RESOLUCIÓN 416-14-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 determina que *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso..."*;

QUE, Los artículos 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. 16 numeral 3 de la Constitución de la República reza que: *"Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas."*

QUE, El Art. 17, numeral 1 de la Constitución de la República, dispone *"El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: 1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo."*

QUE, la letra l) del número 7 del Art. 76 de la Constitución de la República dispone: "***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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l)* ***Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho****. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."*

QUE, El número 10 del Art. 261 de la Carta Fundamental añade: *"El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos."*

QUE, La Constitución de la República vigente, en su Art. 313 dispone: *"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."*

QUE, El inciso primero del Art. 408 de la Constitución, establece: *"Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución...."*

QUE, El inciso primero del Art. 9 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, establece: *"Toda persona natural o jurídica ecuatoriana podrá, con sujeción a esta Ley, obtener del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, la concesión de canales o frecuencias radioeléctricos, para instalar y mantener en funcionamiento estaciones de radiodifusión o televisión, por un período de diez años, de acuerdo con las disponibilidades del Plan Nacional de Distribución de Frecuencias y la clase de potencia de la estación."*

QUE, El Art. 16 de la Ley de Radiodifusión y Televisión determina: *"Con autorización del Consejo de Radiodifusión y Televisión podrá el concesionario o quien represente legalmente los derechos sucesorios, arrendar la totalidad de la estación hasta por dos años, por una sola vez, dentro del tiempo de vigencia de la concesión, por una o más de las siguientes causas: enfermedad grave o prolongada de persona natural; ausencia del país por más de tres meses; y, desempeño de función o representación pública que se justificarán con los documentos legales respectivos."*

QUE, El Art. 80 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala: *"Art. 80.- ACTO NORMATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores."*

QUE, El Art. 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: *"Art. 99.- MODALIDADES.- Los actos normativos podrán ser derogados o reformados por el órgano competente para hacerlo cuando así se lo considere conveniente. Se entenderá reformado tácitamente un acto normativo en la medida en que uno expedido con posterioridad contenga disposiciones contradictorias o diferentes al anterior. La derogación o reforma de una ley deja sin efecto al acto normativo que la regulaba. Así mismo, cuando se promulga una ley que establece normas incompatibles con un acto normativo anterior éste pierde eficacia en todo cuanto resulte en contradicción con el nuevo texto legal."*

QUE, El número 3 del Art. 173 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece: *"3. Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa, sino solo reclamo. La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada."*

QUE, El ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión expidió la Resolución número 4445-CONARTEL-08 de 20 de Febrero de 2008, mediante la cual dejo sin efecto las resoluciones que autorizaban a SERVIDINAMICA S.A. el uso de la banda de espectro ensanchado, la misma que fue ratificada de manera posterior por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, mediante Resolución número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009.

El representante legal de la radiodifusora que se indica a continuación, mediante escrito, solicitó se suspenda la ejecución de los efectos de las resoluciones arriba singularizadas y pidió se les notifique con la motivación y la nulidad de las mismas.

QUE, La radiodifusora que formuló tal pedido es la siguiente:

CONCESIONARIO	ESTACIÓN	REPRESENTANTE	FECHA	Nº. TRAMITE
Radiodifusora Sol Equinoccial S.A.	Kiss (90.9 FM)	Mauricio Gallo	08-dic-2009	16698

QUE, El alegato argumentado es el que a continuación se detalla:

I.- Que en uso de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03, ambas de 02 de Octubre de 2003, se registraron como usuarias del sistema ORION DIGITAL operado por la Compañía SERVIDINAMICA S.A.

Es decir que, según las concesionarias recurrentes, el Estado conocía y conoce que son usuarias del sistema tecnológico en mención.

II.- Que en virtud de los actos administrativos en cuestión se crearon a favor de cada una de ellas derechos subjetivos válidos, ejecutables, legítimos y garantizados por el ordenamiento jurídico.

III.- Que en el proceso de revocatoria de las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03 se realizó sin tomar en cuenta a ninguna de ellas, cosa que debería haberse hecho en su calidad de beneficiarias de los efectos producidos por estas resoluciones.

IV.- Que esta falta de notificación les privó del derecho a la defensa y a la contradicción, por lo que de manera insanable se ha viciado de nulidad el procedimiento, en atención al precepto de primera generación consagrado en el Art. 76 de la Constitución de la República.

V.- Que la aplicación de las recomendaciones de Contraloría no es correcta porque este organismo nunca recomendó revocar, suspender, dejar sin efecto, anular ni forma similar, por lo que el CONARTEL ha actuado con exceso de poder al aplicar supuestas recomendaciones vinculantes pero inexistentes:

a) El acto administrativo contenido en Resolución 2772-CONARTEL-03 había surtido efectos positivos (se había ejecutado y se encontraba en ejecución) a favor de SERVIDINÁMINCA S.A.;

b) El acto administrativo contenido en Resolución 2772-CONARTEL-03 había surtido efectos positivos (se había ejecutado y se encontraba en ejecución) a favor de terceras personas;

c) Las recomendaciones de Contraloría no podían aplicarse si contradecían normas legales, como es el debido proceso a seguirse para declarar por terminado *(revocatio)* un acto administrativo de efectos generales (*erga omnes* como lo son las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03)

Estos puntos son tomados por los recurrentes del alegato de SERVIDINÁMICA.

VI.- Por lo expuesto solicita se declare de oficio la nulidad de la Resolución 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009, por los fundamentos siguientes:

a) Porque se ha lesionado el derecho constitucional a la defensa y se ha contradicho lo establecido en el Art. 76 de la Constitución de la República;

b) Porque se ha dictado por órgano incompetente en razón de la materia, ya que no se ha derogado ni abrogado la Ley de Radiodifusión y Televisión, por lo que le corresponde dictar estas resoluciones al Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión;

c) Porque en la Resolución 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009 no existe motivación de que trata el Art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República en concordancia con lo dispuesto en el Art. 122 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva;

d) Finalmente, la Resolución 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009 no cita las disposiciones legales que le corresponden al CONATEL para actuar de juez administrativo en materias de Radiodifusión; tomando en cuenta que la competencia y potestad sancionadora nace solamente de la Ley de conformidad con lo dispuesto en el citado Art. 192 y literal c) del Art. 85 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo del Ejecutivo.

QUE, Respecto de lo alegado por el concesionario arriba enunciado respecto que la Resolución número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009 no se halla debidamente motivada, tenemos que la letra l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

La motivación es un presupuesto del control del razonamiento probatorio y resolutivo. La articulación de un razonamiento justificativo en la resolución representa el fundamento de toda motivación. Desde una perspectiva psicológica la motivación, designa a aquellos factores o determinantes internos, más que externos, al sujeto que desde dentro le incitan a una acción.

Así, cuando un órgano administrativo entra en la apreciación de los hechos y de las pruebas debe, no sólo establecer adecuadamente la estructura interna de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma, frente a la norma de derecho.

En este sentido, puede afirmarse que el poder de convicción de la resolución es proporcional al rigor con que se examine y concrete el hecho y el derecho aplicable al caso, así como a la claridad con la que sea capaz de exponerlos explicitando su conexión con el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad.

La motivación sirve para demostrar que lo resuelto es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte sancionada que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza.

La norma constitucional, hace de la motivación un elemento integrante de toda resolución administrativa por la que todo acto de potestad debe cumplir esta condición que *no se limita a la sola invocación abstracta de normas sino a la lógica* o *coherente vinculación entre las normas y el hecho o los hechos que son pertinentes a tales normas*. Por tanto, la motivación es no sólo elemento formal en tanto requisito obligatorio de toda manifestación administrativa, sino elemento sustancial y de contenido expreso que da cuenta del mérito y la oportunidad de la resolución que se adopta, que por lo tanto, permite el conocimiento del administrado no sólo de las razones jurídicas atinentes a las competencias de la autoridad sino también de aquellas que en orden al interés público, a su conveniencia son propias de ser adoptadas; por lo que entonces, de acuerdo al mandato constitucional, la administración en todas su manifestaciones debe, expresar de modo sustantivo la razón y razones concretas de la facultad legal, abstracta de la autoridad contenida en la Ley. Por la motivación se garantiza el conocimiento del administrado de la actuación de la administración y por ella se faculta la tutela y control de las actuaciones administrativas.

Sobre la base de estas consideraciones se analizó la Resolución número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009 y se encontró que la misma cumple con los requisitos de motivación arriba señalados. En efecto, en la misma se citan normas de derecho y se formulan explicaciones respecto de la aplicación de las mismas a los fundamentos de hecho; esto es, que el acto administrativo en cuestión se halla conformado de una serie coherente y eslabonada de razonamientos, siendo que cada uno de ellos conduce a la formulación del siguiente y la apreciación en conjunto de todos ellos lleva a la decisión final.

Esto lleva a este Consejo señalar que el argumento de falta de motivación carece de justificativo.

En todo caso debe precisarse que los principios que constan en el Art. 76 de la Constitución de la República –incluyendo el de la motivación de las resoluciones de los poderes públicos- y las demás garantías fundamentales reconocidas por la Norma Suprema del Estado, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia constituyen garantías básicas sobre las cuales se construye el sistema jurídico del país y, particularmente, los sistemas administrativo y judicial. Son guías para que el legislador dicte las normas que los van desarrollando, y para que éstas se interpreten y apliquen en forma cotidiana y permanente en los casos concretos que están en conocimiento de los órganos estatales. Pueden éstos violar tales principios, pero al mismo tiempo se violarán las normas secundarias que son la aplicación concreta de estas garantías, de tal manera que si se alega que en una resolución se ha producido tal violación, ésta debe ser probada puntualmente, determinando con absoluta precisión en qué parte del acto administrativo se desconoce el principio constitucional invocado.

Esto en razón que no cabe la violación en abstracto de tales principios, ni puede constituir el fundamento de la alegación, la insatisfacción que puede sentir un administrado si el ente administrativo no acepta su pretensión o la acepta parcialmente, porque considera, con la plenitud de su potestad de juez administrativo, que no existen en el proceso los fundamentos de derecho o de hecho que sustenten la reclamación formulada.

QUE, El recurrente señala que las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03 son actos administrativos que producen efectos generales y que por ende debieron ser notificados con el proceso por medio del cual se las derogó.

El Art. 80 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala: *"Art. 80.- ACTO NORMATIVO - Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa* ***que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa****. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores."*

A la luz de tal normativa, los argumentos de la recurrente se evidencian falsos. La reforma o derogación de los actos normativos generales es una potestad discrecional de la administración, conforme la Regla del Art 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: *"Art. 99.- MODALIDADES.- Los actos normativos* ***podrán ser derogados o reformados por el órgano competente para hacerlo cuando así se lo considere conveniente****. Se entenderá reformado tácitamente un acto normativo en la medida en que uno expedido con posterioridad contenga disposiciones contradictorias o diferentes al anterior. La derogación o reforma de una ley deja sin efecto al acto normativo que la regulaba. Así mismo, cuando se promulga una ley que establece normas incompatibles con un acto normativo anterior éste pierde eficacia en todo cuanto resulte en contradicción con el nuevo texto legal."*

Por tanto, si es el órgano de control quien fija el momento en que es conveniente tal derogatoria, no es admisible que se aleguen cuestiones referentes a falta de citación, ya que en el caso la derogatoria de las resoluciones en cuestión fue decidida por recomendación de la Contraloría General del Estado.

QUE, En cuanto a la alegación de que el registro de la radiodifusora recurrente haya creado a favor de ella un derecho subjetivo, esto no es admisible en razón de que, únicamente beneficiaron a SERVIDINÁMICA S.A., conforme la letra del antes citado Art. 80 de Estatuto: ***"Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores."***

Si la recurrente, en ejercicio de los efectos de tales resoluciones vinculó a otras en calidad de usuarias al uso de la tecnología de espectro ensanchado, esa es una relación contractual privada entre SERVIDINÁMICA S.A y sus clientes, la misma que en nada afecta ni obliga a la administración.

El hecho que se haya requerido la formación de un registro de las radiodifusoras que, por intermedio de SERVIDINÁMICA S.A., accedieron a esa tecnología, no implica un reconocimiento de derechos

de parte de la administración, sino que se trató de la elaboración de un catastro con fines meramente informativos y de control.

La decisión de qué personas naturales o jurídicas accederían a ese servicio en calidad de usuarias era de la Empresa SERVIDINÁMICA S.A. conjuntamente con sus clientes y luego, con fines de mero conocimiento, debía ***"REMITIR AL CONARTEL EL LISTADO DE USUARIOS"***, es decir ***"NOTIFICAR"*** de ello a la administración, según aparece en las letras b) y c) de la Resolución 2270-CONARTEL-03.

En otras palabras, la validez o nulidad del contrato de servicio entre SERVIDINÁMICA S.A., y sus usuarios-clientes no estaba vinculada con la formación de ese registro, ni tampoco la administración le señaló con quienes debía contratar. Lo que hicieron fue celebrar convenios privados que luego fueron puestos en conocimiento del CONARTEL, pero sólo con la finalidad que este órgano conozca el destino que se estaba dando a la tecnología de espectro ampliado, con fines de control, como reza la letra h) del Art. 1 de la Resolución 2270-CONARTEL-03.

Ese control obedecía a que la letra f) del Art. 1 de la Resolución 2270-CONARTEL-03 indicaba que el único uso que podía hacerse del espectro ampliado sería para radiodifusión sonora.

En definitiva, la elaboración de ese registro no configuró el reconocimiento de derechos de ninguna clase a favor de persona alguna.

QUE, Por otro lado, la Constitución de la República vigente, en su Art. 313 dispone: *"**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."*

El número 10 del Art. 261 de la Carta Fundamental añade: *"**Art. 261**.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 10. El **espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones**; puertos y aeropuertos."*

Finalmente, el inciso primero del Art. 408 de la Constitución, dice: *"**Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado** los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético **y el espectro radioeléctrico**. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución…."*

De las normas constitucionales citadas se deriva que:

a) Ninguna persona, natural o jurídica nacional o extranjera, está legitimada para reclamar derechos adquiridos sobre el espectro radioeléctrico pues éste pertenece al Estado en exclusividad; y,

b) El espectro radioeléctrico es un bien nacional estratégico sobre el cual el Estado, de manera exclusiva tiene derecho de administración, regulación, control y gestión. En uso de esta facultad fueron dictadas las Resoluciones número 4445-CONARTEL-08 de 20 de Febrero de 2008 y 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009.

QUE, A lo dicho se suma que el Art. 16 numeral 3 de la Constitución de la República reza que: *"**Art. 16.-** Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso **en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico** para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas."*

El Art. 17 numeral 1, añade: *"**Art. 17.-** El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: 1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes **y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico**, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo."*

Si las personas tienen derecho acceder ***en igualdad de condiciones*** al uso de concesiones del espectro radioeléctrico, siendo que al Estado le compete ser garante de ese derecho, resulta abiertamente inconstitucional conceder la totalidad del espectro ampliado a favor de una sola persona. Por lo tanto, si bien las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03, en su momento pudieron ser legítimas, a la luz de la normativa vigente se tornaron inconstitucionales.

Ello ya que el Art. 425 de la norma suprema establece que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y ***las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.***

Como vemos, frente a la Constitución vigente las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03 se hallan en el último lugar de la escalera jerárquica de normas y dado que contradicen el sentido de la norma constitucional debían ser suprimida, ya que el Art. 424 de la misma establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; ***en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.***

QUE, En cuanto al argumento de que las recomendaciones de Contraloría no deben ser practicadas si vulneran normas legales, tenemos que, en las signadas con los número 16, 17 y 18 del informe DA1-0034-2007-, de 06 de Noviembre de 2007, se señala que la Contraloría General del Estado observó que la Compañía SERVIDINAMICA S.A., no es concesionaria de frecuencia alguna y que en consecuencia se debía revisar la resolución que dio el uso y registro del espectro ampliado a favor de la misma.

El inciso primero del Art. 9 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, establece: *"**Art. 9**.- Toda persona natural o jurídica ecuatoriana podrá, con sujeción a esta Ley, obtener del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, la concesión de canales o frecuencias radioeléctricos, **para instalar y mantener en funcionamiento estaciones de radiodifusión o televisión**, por un período de diez años, de acuerdo con las disponibilidades del Plan Nacional de Distribución de Frecuencias y la clase de potencia de la estación."*

De la norma citada se infiere que el fin de una concesión es que el titular de ella debe instalar y mantener en funcionamiento estaciones de radiodifusión y televisión. SERVIDINAMICA S.A., jamás cumplió con esa obligación, sino que rentaba franjas del espectro ampliado a favor de terceros, por lo que la observación hecha por Contraloría es legítima.

El Art. 16 de la Ley de Radiodifusión y Televisión establece el único caso en que tal arrendamiento es admisible: *"**Art. 16**.- Con autorización del Consejo de Radiodifusión y Televisión podrá **el concesionario o quien represente legalmente los derechos sucesorios**, arrendar la totalidad de la estación hasta por dos años, por una sola vez, dentro del tiempo de vigencia de la concesión, **por una o más de las siguientes causas: enfermedad grave o prolongada de persona natural; ausencia del país por más de tres meses; y, desempeño de función o representación pública que se justificarán con los documentos legales respectivos**."*

De la norma citada tenemos que el arrendamiento de estaciones –y por tanto de la frecuencia-, sólo procede cumplidos estos requisitos:

a) Que el arrendador sea el concesionario de la frecuencia o lo sean sus herederos o sucesores en el derecho;

b) Que ese arrendamiento que produzca por una causa específica: enfermedad grave o prolongada de persona natural; ausencia del país por más de tres meses y desempeño de función o representación pública; y,

c) Que esa causa sea calificada por la autoridad y en virtud de esa calificación el arrendamiento sea autorizado, para lo cual se presentarán los justificativos correspondientes.

Es decir, que las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03 no observaron estas reglamentaciones legales, por lo que procedía plenamente su revocación ya que SERVIDINAMICA no cumplía con ninguno de los requerimientos legales.

QUE, Por otro lado, las recomendaciones de la Contraloría General del Estado son legítimas y de obligatoria ejecución para el órgano administrativo al cual son impartidas, conforme la norma del Art. 92 de la Ley Orgánica de Contraloría.

La Recomendación número 17 que al respecto formula Contraloria, determina:

*RECOMENDACIÓN Nro. 17: "**Revisarán** conforme a la Ley, la resolución con la cual autorizaron el uso y registro de la banda de los 5.8 Ghz en la frecuencia 5725 y 5850 Mhz a la empresa portadora SERVIDINÁMICA SA., para propender al uso de dicha banda y frecuencia a concesionarios de radio y televisión, ya que la empresa SERVIDINÁMICA SA no es concesionaria de frecuencia de radiodifusión y televisión."*

La palabra ***"revisarán"***, que emplea La Contraloría en el texto citado, señala que dicho Organismo dispuso se efectúe de oficio una revisión de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03; revisión que condujo a la supresión de los mismos.

Los entes administrativos destinatarios de tales recomendaciones no están en posición jurídica de calificar la legalidad o ilegalidad de las mismas. La Ley los conmina y obliga aplicarlas de manera irrestricta siendo que si los concesionarios consideran que esas recomendaciones violan algún tipo de derecho, están en libertad de intentar las acciones que la Ley les franquea para el efecto. Hasta tanto no exista un pronunciamiento de autoridad competente que declare que las recomendaciones formuladas por el máximo Órgano de Control del Estado son ilegales y/o ilegitimas, el CONATEL las tiene por constitucionales, legales y legítimas y las aplicará de manera directa, en acatamiento al Art. 92 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado.

QUE, En cuanto al debido proceso a la hora de cumplir con esas recomendaciones, este se verificó plenamente, pues se contó con el beneficiario del mismo, la compañía SERVIDINAMICA S.A., la cual inclusive interpuso recursos de impugnación en contra de los actos revocatorios, impugnaciones que fueron atendidas y desestimadas de manera oportuna por el CONATEL.

Se anotó ya que no existen otras personas, naturales o jurídicas, beneficiarias frente a la administración de las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03, ya que las mismas se dictaron únicamente a favor de la Compañia SERVIDINÁMICA S.A; cualesquier otra persona o institución que haya tenido acceso al espectro ampliado lo hizo en razón de un contrato privado que celebró con la citada sociedad, que en nada vinculó a la administración y que no le generó derechos adquiridos de ninguna clase.

QUE, En cuanto a la alegación de incompetencia del CONATEL para dictar la Resolución número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009, se observa que:

a) La Resolución número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009, fue emitida a pedido de SERVIDINAMICA S.A., ***cuyo gerente, Ing. Bernardo Nassbaum R., quien también figura como representante legal de una de las personas jurídicas concesionarias que al igual del recurrente interponen recursos como los que motivan esta Resolución.***

Es contrario a la lógica y la lealtad procesal que una persona interponga un recurso de impugnación ante una entidad del Estado y luego, ***en vista que su impugnación no prosperó alegue incompetencia de esa entidad.***

Esto se ratifica tanto más cuanto que varias radiodifusoras como son Radio Colón, Radio El Sol, Radio Paraíso, etc, han interpuesto recursos de apelación de resoluciones dictadas por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en las cuales este organismo las sanciona por operar con parámetros diferentes a los autorizados. Esas apelaciones delatan que tales concesionarios ***conocen y reconocen la competencia del CONATEL para tramitar y resolver los recursos de impugnación administrativa que en el pasado ejerció el CONARTEL.***

b) El Decreto Ejecutivo número 008, Publicado en Registro Oficial 10 de 24 de Agosto de 2009, dictado por el Presidente de la República, en uso de las facultades que le conceden los números 5 y 6 del Art. 147 de la Constitución de la República, que le autorizan a dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control así como a crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación, determina en su Art. 13: *"Fusiónese el Consejo Nacional de Radio y Televisión -CONARTEL- al Consejo Nacional de Telecomunicaciones-CONATEL."*

En tanto que el Art. 14 del mismo Decreto, añade que: "***Las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones constantes en leyes, reglamentos y demás instrumentos normativos y atribuidas al CONARTEL serán desarrolladas, cumplidas y ejercidas por el CONATEL, en los mismos términos constantes en la Ley de Radiodifusión y Televisión y demás normas secundarias***. *Exclusivamente las funciones administrativas que ejercía el Presidente del CONARTEL, las realizará el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, en los mismos términos constantes en la Ley de Radio y Televisión y demás normas secundarias."*

Por tanto la competencia de este organismo está plenamente establecida.

QUE, En definitiva, no se han vulnerado derechos de ninguna persona ya que:

a) La revocatoria de los actos administrativos normativos de carácter general no conlleva indefensión de ninguna clase, pues se trata de un acto discrecional de la administración, según la regla del Art. 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva;

b) El CONATEL es competente para conocer y resolver todos los recursos en materia administrativa en el área de telecomunicaciones, radiodifusión y televisión, por mandato de las leyes, reglamentos y decretos ejecutivos vigentes;

c) Las Resoluciones 2270-CONARTEL-03 y 2272-CONARTEL-03, ambas de 02 de Octubre de 2003 fueron, como admiten los recurrentes, actos administrativos de carácter general, que de acuerdo al Art. 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva podían ser derogados a libre criterio de la administración.

La regla que prohíbe a las entidades la revocación o anulación unilateral de sus actuaciones ***dice relación a los actos administrativos de alcance particular y que crean derechos subjetivos de una persona determinada.***

d) La Resolución 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009, se halla suficientemente motivada, por lo que no es preciso ampliarla en ese sentido ni tampoco cabe anularla;

e) La potestad sancionadora de la administración no caducó ya que el número 3 del Art. 173 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece que: *"3.* ***Contra las disposiciones administrativas de carácter general*** *no cabrá recurso en vía administrativa, sino solo reclamo.* ***La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo****, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada."*

Si no hay posibilidad a reclamo vía silencio administrativo tampoco la hay respecto de que haya caducado la capacidad sancionadora, porque ***la revocatoria de actos normativos generales no constituye sanción,*** sino el ejercicio de una facultad discrecional y soberana del Estado por medio de sus órganos administrativos.

QUE, Se debe anotar que los actos administrativos, una vez emitidos ***no son susceptibles de ser suspendidos*** ya que el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función ejecutiva establece que los actos administrativos se presumen legítimos y ***deben cumplirse desde que se dicten*** y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en ese estatuto; y, el Art. 161 del mismo cuerpo normativo añade que los actos de las Administración Pública ***serán inmediatamente ejecutivos*** salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Estas conclusiones se ratifican a la luz de las reglas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que, en su Art. 68 dispone: *"Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto."*

A lo que se suma lo establecido en el Art. 124 del Estatuto: *"Art. 124.- Ejecutividad.- Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo."*

Esta presunción de legalidad y legitimidad de los actos administrativos dice que el acto administrativo es válido mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.

Los actos administrativos, por el mero hecho de ser tales, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio.

Por esta razón, el número 1 del Art. 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, dispone: *"Art. 189.- Suspensión de la ejecución. 1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario,* ***no suspenderá la ejecución del acto impugnado.***"

Finalmente, el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que salvo en el procedimiento de excepciones a la coactiva, ***en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo***.

En consecuencia, el pedido de suspensión de los efectos de los actos administrativos en mención es improcedente.

QUE, La Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, en Memorando número DGJ-2010-1132, recomendó se *"debería proceder desechar los reclamos interpuestos por las radiodifusoras mencionadas al inicio de este documento, por improcedentes..."*; y,

QUE, Sobre la base de los fundamentos de derecho invocados los alegatos de hecho y pruebas presentadas por la concesionaria se observa que la petición formulada es improcedente.

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 del pedido formulado por el señor Representante Legal concesionario de la frecuencia de radiodifusión que se detalla a continuación:

CONCESIONARIO	ESTACIÓN	REPRESENTANTE	FECHA	Nº. TRAMITE
Radiodifusora Sol Equinoccial S.A.	Kiss (90.9 FM)	Mauricio Gallo	08-dic-2009	16698

Se avoca conocimiento adicionalmente del Informe Jurídico emitido por la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, en Memorando número DGJ-2010-1132 de 30 de Junio de 2010.

ARTÍCULO DOS. Negar el pedido de nulidad de la Resolución número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009, emitida por este Consejo Nacional de Telecomunicaciones y, en consecuencia, ratificar en todas sus partes el contenido de la misma.

ARTÍCULO TRES. Negar el pedido de suspensión de los efectos de las Resoluciones número 4445-CONARTEL-08 de 20 de Febrero de 2008, dictada por el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión y número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009, emitida por este Consejo Nacional de Telecomunicaciones, formulado por el señor representantes legales de Radiodifusora Sol Equinoccial S.A., por cuanto dicho acto administrativo es legítimo y plenamente ejecutivo.

ARTÍCULO CUATRO. Disponer a la Superintendencia de Telecomunicaciones realice una inspección a las operaciones de la frecuencia, del concesionario determinado en el ARTÍCULO UNO, a fin que verifique cumplan con lo dispuesto en las Resoluciones número 4445-CONARTEL-08 de 20 de Febrero de 2008, dictada por el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión y número 388-14-CONATEL-2009 de 20 de Noviembre de 2009, emitida por este Consejo Nacional de Telecomunicaciones, y proceda conforme a derecho, según corresponda.

ARTICULO CINCO. Declarar que de conformidad con lo establecido en el número 2 del Art. 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, esta resolución pone fin al procedimiento administrativo, sin perjuicio que los concesionarios pueda intentar ante este mismo Consejo el recurso extraordinario de revisión, siguiendo las reglas del Art. 178 del mismo Estatuto, o la acción contencioso administrativa de la cual se creyere amparado ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de su domicilio.

ARTICULO SEIS. Notificar con esta Resolución al señor representante legale de Radiodifusora Sol Equinoccial S.A., en el casillero judicial número **4046** de la Oficina de Sorteos y Casilleros del Palacio de Justicia de Quito, perteneciente a su abogado patrocinador, señor Doctor Bolívar Mestanza, conforme solicita en sus escritos, sin perjuicio de notificarse en las oficinas contractualmente señaladas. 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 Quito, el 12 de agosto de 2010.

Ing. Jaime Guerrero Ruiz
PRESIDENTE DEL CONATEL

Dr. Eduardo Aguirre Valladares
SECRETARIO DEL CONATEL