de la República, se tiene que los derechos de las personas establecidos en la Constitución no son ejercidos por cada quien de una manera abstracta y general; por el contrario, el ejercicio legítimo de un derecho exige a contraparte el cumplimiento de una obligación directamente proporcional a tal derecho.

Esto es, que si bien el Estado reconoce a las personas el derecho acceder al espectro radioeléctrico también impone ciertas obligaciones en relación al mismo, cuya inobservancia acarrea la pérdida del derecho.

Así, el número 3 del Art. 16 de la Constitución de la República determina que las personas tienen derecho a establecer medios de comunicación y como contraparte la misma Carta Fundamental, en su Art. 83, numeral 1 determina que es deber de los ecuatorianos **acatar y cumplir** la Constitución, **la ley** y las decisiones legítimas de autoridad competente, siendo que la Ley de Radiodifusión y Televisión en su Art. 36 establece que *“Las estaciones comerciales de televisión y radiodifusión **están obligadas sin excepción** al pago de las tarifas por concesión y utilización de frecuencias, aún cuando estuviere suspenso su funcionamiento.”*

El concesionario inobservó esta obligación, que a su vez constituye un derecho del Estado, por lo tanto no se halla en posición de reclamar se le siga concediendo un derecho si el fue el primero en incumplir las obligaciones que le son inmanentes al mismo.

**QUE**, En lo que dice relación a lo alegado en el sentido que la revocatoria de la concesión violaría además el contenido del número 3 del Art. 76 de la Constitución de la República, toda vez que a la Compañía MOFL S.A. se la juzgaría y sancionaría por una infracción tipificada en un Reglamento cuando dicha norma constitucional exige nadie será penado por una conducta que no se halle tipificada en la Ley, se tiene que ello es por completo erróneo.

Se ha dicho ya que la obligación de pagar tarifas por las concesiones de radio y televisión dimana de la Constitución y de la Ley. En este sentido anteriormente se citó el Art. 36 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, siendo que la letra i) del Art. 67 del mismo Cuerpo Legal sanciona con la pérdida de la concesión la inobservancia de tal deber. Por tanto no se ha violado norma alguna de la Constitución de la República en este proceso.

**QUE**, Por último, en lo referente a la petición formulada por el concesionario a fin que se tenga en cuenta que el CONARTEL se vio en la necesidad de expedir sucesivas resoluciones concediendo plazos adicionales para el pago de esta clase de obligaciones, sin que se haya llegado a la conclusión final de la pérdida de las frecuencias por este motivo, por lo cual requiere se de el mismo trato para la Compañía MOFL S.A. se debe explicar que tal prórroga es únicamente aplicable cuando se hallen presentes, de manera simultánea, los siguientes requisitos:

- a) Que exista causa de fuerza mayor debidamente probada y documentada. lo cual como quedó de manifiesto en el texto precedente, no sucede en este caso; y,
- b) Que el concesionario haya formulado su pedido de ampliación de plazo para cumplir con sus obligaciones con anterioridad al vencimiento del plazo o término establecido para el cumplimiento, cosa que no es lo que acontece, dado que el concesionario fue notificado con la Resolución número 250-11-CONATEL-2010, de 25 de Junio de 2010, el día 02 de Julio de 2010, sin que con anterioridad a esa fecha aparezca haya solicitado prórrogas de ninguna especie, hallándose por tanto en mora de cumplir con sus obligaciones.



Razón por la cual se debe proceder conforme lo establecido en el literal i) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

**QUE,** Por lo expuesto se verifica que el concesionario no ha justificado las razones de su incumplimiento de manera legal ni aportó pruebas que lo respalden, de dónde se deriva que el proceso de terminación unilateral y anticipada del contrato es procedente y debe seguir su curso

**QUE,** La Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, en Memorando número DGJ-2010-1531, recomendó se *"debería rechazar los medios de defensa formulados por el señor Diego Robert Sánchez Gutiérrez, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía MOFL S.A., concesionaria de la frecuencia 101.9 MHz, en que funciona la Radiodifusora denominada "AMIGA", que sirve a la ciudad de Machala, contra la Resolución No. 250-11-CONATEL-2010, de 25 de Junio de 2010 y por ende ratificar en todas sus partes la mencionada decisión y por consiguiente declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato de concesión suscrito con la referida persona jurídica con fecha 29 de Diciembre de 2004."*

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 los medios de defensa y pruebas formulados por el señor Diego Robert Sanchez Gutiérrez, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía MOFL S.A., concesionaria de la frecuencia 101.9 MHz, en la que opera la radiodifusora "AMIGA", y del Informe Jurídico constante en el Memorando número DGJ-2010-1531, emitido por la Dirección General Jurídica de la SENATEL 09 de Agosto de 2010

**ARTÍCULO DOS.** Desechar los medios de defensa formulados por el señor Diego Robert Sanchez Gutiérrez, y declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato de concesión suscrito con la Compañía MOFL S.A., con fecha 29 de Diciembre de 2004, por medio del cual se le otorgó la concesión de la frecuencia 101.9 MHz, a fin que instale y opere una estación de radiodifusión denominada "AMIGA, a fin que preste servicios a la ciudad de Machala, Provincia de El Oro, por haber incurrido en la causal de terminación de contrato establecida en la letra i) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión

En consecuencia, se declara revertida al Estado la mencionada frecuencia.

**ARTÍCULO TRES.** Se dispone que, la Dirección Administrativa Financiera de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, emita un informe respecto del cumplimiento de las obligaciones económicas de la Compañía MOFL S.A.

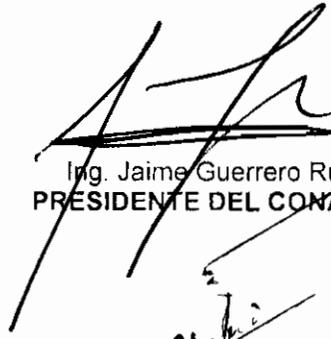
**ARTÍCULO CUATRO.** De conformidad con lo establecido en el número 2 del Art. 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se declara que esta Resolución pone fin al procedimiento administrativo; el ex concesionario podrá interponer recurso extraordinario de revisión ante este mismo Consejo en el término de ocho días, contados desde la fecha en que sea notificado con este acto administrativo, según lo determinado en el segundo inciso del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, para lo cual deberá someterse a las reglas del Art. 178 del antes citado Estatuto; ello sin perjuicio que pueda ejercer cualesquier otro recurso del cual se creyere amparado incluyendo las acciones contencioso administrativas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de su domicilio.



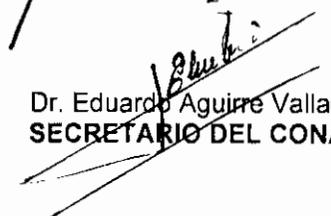
**ARTÍCULO CINCO.** Notifíquese con esta Resolución a la Compañía MOFL S.A., en el casillero judicial número **032** de la Oficina de Sorteos y Casilleros del Palacio de Justicia de Quito perteneciente a su abogado patrocinador, señor Doctor Byron Jaramillo Cisneros. Notifíquese también a la Superintendencia de Telecomunicaciones y a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

La presente resolución es de ejecución inmediata a partir de su notificación.

Dado en Guayaquil, 24 de agosto de 2010



Ing. Jaime Guerrero Ruiz  
**PRESIDENTE DEL CONATEL**



Dr. Eduardo Aguirre Valladares  
**SECRETARIO DEL CONATEL**