RESOLUCIÓN-239-10-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. 2 de la Ley de Radiodifusión y Televisión determina que *"El Estado, a través del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión (CONARTEL), otorgará frecuencias o canales para radiodifusión y televisión, así como regulará y autorizará estos servicios en todo el territorio nacional, de conformidad con esta Ley, los convenios internacionales sobre la materia ratificados por el Gobierno ecuatoriano, y los reglamentos. Las funciones de control las ejercerá la Superintendencia de Telecomunicaciones."*

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

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

sentencia ejecutoriada del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, en el caso de que cualquiera de las partes hubiere interpuesto el recurso de casación. De lo contrario, se aplicará lo previsto en el literal e) del artículo 67 de esta Ley.";

Que la Superintendencia de Telecomunicaciones sancionó a la Compañía TEVECABLE S.A., mediante Resolución número DEC-2009-00142 de 04 de Noviembre de 2009, con la suspensión de emisiones del sistema por 48 horas, por operar con características diferentes a las autorizadas ya que el referido sistema está difundiendo 61 canales en su grilla de programación en lugar de los 58 autorizados, pues consideró que existe reincidencia de parte de la compañía, pues fue sancionada por incurrir en la misma infracción, ocurrida el 24 de Julio de 2008, por medio de Resolución DEC-2008-00264 de 08 de Octubre de 2008;

Que el señor Doctor José Vivanco Salvador, en su calidad de Procurador Judicial de la Compañía TEVECABLE S.A., mediante escritos ingresados el 16 de Noviembre de 2009, propone recursos de apelación en contra de la Resolución de la Superintendencia de Telecomunicaciones, antes detallada;

Que en la Resolución impugnada, la SUPERTEL se fundó en lo siguiente:

a) Que la presentación del recurso contencioso administrativo no impide la ejecución de la Resolución DEC-2008-00264 de 08 de Octubre de 2008, por cuanto se halla ejecutoriado en el ámbito administrativo ya que por mandato de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la mera presentación de la demanda ante el Tribunal Distrital no impide la ejecución de lo resuelto.

   Por tanto, al producirse la segunda falta el día 13 de Agosto de 2009, existe reincidencia, ya que en la Resolución se consigna que el plazo de un año que fija el literal c) del Art. 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión se contabiliza desde la fecha en que se expidió la Resolución sancionadora y no desde la fecha de cometimiento de la primera infracción.

b) Que la potestad de sancionar de la SUPERTEL se funda en la Ley la cual delega al Reglamento el establecer infracciones y sanciones;

c) Que si bien TEVECABLE ha presentado petición de ampliación de su grilla de canales, ésta no existe en virtud de que la propia peticionaria ha demorado la entrega de los documentos necesario para ello, por lo que esa autorización no existe, motivo por el cual no podía operar con más canales que los 58 autorizados;

Que en el escrito de apelación el recurrente indica:

a) Que no hay reincidencia en el cometimiento de una misma infracción técnica dentro del periodo de un año como lo establece la Ley de Radiodifusión y Televisión y el criterio emitido por el Procurador General del Estado en oficio número 06706 de 30 de Marzo de 2009;

b) Que por supremacía de la Constitución, la infracción técnica Clase II, literal a) y la Infracción Administrativa Clase IV, literal a) previstas en el Art. 80 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión, a la que hace mención la Boleta Única que dio inicio al proceso no son aplicables, en razón de la regla del numero 3 del Art. 76 de la Norma Suprema; y,

c) Que la Compañía TEVECABLE S.A. no ha incurrido en infracción alguna pues cumple con todas las disposiciones legales contractuales previstas para su operación;

Que la Compañía admite que se hallaba realizando pruebas de los canales que solicitó para que sean incrementados a su grilla de programación a fin que estén listos en el momento en que sean puestos a disposición de sus usuarios y que en la fecha en que se realizó la inspección que determinó el inicio de este proceso el personal de la compañía se hallaba realizando esos controles.

Al respecto se debe apuntar que el Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, dice: *"**Toda radiodifusora o televisora debe ceñirse a las cláusulas del contrato** y a las normas técnicas, legales y reglamentarias correspondientes. Cualquier modificación de carácter técnico debe ser autorizada por el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones. **Si se hiciere sin su consentimiento, éste multará al concesionario y suspenderá la instalación**, hasta comprobar la posibilidad técnica de autorizar la modificación. Esta suspensión no podrá exceder de un año, vencido el cual, si no se ha superado el problema, los canales concedidos revertirán al Estado. **Si la modificación que se solicita afecta a la esencia del contrato, el concesionario estará obligado a la celebración de uno nuevo**, siempre que sea legal y técnicamente posible."*

De esta norma se deriva que el recurrente al haber incluido en su grilla canales no autorizados violentó las reglas fijadas en el contrato. Además, el recurrente violó el inciso final de la norma citada toda vez que, ***de manera previa operar con los canales cuya autorización solicitó debía suscribir un nuevo contrato.*** No existe evidencia procesal de que tal cosa haya acontecido.

Que el Art. 27 fija que si los concesionarios operasen de manera distinta a la establecida en el contrato sin consentimiento del órgano de control serán sancionados con multa, cuyo monto es establecido por la letra b) del Art. 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión en hasta diez salarios mínimos vitales. La resolución impugnada se halla dentro de estos límites.

Que en cuanto a que esas emisiones eran meramente de prueba, las mismas no podían llevarse a cabo sin que se haya firmado previamente el contrato modificatorio, ya que por lógica, sin contrato no puede existir autorización plena para operar con nuevos canales y por tanto no podían hacerse pruebas de ninguna clase. Lo cual conlleva que la infracción existe y debe ser sancionada;

Que se debe determinar si la concesionaria incurrió en reincidencia de una misma infracción en el periodo de un año.

La SUPERTEL considera que asi fue ya que indica que *"para efectos de aplicar la reincidencia se debe contabilizar el año, **desde la fecha en que se sancionó el cometimiento de la primera infracción, esto es, a partir de la expedición de la resolución que declara el cometimiento de la infracción**, que en el presente caso es desde el 08 de Octubre de 2008, por lo que sí es pertinente aplicar la reincidencia a la concesionaria TEVECABLE S.A. . ."*;

Que este Consejo no comparte ese criterio en razón de que la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante oficio No. STL-2009-0096 de 11 de Marzo de 2009, consultó a la Procuraduría General del Estado, si *"La reincidencia de faltas de carácter técnico que se refieren a una misma infracción de esta naturaleza, durante un mismo año establecida en el artículo 76 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión y 80 letra a) infracción administrativa Clase IV del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión, se debe entender que es la infracción que se sancionó dentro de un ejercicio fiscal, esto es, de enero a diciembre o se debe contabilizar el año desde la fecha en que se sancionó el cometimiento de una infracción"*.

Consulta a la que el Procurador General del Estado dio contestación, mediante pronunciamiento que obra en Oficio número 06706 de 30 de Marzo de 2009, publicado en Registro Oficial 609 de 10 de Junio del mismo año, en los términos siguientes: *"Toda vez que de conformidad con la Ley de Radiodifusión y su reglamento, se considera reincidencia cuando la misma infracción técnica se repita en el periodo de un año. Dicho plazo se debe entender completo; por tanto, el primero y último día del plazo del año, **debe contarse a partir de la fecha del cometimiento de la infracción**, y tener una misma fecha en los respectivos meses, conforme lo dispone el artículo 33 del Código Civil."*;

Que la fecha de la comisión de la infracción es anterior a aquella en que se haya dictado la Resolución que la sanciona y la Procuraduría se remite a la primera de ellas.

Por tanto, el tiempo de un año que la ley concede a la administración para ejercer el derecho de alegar reincidencia de comisión de infracciones por parte de un administrado se cuenta desde el momento de la infracción, no desde el momento en que se haya ejecutado un acto sancionador.

La primera infracción tuvo lugar el dia el 24 de Julio de 2008 y la segunda el 17 de Agosto de 2009, por lo que no cabe acusar de reincidencia al concesionario;

Que de lo dicho se deriva que si bien TEVECABLE S.A. cometió efectivamente la infracción imputada no existe reincidencia, por lo que el juez administrativo de segundo nivel, en atención a lo establecido en el inciso segundo del Art.. 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión que indica que impugnada una resolución de la SUPERTEL el organismo juzgador Ad-*quem "podrá confirmarla, revocarla o modificarla en la siguiente sesión"*, debería modificar la sanción.

Que al efecto, se debe tener en cuenta que la violación de los términos del contrato y por consiguiente del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión constituye una infracción cuya comisión entraña el desconocimiento por parte del concesionario de los términos del contrato. *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes"* dice el Art. 1561 del Código Civil y el Art. 1562 añade que *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella."*. Entre aquellas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación se halla que el concesionario **DEBE** cumplir y observar de manera estricta los términos del convenio hasta el momento en que un contrato posterior le autorice modificarlos..

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

Que atender a lo dicho por el concesionario, esto es, que no estaba operando sino únicamente probando nuevos canales cuya inclusión en su grilla solicitó, crearía el poco conveniente precedente que los operadores de audio y video por suscripción ya no requerirán en el futuro de la autorización de la administración para modificar su guia de programación. Bastaria con que formulen una petición en ese sentido y con eso se darían por autorizados. En otras palabras, dejaría de ser una potestad del Estado para convertirse en una decisión de los administrados.

La operadora debe esperar a que el Estado autorice y suscriba un contrato modificatorio para iniciar el proceso de pruebas de nuevos canales o, en su defecto, requerir de autorización especial para realizarlas.

Que la Dirección General Juridica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, en Memorando número DGJ-2010-0806, recomendó se *"debería proceder a modificar la sanción impuesta por la SUPERTEL a la compañía TEVECABLE S.A., en la Resolución número DEC-2009-00142 de 04 de Noviembre de 2009, en razón de la violación a la norma del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión y de los términos del contrato y proceder a sancionar con la multa máxima establecida en la letra b) del Art. 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, esto es cuarenta dólares de los Estados Unidos de América (USD 40,oo)"*; y,

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

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 número DEC-2009-00142 de 04 de Noviembre de 2009 de la Superintendencia de Telecomunicaciones y del Informe Jurídico constante en el Memorando número DGJ-2010-0806, emitido por la Dirección General Jurídica de la SENATEL el 14 de Mayo de 2010

ARTÍCULO DOS.- Aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el señor Doctor José Vivanco Salvador, en su calidad de Procurador Judicial de la Compañía TEVECABLE S.A. y modificar el contenido de la Resolución DEC-2009-00142 de 04 de Noviembre de 2009, emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en el sentido que el concesionario ha infraccionado la norma del Art. 27 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, pero sin que ello constituya un caso de reincidencia, por lo que se le impone la multa máxima establecida en la letra b) del Art. 71 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, esto es cuarenta dólares de los Estados Unidos de América (USD 40,oo).

ARTÍCULO TRES: Notifíquese con esta Resolución a de la Compañía TEVECABLE S.A., a la Superintendencia de Telecomunicaciones y a la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones.

La presente resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Quito, 04 de junio de 2010

Ing. Jaime Guerrero Ruiz
PRESIDENTE DEL CONATEL

Dr. Eduardo Aguirre Valladares
SECRETARIO DEL CONATEL