RESOLUCIÓN 452-15-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, El Art. 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, señala: *"**Art. 23**.- El plazo de instalación será de un año. De no efectuársela, la concesión revertirá al Estado, previa la resolución correspondiente."*

QUE, El inciso segundo del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, dice: *"La concesión de canal o frecuencia para la instalación y funcionamiento de una estación de radiodifusión y televisión, termina: (...)* ***d) Por incumplimiento en la instalación dentro del plazo, que de conformidad con el Reglamento, concediere el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones.*** *(...) 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 ralificarla, 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, El Art. 28 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión, establece: *"La Superintendencia de Telecomunicaciones concederá el plazo de hasta un año contado a partir de la fecha de suscripción del contrato de concesión, para la instalación, operación y transmisión de programación regular de una estación. La instalación deberá sujetarse a las condiciones establecidas en el contrato y demás regulaciones sobre la materia. En caso de incumplimiento la Superintendencia de Telecomunicaciones, previa resolución del CONARTEL,*

sin observar procedimiento alguno y mediante comunicación escrita dará por terminado el contrato y ejecutará la garantía."

QUE, El inciso segundo del Art. 29 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión reza: *"Art. 29.- (...) De no haberse dado cumplimiento a las caracteristicas técnicas estipuladas en el contrato, la Superintendencia de Telecomunicaciones concederá el plazo de hasta noventa días para que realice las respectivas correcciones. Caso contrario y una vez vencido el nuevo plazo concedido, el CONARTEL declarará el incumplimiento de las obligaciones contractuales mediante la terminación del contrato que constará en una comunicación escrita y ejecutará la garantía rendida, a través de la Superintendencia de Telecomunicaciones."*

QUE, El Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone: *"Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, **deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio;** serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado."*

QUE, Mediante contrato celebrado el 29 de Enero de 2004, se otorgó la concesión de la frecuencia 94.5 MHz para la instalación y operación de una repetidora de Radio Rumba, matriz de la ciudad de Quito, para servir a la ciudad de Esmeraldas, habiéndose otorgado el plazo de un año para dicho efecto, el mismo que feneció el 29 de Enero de 2005.

QUE, En Resolución número 3192-CONARTEL-05 de 10 de Febrero de 2005, el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, dispuso:

ART. 2.- IGUALMENTE A LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS QUE NO HAN INSTALADO Y OPERADO LAS ESTACIONES DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO Y DE SER EL CASO, CONCEDERLES UN PLAZO DE 90 DÍAS A PARTIR DE LA FECHA DE NOTIFICACIÓN, PARA QUE INICIEN LA OPERACIÓN.

Esta Resolución fue notificada al señor Sergio Moreno Célleri, Representante Legal de la Compañía RADIORUMBA S.A., mediante Oficio número P.UJ-CONARTEL.05-160, de 11 de Marzo de 2005, por el Presidente del ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión.

QUE, Mediante Oficio No. IRN.0577 de 07 de Marzo de 2005 la Intendencia Regional Norte de la Superintendencia de Telecomunicaciones informa que verificó que la repetidora de Radio RUMBA que debía servir a la ciudad de Esmeraldas ***no opera*** y que en la inspección realizada al Cerro Gatazo, lugar en que debía implementarse la mencionada repetidora, ***no existen ningún tipo de instalaciones destinadas a ella.***

QUE, Posteriormente, Mediante Oficio Número IRN-01763 de 19 de Julio de 2005, la Intendencia Regional Norte de la Superintendencia de Telecomunicaciones informa que de las inspecciones realizadas en las ciudades de Santo Domingo de los Colorados y **Esmeraldas**, los días 28 y **29 de Junio** del mismo año se verificó que las repetidoras de Radio RUMBA que debían servir a las citadas ciudades **no operan** y que en Cerro Lelia y en el **Cerro Gatazo no existe ningún tipo de instalaciones de dichas repetidoras.**

QUE, En razón de estos antecedentes, el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión dictó la Resolución 5144-CONARTEL-08 de 15 de Septiembre de 2008, en la cual decidió:

Art 2 DISPONER EL INICIO DEL PROCESO DE TERMINACION DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SUSCRITO EL 29 DE ENERO DE 2004 CON LA COMPAÑÍA RADIORUMBA S.A., PARA LA INSTALACIÓN Y OPERACION DE RADIO "RUMBA 94.5", FRECUENCIA 104.3 MHZ, REPETIDORA DE LA CIUDAD DE ESMERALDAS, PROVINCIA DE ESMERALDAS, POR NO HABER OPERADO DENTRO DEL PLAZO

DE UN AÑO CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL RESPECTIVO CONTRATO.

Esta Resolución fue oportunamente notificada a la persona jurídica concesionaria en la persona de su representante Legal, el día 27 de Noviembre de 2008.

QUE, La señora Marlene Rafaela Herrera Armas, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía RADIORUMBA S.A., con fecha 13 de Enero de 2009 presentó su defensa y pruebas que la sustentan conforme lo determinado en el Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión. En dicho documento, la concesionaria argumentó que:

a) Si bien el artículo 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión establece el plazo de un año para que los concesionarios instalen e inicien las operaciones de las estaciones, el Art. 29 de Reglamento General de la misma Ley, establece un plazo adicional de 90 días y que en virtud de las prorrogas concedidas mediante Resoluciones 3192-CONARTEL-05 de 10 de Febrero de 2005 y 3241-CONARTEL-05 de 22 de Julio de 2005, la repetidora de Radio Rumba, que serviría a la ciudad de Esmeraldas, debía iniciar sus operaciones en Octubre de 2005;

b) La Compañía RADIORUMBA S.A. mediante comunicación de 31 de Agosto de 2005 solicito una prórroga adicional, la cual fue contestada mediante Oficio número CONARTEL-O-05-712 de 28 de Octubre de 2005, en el cual se indicó que previo conceder la extensión de plazo mencionada se debía instalar totalmente los equipos y en funcionamiento;

c) La falta de instalación se debió a una situación de fuerza mayor, ya que el 16 de Diciembre de 2004, la Compañía RADIORUMBA S.A. contrató con la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., la adquisición de equipos de transmisión para radiodifusión, con el objeto de instalar y operar la Repetidora dentro del plazo correspondiente.

   Una vez que la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda. entregó los equipos se procedió a la inmediata instalación de la repetidora, lo cual se verifica en formulario de inspección RCN-1171, de 28 de Junio de 2006.

   La concesionaria adjunta una declaración jurada del señor Alessandro Overa Columbo en la cual se exponen los hechos por los que dicha compañía habría incumplido.

   Añade la concesionaria que el incumplimiento de parte de la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., fue un hecho imprevisible para la Compañía RADIORUMBA S.A. e irresistible.

d) Manifiesta la concesionaria algo que será tenido muy en cuenta en las reflexiones que se verán en las páginas siguientes, que *"Mediante Oficio IRN-00264 de 26 de Enero de 2006, dirigida al Ing. Iván Rosero, Director General de Radiodifusión y Televisión de la SUPERTEL, se indica que según Formulario de Inspección No. RCN-0121 de* ***19 de Enero de 2006****, la Estación Repetidora de "RADIO RUMBA" que sirve a la ciudad de Esmeraldas ha iniciado su operación...".*

QUE, Del análisis de los expedientes determinados 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 de la señora Marlene Rafaela Herrera Armas, ha sido presentado dentro del término correspondiente.

QUE, En vista que la concesionaria formula una serie diversa de argumentaciones, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se halla en el deber jurídico de analizar cada una de ellas y de valorar las pruebas producidas con el fin de determinar la procedencia o improcedencia de su pedido de revisión.

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.)

QUE, El Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, letra d), declara que es causal de terminación de los contratos de concesión de frecuencias el incumplimiento en la instalación dentro del plazo de un año establecido en el Art. 23 de la misma Ley y en el Art. 28 de su Reglamento General.

Esa misma norma en su penúltimo inciso añade que *"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, En el texto precedente se ha detallado de manera minuciosa los antecedentes que rodean la expedición de la Resolución 5144-CONARTEL-08 mediante la cual el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión dispuso el inicio del proceso de terminación del contrato de concesión suscrito el 29 de Enero de 2004 con la Compañía RADIORUMBA S A., para la instalación y operación de Radio "RUMBA 94.5", frecuencia 94.5 MHz, repetidora de la ciudad de Esmeraldas. En consecuencia ahora corresponde hacer un análisis de los medios de defensa deducidos por la concesionaria y de los documentos que aporta, con el fin de motivar de manera suficiente la decisión que tomará el Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

En primer lugar se tiene en cuenta que la Compañía RADIORUMBA S.A., arguye que si bien el artículo 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión establece el plazo de un año para que los concesionarios instalen e inicien las operaciones de las estaciones, el Art. 29 de Reglamento General de la misma Ley, establece un plazo adicional de 90 días y que en virtud de las prorrogas concedidas mediante Resoluciones 3192-CONARTEL-05 de 10 de Febrero de 2005 y 3241-CONARTEL-05 de 22 de Julio de 2005, la repetidora de Radio Rumba, que serviría a la ciudad de Esmeraldas, debía iniciar sus operaciones en Octubre de 2005.

Las disposiciones del Art. 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión y de los Art. 28 y 29 del Reglamento General fueron materia de análisis por parte de la Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en Oficio número 08763 de 13 de Agosto de 2009, publicado en Registro Oficial 69 de 18 de Noviembre del mismo año, en el cual dijo: *"A efectos de determinar la correcta aplicación del artículo 29 del reglamento,* ***es pertinente distinguir el caso del concesionario que de conformidad con esa norma reglamentaria ha notificado a la SUPERTEL el inicio de emisiones de prueba, de aquel que no lo ha hecho***

Si el concesionario ha efectuado la notificación, la Superintendencia debe realizar las inspecciones y comprobación técnica respectivas dentro del plazo de 15 días, y en el evento de

que existan observaciones, deberá conceder al concesionario plazo para subsanarlas, por hasta los 90 días que prevé el artículo 29 del reglamento. ***Este plazo no está incluido dentro del plazo de un año establecido para la instalación, ni debe considerarse como una prórroga del mismo.***

En el evento en que el concesionario ***no hubiere notificado a la SUPERTEL el inicio de emisiones de prueba, una vez vencido el plazo legal de instalación, habría lugar a la reversión de la frecuencia, observando al efecto la disposición del literal d) del artículo 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión y Televisión, que establece como causa de terminación del contrato, el incumplimiento en la instalación dentro del plazo. No procede en consecuencia en este caso, que la Superintendencia efectúe inspección alguna, ni es procedente conceder el plazo previsto en el inciso segundo del artículo 29 del reglamento.***"

En el mismo documento, en las conclusiones, se añade: *"1.- De las normas analizadas se desprende que* ***la posibilidad de prorrogar el plazo de instalación, fue eliminada del texto de la ley y en consecuencia no procede prorrogar o ampliar dicho plazo,*** *lo que determina que el período de tiempo que establece el actual artículo 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión,* ***debe ser entendido como un límite máximo para que el concesionario efectúe la instalación de la estación****, conforme consta además en la cláusula novena del formato de contrato aprobado por el CONARTEL."*

Por tanto, el plazo de noventa días no es adicional de instalación: se trata de un período de tiempo independiente, no incluido en él que tiene por objeto que el concesionario ***que ya inició operaciones pero de manera irregular*** proceda enmendar los errores en que esté incurriendo.

En el caso que nos ocupa nos hallamos frente al segundo supuesto anotado en el documento de Procuraduría: que el concesionario jamás inició operaciones, de manera que la posibilidad de prorrogar el plazo de instalación, fue eliminada del texto de la ley y en consecuencia no procede prorrogar o ampliar dicho plazo, lo que determina que el período de tiempo que establece el actual artículo 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, debe ser entendido como un límite máximo para que el concesionario efectúe la instalación de la estación y en el evento que tal cosa no haya acontecido hay lugar a la reversión de la frecuencia y por tanto no procede que la Superintendencia efectúe inspección alguna, ni es procedente conceder el plazo previsto en el inciso segundo del artículo 29 del Reglamento.

Decimos que jamás inició operaciones por cuanto la instalación se produjo según indica la concesionaria en Enero de 2006, un año después de vencido el plazo sin que haya suscrito el acta de inicio de operaciones. Esta falta constituye violación al Art. 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, norma que indica que *"El plazo de instalación será de un año.* ***De no efectuársela****, la concesión revertirá al Estado, previa la resolución correspondiente."* Para que la instalación de la repetidora pueda considerarse como *"efectuada"*, debe cumplir con los requerimientos, parámetros ***y plazos*** fijados en el contrato. Al no ser así, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones considera que no se ha efectuado tal instalación y en consecuencia que dicha repetidora, no inició sus operaciones en el plazo de un año, conforme manda la disposición citada.

En todo caso, por efecto del alcance temporal de los pronunciamientos del señor Procurador, se tiene en cuenta que la absolución arriba citada data de una fecha posterior a aquella en que debía ejecutarse el contrato, por lo que el CONATEL no ha de tenerla en cuenta para resolver y se debe regir por la normativa existente a esas fechas. En tal ejercicio se observa una circunstancia, mencionada anteriormente y que por su naturaleza no puede pasarse por alto: que en Oficio No. IRN-00264 de 26 de Enero de 2006, dirigida al Ing. Iván Rosero, Director General de Radiodifusión y Televisión de la SUPERTEL, se indica que según Formulario de Inspección No. RCN-0121 de **19 de Enero de 2006**, la Estación Repetidora de "RADIO RUMBA" que sirve a la ciudad de Esmeraldas ***ha iniciado su operación***, recién a esa fecha

De manera que, si bien se admite que el ex CONARTEL, por una interpretación diferente que en su momento se dio a la norma del Art. 29 del Reglamento General de Radiodifusión y

Televisión, mediante Resoluciones 3192-CONARTEL-05 de 10 de Febrero de 2005 y 3241-CONARTEL-05 de 22 de Julio de 2005 concedió prorrogas para la instalación de la repetidora de Radio RUMBA en la ciudad de Esmeraldas, se debe tener en cuenta que éstas, según expresa la propia concesionaria, se vencieron en **Octubre de 2005** siendo que al **19 de Enero del 2006** apenas si inició sus operaciones.

Es decir, que sin que sea preciso recurrir a los dictámenes de la Procuraduría, que se indica en este caso no se hace por cuanto no tienen carácter retroactivo y han sido invocadas únicamente con fines de ilustración, la concesionaria incumplió con el plazo del contrato y con las prórrogas que le fueron concedidas.

QUE, En lo referente a que la Compañía RADIORUMBA S.A. mediante comunicación de 31 de Agosto de 2005 solicito una prórroga adicional, la cual fue contestada mediante Oficio número CONARTEL-O-05-712 de 28 de Octubre de 2005, en el cual se indicó que previo conceder la extensión de plazo mencionada se debía instalar totalmente los equipos y en funcionamiento se tiene que la misma es improcedente, ya que de manera previa el ex CONARTEL concedió dos prórrogas de ahí que el Presidente del Consejo haya formulado la exigencia de que se instalen los equipos.

Nótese que la petición se formula el 31 de Agosto de 2005, ***cuando aún faltaban dos meses para el vencimiento de la concedida en resolución 3241-CONARTEL-05 de 22 de Julio de 2005,*** lo que desdice de la naturaleza de este tipo de extensiones de plazo, que tenían por objeto enmendar situaciones actuales, de dónde se deriva que la concesionaria, con dos meses de anticipación tenía previsto mantener su incumplimiento.

Por tanto, este argumento carece de asidero.

QUE, En lo tocante a que la falta de instalación se debió a una situación de fuerza mayor, ya que el 16 de Diciembre de 2004, la Compañía RADIORUMBA S.A. contrató con la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., la adquisición de equipos de transmisión para radiodifusión, con el objeto de instalar y operar la Repetidora dentro del plazo correspondiente, se considera:

La concesionaria adjunta una declaración jurada del señor Alessandro Overa Columbo en la cual se exponen los hechos por los que dicha compañía habría incumplido, así como documentos de comisarías de policía en los cuales se indica que la Compañia TELEHERTZ Cía. Ltda. dejó de cumplir con sus obligaciones por una disputa interna entre sus socios;

En la Declaración Juramentada que obra en escritura pública elevada el 22 de Diciembre de 2008 ante el Notario Décimo Quinto del Cantón Guayaquil, el señor Alessandro Overa Columbo declara ser representante de la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda.; que con fecha 16 de Diciembre de 2004 celebró un contrato con el señor Sergio Moreno Celleri, por medio del cual se comprometió vender a éste último equipos de transmisión para radiodifusión en frecuencia modulada para instalación de las repetidoras de la matriz de Radio Rumba; que por dicho contrato la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda. recibió el pago de treinta mil dólares; que por razones de carácter familiar ajenas a su voluntad y de la de la Compañía TELEHERTZ Cia. Ltda., concluyeron con su divorcio y la liquidación de dicha compañía; que por consecuencia de todo ello los equipos no pudieron ser entregados sino hasta diez meses después de lo acordado.

A decir de la señora Marlene Rafaela Herrera Armas, Gerente General y Representante Legal de la Compañía RADIORUMBA S.A., en su escrito de formulación de defensa y pruebas de descargo, el incumplimiento de parte de la Compañia TELEHERTZ Cía. Ltda., fue un hecho imprevisible para la Compañía RADIORUMBA S.A. e irresistible.

Empero, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones no puede tomar estas afirmaciones como elemento de exoneración de la responsabilidad por incumplimiento de parte de la concesionaria.

En primer lugar, la declaración jurada rendida por el señor Alessandro Overa Columbo en nada vincula a la administración, en primer lugar, porque el prenombrado no es contraparte

contractual del Estado en materia de radiodifusión y televisión y, en segundo, porque el contenido de la declaración jurada no constituye prueba a favor de la Compañía RADIORUMBA S.A., porque pretende hacerla valer en contra de un tercero, esto es, el Estado. Ese tercero en nada se halla ligado con los acuerdos privados que hayan tenido la Compañía RADIORUMBA S.A. con la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda.; y, en segundo lugar, porque dicha declaración únicamente hace prueba contra quien la rinde, no contra personas o instituciones ajenas al documento, de ahí que el Art. 1717 del Código Civil, dispone: *"El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, **pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular**."*

Norma similar aparece en el Art. 166 del Código de Procedimiento Civil: *"El instrumento público hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; **pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.** Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil."*

Las normas citadas traen una doble protección a favor de los terceros respecto del ***contenido de la declaración*** que aparece en los instrumentos públicos:

a) Estas declaraciones únicamente obliga y hacen fe a quienes suscriben el documento; y,

b) Los terceros si bien no pueden ser afectados por el contenido del documento en cuanto les sea perjudicial, pueden, a contrario, hacer valer en su favor aquello que del mismo les resulte provechoso.

En el presente caso, el Estado no es suscriptor de la declaración jurada materia de análisis ni tenía a su cargo la entrega de los equipos que el contrato, que según dicha declaración existía entre la Compañía RADIORUMBA S.A. y la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., razón por las cuales este instrumento no exonera de responsabilidades a la primera de las personas jurídicas mencionadas en lo que dice relación al contrato de concesión suscrito el 29 de Enero de 2004 para la instalación y operación de Radio "RUMBA 94.5", frecuencia 94.5 MHz, repetidora de la ciudad de Esmeraldas.

QUE, Lo dicho en el considerando anterior da cuenta que nos hallamos frente a un caso de inoponibilidad.

En sentencia de casación de la Primera Sala de lo Civil de la Corte, publicada en el Gaceta Judicial Serie XVII, número 8, página 2283, dictado el 5 de febrero de 2002, se lee *"La inoponibilidad se produce **por la omisión de requisitos que no dicen relación con la existencia ni con la validez del acto; produce como efecto que el acto o contrato en el cual se ha omitido un requisito determinado, no le es oponible o no le afecta a determinada persona, lo cual puede considerarse al acto o contrato como no celebrado o ejecutado respecto de ella**. Alexandre Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga al tratar de la inoponibilidad dicen: Bastián en un ensayo de la teoría de la inoponibilidad la define que es **la ineficacia respecto a terceros de un derecho nacido como consecuencia de la celebración de un acto jurídico**. La inoponibilidad no vicia el acto con nulidad. Quien hace valer la inoponibilidad no ataca al acto en sí mismo sino que alega como consecuencia con respecto a sí mismo, **la ineficacia de sus efectos**. La inoponibilidad favorece a terceros no a los contratantes. La nulidad implica una invalidez del acto o contrato, que puede invocarse erga omnes, sin perjuicio de ciertos efectos especiales que la ley suele reconocerle. El acto o contrato inoponible, en cambio, es ineficaz solo respecto de ciertas personas, pero conserva plena validez entre las partes contratantes."*

La inoponibilidad como concepto, su definición y sus efectos no se encuentra recogida en nuestra legislación positiva. Sin embargo, por doctrina aceptada por la jurisprudencia la inoponibilidad ***es la ineficacia respecto de terceros de la celebración de un acto o contrato.*** La inoponibilidad dice relación con quienes no han intervenido, teniendo derecho a ello, en la celebración del acto o contrato, o no han sido avisados de su existencia. En consecuencia el acto o contrato jurídico no produce efectos.

La inoponibilidad generalmente es definida como la ineficacia respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o nulidad de un acto jurídico. El Art. 1561 del Código Civil, establece que los actos y contratos producen sus más amplios efectos en lo que se refiere a las partes, ya que dispone que las convenciones son ley para los contratantes.

En cuanto a los terceros, en relación al contrato, es necesario distinguir los terceros absolutos de los relativos. Los terceros absolutos son completamente extraños al acto y ni aún después de la celebración de éste pasan a tener relaciones jurídicas con los contratantes. En cambio, dentro de los terceros relativos se hallan aquellas personas que, si bien no fueron parte del acuerdo, con posterioridad a su suscripción entran en relaciones con las partes, a consecuencia precisamente de ese contrato.

La inoponibilidad no toca al acto o contrato sino a sus efectos, de manera que para entenderla es necesario distinguir entre el contrato mismo y los efectos que produce. El contrato que cuya inoponibilidad sea materia de inoponibilidad es perfectamente válido. La inoponibilidad se caracteriza porque los efectos del contrato no podrán oponerse, es decir, alegarse contra los terceros relativos.

La inoponibilidad puede ser consecuencia de haberse omitido formalidades, o sea, ciertos requisitos de forma, y en otros casos por la omisión de requisitos de fondo.

La inoponibilidad de fondo se produce en tres casos:

a) Inoponibilidad por celebrarse contratos en fraude a terceros;
b) Inoponibilidad por falta de concurrencia; y,
c) Inoponibilidad por lesión de derechos adquiridos.

Para el tema que nos ocupa hemos de recurrir a la segunda de ellas, ***la inoponibilidad por falta de concurrencia.*** Es la que se deriva del texto del Art. 1717 del Código Civil y Art. 166 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto las declaraciones realizadas en un acto o contrato producen efectos únicamente contra quienes participaron en su formación, mas no contra los terceros que no concurrieron a la misma, que es precisamente lo que ocurre en este caso. El Estado no es parte ni del contrato que se dice existiría entre la Compañía RADIORUMBA S.A. y la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., así como tampoco tuvo parte en la declaración jurada rendida por el señor Alessandro Overa Columbo, cuyo contenido únicamente obliga a quien la rindió.

Ello es importante en la medida que el Estado es, por efectos del contrato de concesión suscrito a favor de la Compañía RADIORUMBA S.A., contraparte contractual de la mencionada persona jurídica. Al tener dicha calidad, el Estado se halla en posición de exigir que la otra parte cumpla con sus obligaciones, siendo por tanto inadmisible que la concesionaria se escude en documentos ajenos al contrato y en presuntas obligaciones adquiridas con terceros para justificar su incumplimiento. Esos instrumentos y las declaraciones en ellos contenidos son inoponibles al Estado y de ninguna manera prueban la existencia de la fuerza mayor alegada.

QUE, Además, existe un vacío en la documentación aportada por la concesionaria: ***no adjunta el contrato que dice celebró con la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda.*** La Administración, por lo dicho anteriormente, no puede considerar dicho contrato como existente en función únicamente de los asertos de la concesionaria, que obran de su escrito de defensa ni de los que se observan en la declaración jurada materia de estudio en los párrafos precedentes.

Si la concesionaria indica que ese contrato existe la única forma de probarlo era presentándolo de manera formal y directa ante el Órgano Administrativo y no limitarse hacer referencias indirectas a él por medio de los documentos en cuestión. Por tanto, El Consejo Nacional de Telecomunicaciones no puede tener dicho contrato como existente, ya que se debe recordar la norma del penúltimo inciso del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión: *"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."*. No puede tenerse como prueba a favor de la concesionaria un contrato que afirma existe pero que no presenta.

Según los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, las personas en un proceso están obligadas a probar los hechos que alegan, excepto los que se presumen conforme a la ley. La existencia del contrato con la Compañia TELEHERTZ Cía. Ltda.que invoca la concesionaria no está sometido a presunción legal. Debe ser probada por medio del aporte del documento que lo contiene. De lo contrario la Administración debe tenerlo por inexistente; recuérdese el aforismo romano *"Quod non est in actis, non est in hoc mundo"*, o sea, *"lo que no existe en el proceso no existe en el mundo"*.

QUE, En lo que tiene que ver con lo argumentado por la defensa de la concesionaria en torno a que la falta de instalación se debió a una situación de fuerza mayor, ya que el 16 de Diciembre de 2004, la Compañía RADIORUMBA S.A. contrató con la Compañia TELEHERTZ Cía. Ltda., la adquisición de equipos de transmisión para radiodifusión, con el objeto de instalar y operar la Repetidora dentro del plazo correspondiente y que el incumplimiento de parte de la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., fue un hecho imprevisible para la Compañía RADIORUMBA S.A. e irresistible, se apunta que esto no puede ser considerado como valedero.

La concesionaria cita en apoyo de su tesis el Art. 30 del Código Civil: *"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, 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."*

Esta norma estaria acorde en un procedimiento en que intervengan personas naturales sin conocimiento del área en que se obligaron más no respecto de una compañía - RADIORUMBA S.A.-, que por su naturaleza tiene fines mercantiles y comerciales y por ende se halla regulada por otra norma en estos aspectos: el Código de Comercio.

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 así: *"(...) Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preveerse ni impedirse por la prudencia y los medios propios* ***de los hombres de la profesión respectiva****."*

De este análisis se desprende que la recurrente, quien ejerce ***habitualmente*** su profesión vinculada con la radiodifusión, ***podía prever e impedir a través de la prudencia y de sus medios propios*** que contraparte podría incurrir en incumplimientos, tanto más cuanto que la imprevisión de la concesionaria se deriva, según su propia declaración, del hecho de que el contrato que dice haber celebrado con Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., dataría del **16 de**

Diciembre del 2004, siendo que el año de plazo para que instale e inicie las operaciones de la repetidora para la cual se concedió la frecuencia debía realizarse vencía el **29 de Enero de 2005.**

Es decir, la concesionaria, que debe actuar ***profesionalmente*** en su calidad de persona jurídica especializada –en palabras del citado Art. 221 del Código de Comercio- en radiodifusión, habría suscrito el contrato –no podemos afirmarlo de manera categórica ya que no obra del proceso- faltando apenas cuarenta y cuatro días para el límite temporal en que debía hacerse la instalación, cuando tal acto debía realizarlo con varios meses de anticipación. Esto delata que no se trata de un caso de fuerza mayor: la concesionaria de manera temeraria y mediando tan poco tiempo para la extinción de su plazo se expuso a la posibilidad de incumplimiento y dejó transcurrir diez meses y medio antes de iniciar el proceso de adquisición de los equipos que le eran necesarios para la implementación efectiva de la repetidora.

Además, según el Art. 462 del Código de Comercio, cuando se produzcan casos de fuerza mayor que impidan la ejecución de una obligación, el deudor está obligado a dar, ***sin tardanza***, aviso del caso de fuerza mayor a su acreedor. En el presente caso, el aviso se habría dado mediante el comunicado de prórroga presentado el **31 de Agosto de 2005**, esto es, ***ocho meses después de producido el presunto suceso y siete meses después de vencido el plazo para el cumplimiento de la instalación.***

Por último, según el inciso sexto del mismo Art. 462 del Código de Comercio ***no se considerarán como constituyentes de fuerza mayor los hechos puramente personales que atañen al deudor o al que éste hubiere encargado el cumplimiento de alguna parte de la obligación.*** Norma perfectamente aplicable al caso, pues el presunto contrato habido entre la Compañía RADIORUMBA S.A. y la Compañía TELEHERTZ Cía. Ltda., en el fondo contenía una transferencia de una parte de la obligación que la primera de esas personas jurídicas mantenía con el Estado: el adquirir los equipos necesarios para la instalación de la repetidora.

Por tanto, no es admisible la defensa formulada por la concesionaria.

QUE, La Contraloría General del Estado en el Informe Final del Examen de Auditoría, signado con el número DA1-0034-2007 de 08 de Noviembre de 2007, señaló una serie de recomendaciones a fin de transparentar la gestión de las telecomunicaciones. En lo referente a las áreas de radiodifusión y televisión, entre tales recomendaciones se halla la número 15, en la cual, se indica a los miembros del CONARTEL que *"Aplicarán las disposiciones previstas en la Ley y su Reglamento,* ***en los casos en que los concesionarios no cumplan con los plazos previstos en la Ley*** *y los contratos, para la instalación y operación de las estaciones,* ***revirtiendo al Estado las respectivas frecuencias.***"

Lo determinado en la Recomendación citada debe ser atendido de manera ineludible, atento lo establecido en el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: *"Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores,* ***deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio;*** *serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado."*

QUE, La Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, en Memorando número DGJ-2010-1523, recomendó se *"debería ratificar el contenido de la Resolución número 5144-CONARTEL-08, de 15 de Septiembre de 2008 y en consecuencia declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato de concesión suscrito el 29 de Enero de 2004 con la Compañía RADIORUMBA S.A., para la instalación y operación de Radio "RUMBA 94.5", frecuencia 94.5 MHz, repetidora de la ciudad de Esmeraldas, por no haber operado en el plazo de un año contado a partir de la fecha de suscripción del respectivo contrato.";*

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 5144-CONARTEL-08, de 15 de Septiembre de 2008, y del Informe Jurídico constante en el Memorando número DGJ-2010-1523, emitido por la Dirección General Jurídica de la SENATEL 06 de Agosto de 2010.

ARTÍCULO DOS. Rechazar los fundamentos de la defensa presentados por la señora Marlene Rafaela Herrera Armas, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía RADIORUMBA S.A., y ratificar la Resolución No. 5144-CONARTEL-08 del 15 de septiembre del 2008, en consecuencia dar por terminado anticipadamente y unilateralmente el contrato de concesión suscrito el 29 de Enero de 2004 con la Compañía RADIORUMBA S.A., para la instalación y operación de Radio "RUMBA 94.5", frecuencia 94.5 MHz, repetidora de la ciudad de Esmeraldas, Provincia de Esmeraldas, por no haber operado en el plazo de un año contados a partir de la fecha de suscripción del respectivo contrato, conforme las normas del Art. 23 y de la letra d) 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 RADIORUMBA 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; la ex concesionaria 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 amparada incluyendo las acciones contencioso administrativas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de su domicilio.

ARTÍCULO CINCO. Notifíquese con esta Resolución la Compañía RADIORUMBA S.A., en el casillero judicial número **532** de la Oficina de Sorteos y Casilleros del Palacio de Justicia de Quito perteneciente a su abogado patrocinador, señor Doctor Clemente José Vivanco. 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