

RESOLUCIÓN ARCOTEL-2016- **0595**

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL, ACEPTA PARCIALMENTE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INTERPUESTO POR LA POR LA COMPAÑÍA SONORAMA S.A., CONCESIONARIA DE LA FRECUENCIA 103.7 MHZ DE LA ESTACION DE RADIODIFUSIÓN DENOMINADA “SONORAMA FM”, DE LA CIUDAD DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1. ADMINISTRADO Y ACTO IMPUGNADO

El 04 de marzo de 1986, ante el Notario Vigésimo Octavo del Cantón Quito, se suscribió entre el ex Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones IETEL y la compañía SONORAMA S.A., la renovación del contrato de concesión de la frecuencia 103.7 MHZ en la que opera la estación de radiodifusión denominada "SONORAMA FM", de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha y sus repetidoras a nivel nacional.

Mediante Resolución No. 5716-CONARTEL-09 de 18 de marzo de 2009, el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión - CONARTEL, resolvió:

"Art 1.- RENOVAR EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LAS FRECUENCIAS 103.7 MHZ (MATRIZ QUITO); 106.1 MHZ (REPETIDORA TULCÁN), 95.1 MHZ (REPETIDORA IBARRA), 103.7 MHZ (REPETIDORA DE AMBATO, SALCEDO Y LATACUNGA), 103.5 MHZ (REPETIDORA GUARANDA), 103.7 MHZ (REPETIDORA RIOBAMBA), 105.7 MHZ (REPETIDORA AZOGUES, CAÑAR 105.7 MHZ (REPETIDORA CUENCA), 103.7 MHZ (REPETIDORA DE LOJA, 91.1 MHZ (REPETIDORA DE ESMERALDAS) 104.5 MHZ (REPETIDORA PORTOVIEJO), 101.1 MHZ (REPETIDORA QUEVEDO), 103.7 MHZ (REPETIDORA SANTA ELENA), 103.7 MHZ (REPETIDORA GUAYAQUIL), 101.1 MHZ (REPETIDORA MACHALA), Y 104.5 MHZ (REPETIDORA DE BAHÍA DE CARÁQUEZ), DE LA ESTACIÓN "SONORAMA FM", RENOVADO EL 4 DE MARZO DE 1986 CON LA COMPAÑÍA SONORAMA S.A....".

"Art 2.- LA RENOVACIÓN TENDRÁ UNA VIGENCIA DE DIEZ AÑOS CONTADOS A PARTIR DEL 4 DE MARZO DE 2006".

Con ingreso No. ARCOTEL-DGDA-2016-006911-E de 28 de abril de 2016 la compañía SONORAMA contesta a la resolución ARCOTEL -2016-0390, de 11 de abril de 2016, señalando entre otros aspectos lo siguiente:

"...Tampoco ha existido cambio en el paquete accionario de compañía SONORAMA S.A., ya que las acciones que estaban registradas a nombre de la compañía MILENIUM NINE CORP., de propiedad del señor Marcel Antoine Rivas Sáenz, se devolvieron al mismo señor Marcel Antoine Rivas Sáenz, en un proceso de devolución de las acciones, por parte de una compañía extranjera que no tenía razón de existir legalmente, ya que Milenium Nine Corp., se formó en el año 2002 con la única finalidad de buscar inversión extranjera para la radio, cuando esta era permitida en el Ecuador, y como esta empresa no podía continuar existiendo legalmente, las acciones que tenía el señor Marcel Rivas Sáenz en SONORAMA S.A a través de Milenium, volvieron a Marcel Rivas Sáenz a título personal, haciendo constar por necesidad legal, una acción a nombre de la señora Consuelo del Rocío Baque Sánchez, al no permitir nuestra legislación societaria, que una compañía anónima funcione con un solo accionista.



Porqué se utilizó la figura de la transferencia de acciones, porque ni en la Ley de Compañías, ni en ninguna otra ley, existe la posibilidad de firmar un contrato o convenio de devolución de acciones que constan registradas en una persona jurídica, a la misma dueña de esas acciones como persona natural. Esta es una explicación al porque existe un contrato de cesión de acciones, en donde firma el contrato el hijo del señor Marcel Rivas, como apoderado de la compañía Milenium Nine Corp., a favor del señor Marcel Rivas Sáenz.- No existe por lo tanto la intención de ocultar, cubrir o pretender justificar una transferencia a una tercera persona, que en este caso no existe.- Al mantenerse el paquete accionario en la persona del señor Marcel Rivas Sáenz desde la fecha de constitución de la compañía SONORAMA S.A., se demuestra, que nunca hubo la intención de ceder o enajenar la concesión otorgada a la compañía SONORAMA S.A., a terceras personas naturales o jurídicas...”.

El acto impugnado es la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476, de 16 de mayo de 2016, con el que se dio por terminado el contrato de concesión.

Con trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-008802-E, de 03 de junio de 2016, el señor Mauricio Rivas Mantilla, Gerente General de la compañía SONORAMA S.A., presenta a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, un Recurso Extraordinario de Revisión, para ante el MÁXIMO ÓRGANO de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones,; y con el mismo contenido mediante trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-008811-E de la misma fecha, pero en esta ocasión, incluyendo la firma del abogado patrocinador, pretendiendo:

“Sobre la base de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada y, además porque la ejecución de la misma causaría daños irreversibles o de muy difícil reparación, solicito en forma expresa, disponer la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada, tal como lo prescribe el inciso final del citado artículo 189 ERJAFE y/o en forma concomitante supervise que cualquier autoridad se abstenga de ordenar su ejecución.”

“Sobre la base de los fundamentos expuestos, y los argumentos jurídicos proporcionados, solicito a nombre de SONORAMA S.A., en forma respetuosa que admita el recurso interpuesto y revoque la resolución administrativa No. 0476 de 16 de mayo del 2016, ordenando el archivo del procedimiento administrativo”.

1.2. COMPETENCIA:

La ARCOTEL, a través de la Dirección Ejecutiva, conforme lo dispone el artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones - LOT, tiene competencia para:

“3. Dirigir el procedimiento de sustanciación y resolver sobre el otorgamiento y extinción de los títulos habilitantes contemplados en esta Ley...”.

La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, puede delegar una o más competencias a los funcionarios de la institución, conforme lo permite el artículo 148 No. 12 de la LOT.

Mediante Resolución ARCOTEL-2015-00132 de 16 de junio de 2015, la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, delegó a la Coordinación Técnica de Control:

“2.2.9 Coordinar la sustanciación y resolver lo que en derecho corresponda, respecto de los recursos administrativos de revisión, correspondientes a los procedimientos administrativos de terminación, sustanciados por la Coordinación Técnica de Regulación y por el equipo de Democratización del Espectro.”.

Asimismo, en la Resolución inmediatamente citada, delegó al Director Jurídico de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, la siguiente atribución:

4.2.3. Sustanciar los recursos administrativos de revisión, correspondientes a los procedimientos administrativos de terminación sustanciados por la Coordinación Técnica de Regulación y por el equipo de Democratización del Espectro.”.

Por lo que, corresponde a la Dirección Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL, sustanciar el Recurso Extraordinario de Revisión incoado por la compañía SONORAMA S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476, de 16 de mayo de 2016 y al Coordinador Técnico de Control conocer y resolver el citado recurso.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE REVISIÓN

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, en su artículo 68, contiene la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, por tanto: *"...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."*

De ahí que, se presume que los actos administrativos, se han emitido con observancia de la normativa y con la debida motivación.

No obstante la presunción de legitimidad, la Constitución de la República, garantiza el principio de impugnación:

"Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."

El ERJAFE, en desarrollo del principio de impugnación consagrado en favor de los administrados, dispone:

"Art. 69.- IMPUGNACION.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de (sic) este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables."

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa."

No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa."

El ERJAFE, permite la interposición de recursos de apelación, reposición y de revisión.

Con relación al recurso extraordinario de revisión, señala:

"Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;

b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;

c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,



d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.”.

De la norma transcrita se observa el carácter excepcional del recurso de revisión, el mismo que, para su procedencia, debe sujetarse a las causales taxativas previstas en el artículo Ibídem. El tratadista Eduardo García de Enterría señala que el recurso de revisión constituye en principio “más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados”. En esta misma línea, de acuerdo a la cita del tratadista Marco Morales, en su texto de Derecho Procesal Administrativo, el jurista ecuatoriano Patricio Secaira, señala: “La interposición de este recurso está restringida a aquellos casos en los cuales se justifique que los actos impugnados adolecen de errores jurídicos y fácticos; esto es no respondan a su verdad material y objetiva; cuando existan hechos supervinientes de tanta importancia que afecten su esencia; cuando los documentos o informaciones que sirvieron de base para que se emita el acto hayan sido declarados en vía judicial; o cuando el acto se hubiere expedido para el cometimiento de un delito; entre otros.”².

En cuanto a los requisitos para interponer el recurso, el ERJAFE considera:

“Art. 180.- Interposición de recurso.

1. La interposición del recurso deberá expresar:

- a. El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo;
- b. El acto que se recurre y la razón de su impugnación;
- c. Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
- d. Órgano de la Administración Pública Central o unidad administrativa al que se dirige;
- e. La pretensión concreta que se formula;
- f. La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y,
- g. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

2. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadera intención y carácter.

3. Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado”.

¹ Morales Tobar, Marco, MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Edición Primera, Quito – Ecuador. P. 460.

² Ibídem, P. 460.

II. ANÁLISIS DE FONDO

2.1. RESOLUCIÓN IMPUGNADA:

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016, resolvió:

“ARTÍCULO DOS.- Rechazar los argumentos presentados por el concesionario; ratificar el contenido de la Resolución ARCOTEL-2016-0390, de 11 de abril de 2016, y disponer la terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión celebrado el 04 de marzo de 1986, ante el Notario Vigésimo Octavo del Cantón Quito con la compañía SONORAMA S.A., concesionaria de la frecuencia 103.7 MHz, en la que opera la estación de radiodifusión sonora denominada “SONORAMA FM”, matriz de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; y sus 15 repetidoras a nivel nacional, renovado mediante Resolución No. 5716 - CONARTEL-09 de 18 de marzo de 2009, por el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión — CONARTEL, por haber incurrido en la transferencia o cesión de acciones inobservando el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación y artículo 44 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; en concordancia a lo dispuesto en artículo 112, numeral 7 de la Ley Orgánica de Comunicación y artículo 47 numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”.

2.2. ANÁLISIS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INTERPUESTO

El Recurso Extraordinario de Revisión incoado por la compañía SONORAMA S.A., fue presentado el 03 de junio de 2016 en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016.

Considerando que en lo fundamental el escrito de interposición del recurso, expresa lo requerido en el artículo 180 del ERJAFE, es procedente su admisión a trámite y en consecuencia, corresponde analizar el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido, esto es, la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016.

2.3 ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

La Dirección Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL a través del Informe Jurídico No. ARCOTEL-DJCE-2016-0081 de 22 de junio de 2016, remitido a la Coordinación Técnica de Control con memorando ARCOTEL-DJCE-2016-0370-M, de 22 de junio de 2016 en lo principal, analiza en extenso los fundamentos del recurso y considera:

2.3.1 “ARGUMENTO DE LA COMPAÑÍA:

La compañía SONORAMA S.A., arguye:

“Conforme lo garantiza la Constitución de la República del Ecuador (CRE, en adelante) para y en todo procedimiento administrativo sancionador rige la presunción de inocencia en la forma determinada en el numeral 2 del Art. 76, repetida en el Art. 202 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE, en adelante): “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”, por lo que la Resolución dictada no puede ejecutarse mientras no quede “firme” en sede administrativa o sea ratificada mediante sentencia que cause ejecutoria, todo en la forma prescrita en el Art. 173 de la misma CRE.

Sobre la base de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada y, además, porque la ejecución de la misma causaría daños irreversibles o de muy difícil reparación, solicito en forma expresa, disponer la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada, tal como lo prescribe el inciso final del citado artículo 189 ERJAFE y/o en forma concomitante supervise que cualquier autoridad se abstenga de ordenar su ejecución.”. (subrayado fuera del texto original).

ANALISIS:

La compañía recurrente, arguyendo la presunción de inocencia garantizada en la Constitución de la República y en el ERJAFE, solicita en forma conjunta:

- a) Se suspenda la ejecución del acto impugnado; y,
- b) Se supervise que cualquier autoridad se abstenga de ordenar su ejecución.

Al respecto, debe indicarse que en materia administrativa, la presunción de inocencia aplica mientras no se declare la responsabilidad de la persona mediante resolución en firme. En el presente caso, la Resolución ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016 se encuentra en firme, tanto es así que se encuentra en firme, que la compañía recurrente lo impugna a través de un recurso extraordinario de revisión, el mismo que, conforme al artículo 178 del ERJAFE, señala que se puede "...interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la **revisión de actos o resoluciones firmes...**". De ahí que, no sirve de sustento válido para la compañía recurrente, el alegar la presunción de inocencia, para pretender alcanzar la suspensión del acto impugnado a través de un recurso extraordinario de revisión, por el que se impugna actos firmes.

El artículo 189 del ERJAFE, en forma expresa señala que: "...La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.", no obstante lo cual, también determina en el numeral 2 del artículo *ibidem*, que la Autoridad puede resolver la suspensión: "...previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.", no encontrando que en el presente caso se haya justificado de modo alguno que la ejecución del acto impugnado pudiera causar daños de imposible o difícil reparación, por tanto, la petición deviene en improcedente.

En cuanto a la petición concomitante de supervisar que cualquier autoridad se abstenga de ordenar la ejecución del acto impugnado, debe señalarse que dicha petición es contraria al ordenamiento jurídico y como tal improcedente, puesto que, el artículo 124 del ERJAFE en forma expresa dispone que: "...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."

Por lo indicado, se consideran improcedentes las peticiones de suspensión y supervisión de ejecución, realizadas por la compañía recurrente.

2.3.2 ARGUMENTO DE LA COMPAÑÍA:

"Es necesario concluir en que el procedimiento administrativo del que tratamos jamás debió iniciarse, acorde con el principio de legalidad y subprincipio de tipicidad que contiene el numeral 3 del Art 76 de la CRE y reconocido por el Art. 202 del ERJAFE: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la Ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento", cuyo respeto y acatamiento es condición necesaria para la indemnidad del derecho fundamental que tiene toda persona a un debido proceso. (...)

Por otra parte, la nulidad de la Resolución que decide la inconstitucional sanción adoptada en este procedimiento administrativo sancionador, está determinada por la misma Carta Suprema en su Art. 84, in fine, como una garantía de los derechos fundamentales de las personas: "(...)En ningún caso, (...), los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución." Esta prohibición constitucional, la de vulnerar derechos constitucionalmente reconocidos, es la que este sancionada con la nulidad de pleno derecho

de todo acto del poder público administrativo que determina el artículo 129, número 1, letra a) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva" (...)

"Se trata de dos conductas esencialmente distintas tanto fáctica como jurídicamente, pues: a) la cesión de acciones de una empresa concesionaria de frecuencias, por parte de una persona que es titular de las primeras, se limita a la transferencia de esos títulos, pero no alcanza a la cesión del derecho de unos de la concesión; y, b) la transferencia del uno de la concesión administrativa de una frecuencia, para uno o beneficio de otra persona distinta de la persona titular de la concesión, no es idóneo que se ejecute mediante la transferencia de acciones, dado que no logra concretar la finalidad pretendida.

La concesión para el uso de frecuencias es un derecho de la persona jurídica SONORAMA S.A. distinto del derecho de la persona natural de las acciones, esto es, el accionista del Canal no es- ni podrá ser jamás- concesionario ni este es accionista. Por ejemplo Marcel Rivas, como accionista no es titular del uso de la concesión, lo es la persona jurídica SONORAMA S.A. y esta no es accionista de la misma. La transferencia de acciones se realiza como negocio jurídico permitido bajo la condición determinada por la Ley de Comunicación, mientras que la cesión, transferencia, arrendamiento o alquiler del uso de la concesión se encuentra prohibida como negocio jurídico particular. La cesión o transferencia de acciones nace de la autonomía de la voluntad de las personas titulares, mientras que el traspaso del uso de una concesión nace de la voluntad de la ley. (.....)

Es decir, la resolución expedida por la ARCOTEL, contra SONORAMA S.A. iniciando y concluyendo el procedimiento sancionador imputado y sancionado, la autoridad, conductas que no son las que describe la ley como hipótesis necesaria para la terminación anticipada y unilateral de los contratos de concesión (Art. 112, 7 LOC y Art 47.3 LOT) es inválida por vulnerar el principio de tipicidad, reconocido en el numeral 3 del Art 76 CRE.

Esto, las conductas imputadas a la persona jurídica, incluso en el evento que han sido aprobadas como ejecutadas y que, adicionalmente, sean adecuadas a otro tipo de infracción, pero distinto al seleccionado por la ARCOTEL y que, además sean antijurídicas, jamás debieron ser sancionadas con la terminación anticipada y unilateral del contrato o revocación de la concesión, pues, no es la consecuencia que se encuentra prevista para la cesión o transferencia de acciones de la empresa concesionaria, sin autorización administrativa, que tipifica el inciso tercero del Art. 177 de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC): (.....)

En forma clara la norma, cuyos destinatarios son personas que tengan la calidad de accionistas de la empresa concesionaria, determina la prohibición de la cesión de las acciones, sin autorización previa y por escrito de la autoridad, esto es, las personas, en este supuesto de la ley, no transfieren o ceden el derecho de uso de las concesiones de las frecuencias. Es obvio que se trata esta hipótesis de una conducta totalmente diferente a la de la persona que vende, transfiere o alquila el derecho de uno de la concesión de las frecuencias de las que es titular. En efecto, disponen los dos primeros incisos del mismo artículo 117 LOC: (.....)

ANALISIS:

La ARCOTEL toma conocimiento de los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento de terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión de la estación denominada "SONORAMA FM", por denuncia presentada en la ARCOTEL, por el señor Jorge Humberto Herrera Corella, habiéndose generado en lo principal, las siguientes acciones:

- Inicio del procedimiento de terminación anticipada del contrato de concesión, con la Resolución ARCOTEL-2016-0390 de 11 de abril de 2016.
- Se notificó a la concesionaria a través del oficio No. ARCOTEL-DGDA-2016-0324-OF de 11 de abril de 2016, la Resolución ARCOTEL-2016-0390 de 11 de abril de 2016, el mismo que fue recibido el 13 de abril de 2016.

- En comunicaciones ingresadas con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-006911-E el 28 de abril de 2016 y ARCOTEL-DGDA-2016-007416-E de 06 de mayo de 2016, la compañía SONORAMA S.A., ejerció su derecho a la defensa respecto al inicio del procedimiento de terminación anticipada y unilateral del contrato de concesión.
- Se emitió la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016, la cual resolvió la terminación del contrato de concesión.
- Se notificó a la concesionaria a través del oficio No. ARCOTEL-DGDA-2016-0505-OF de 19 de mayo de 2016, la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476; y,
- Mediante comunicaciones ingresadas con número de trámite No ARCOTEL-DGDA-2016-008802-E y ARCOTEL-DGDA-2016-008811-E de 03 de junio de 2016, el Gerente General de la compañía SONORAMA S.A, interpuso el recurso extraordinario de revisión.

Por lo que, en el caso hipotético de que la transferencia de acciones sin autorización de la autoridad de telecomunicaciones, dé lugar a un procedimiento de terminación unilateral y anticipada del título habilitante, podría concluirse que dicho procedimiento, se habría realizado conforme a la normativa aplicable.

No obstante, al haberse cuestionado en el recurso extraordinario de revisión, que los hechos imputados den lugar a un procedimiento de terminación unilateral y anticipada de la concesión, y alegarse violación al principio de tipicidad contenido en el artículo 76 No. 3 de la Constitución de la República, concordante con el artículo 202 del ERJAFE, en el sentido de que la infracción administrativa debe estar prevista en la ley o en el contrato y en función de ello, juzgarse por la autoridad competente y el procedimiento propio del trámite, es mandatorio que analicemos los hechos y el derecho aplicable:

Revisado el último contrato modificatorio suscrito entre la concesionaria SONORAMA S.A. y la ex Superintendencia de Telecomunicaciones, el 17 de enero de 2012, se encuentra incorporado como documento habilitante, la nómina de accionistas otorgada por el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías; documento emitido el 19 de mayo de 2011, del cual se desprende que la compañía SONORAMA S.A., con un capital suscrito de USD \$ 30.000,00, tiene los siguientes socios:

NOMBRE	NACIONALIDAD	TIPO DE INVERSION	CAPITAL
FIDEICOMISO RELAD MACHALA TRES	ECUADOR	NACIONAL	28.600,00
FIDEICOMISO RELAD MACHALA UNO ACCIONES	ECUADOR	NACIONAL	1.400,00

Así también se ha consultado en la página web de la Superintendencia de Compañías y se ha determinado que a partir del 16 de marzo de 2015, es decir ya con la vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación, los nuevos accionistas son:

- CONSUELO DEL ROCÍO BAQUE SÁNCHEZ
- MARCEL ANTOINE RIVAS SÁENZ,

La Ley Orgánica de Comunicación - LOC, en el inciso tercero del artículo 117, respecto a la transferencia o cesión de acciones, en su tercer inciso, señala:

“...Los propietarios de las acciones de la persona jurídica concesionaria, no podrán transferir o ceder sus acciones sin la autorización previa y por escrito de la autoridad de telecomunicaciones...”.

Por lo que, SONORAMA S.A., para ceder o transferir las acciones, debió solicitar y obtener en forma previa la autorización de la Autoridad de Telecomunicaciones, para ese entonces la ARCOTEL, por la vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a partir del 18 de febrero de 2015.



Así también, SONORAMA S.A. debió observar el trámite para la autorización de transferencia o cesión de acciones, que establecía en ese entonces, el **“REGLAMENTO PARA AUTORIZAR MODIFICACIONES DE CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y ADMINISTRATIVAS DENTRO DEL AEREA DE COBERTURA AUTORIZADA”**, expedido por la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones mediante Resolución No. SENATEL-2013-0236 de 18 de septiembre de 2013, normativa posterior a la Ley Orgánica de Comunicaciones, actualmente derogada con Resolución 06-03-ARCOTEL-2016 de 28 de marzo de 2016.

Lo indicado nos lleva a concluir que si está permitido por la normativa, **transferir o ceder acciones de la persona jurídica concesionaria, pero condicionado a la autorización de la ARCOTEL; situación que difiere de la transferencia**, arrendamiento o enajenación de la **concesión**, bajo cualquier formato, que están prohibidas por la Ley Orgánica de Comunicación en el artículo 117 en los aspectos vinculados a la intranferibilidad de las concesiones; y tipificada como causal de terminación de la concesión en el artículo 112 No. 7 de la Ley Ibidem.

La Coordinación Técnica de Control de la ARCOTEL, en conocimiento de la comunicación presentada por el señor Jorge Humberto Herrera Corella, relacionado con el cambio de accionistas de la compañía SONORAMA S.A., sin autorización de la ARCOTEL, mediante memorando ARCOTEL-CTC-2015-0145-M de 13 de agosto de 2015, dirigido a la Dirección Jurídica de Regulación, señaló:

“...Por lo expuesto, le solicito se sirva verificar si dichos cambios de accionistas han sido autorizados por la ex SENATEL o ARCOTEL; y, en el caso de que no existan tales autorizaciones se comunique a la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL para que arbitre las medidas pertinentes conforme a derecho corresponda.”.

De modo que, a criterio de la Coordinación Técnica de Control, según se observa del memorando supra, los aspectos vinculados a la transferencia o cesión de acciones, sin la autorización de la ARCOTEL, podrían constituir infracción, en virtud de lo cual, recomendó se comunique al Organismo Desconcentrado, Coordinación Zonal 2, a fin de que, en ejercicio de sus competencias, arbitre las medidas pertinentes conforme a derecho corresponda.

El artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone:

“Apertura. Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador...”.

Sin perjuicio de lo indicado, la Dirección Jurídica de Regulación, con memorando ARCOTEL-DJR-2016-0859-M de 8 de abril de 2016, recomienda al Asesor Institucional, delegado de la señora Directora Ejecutiva, inicie el procedimiento de terminación anticipada y unilateral del contrato de concesión, pues considera que hay indicios de que se habría incurrido en la causal de terminación del contrato de concesión de acuerdo a lo establecido en el numeral 7 del artículo 112 de la Ley Orgánica de Comunicación y artículo 47 numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuando se habría transferido o cedido acciones de la persona jurídica SONORAMA S.A., inobservando el inciso tercero del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación.

Visto el criterio contenido en el memorando ARCOTEL-DJR-2016-0859-M, el Delegado de la señora Directora Ejecutiva, dispone el inicio del procedimiento de terminación unilateral del contrato, para cuyo efecto, emite la Resolución ARCOTEL-2016-0390 de 11 de abril de 2016; y, una vez que se recibe la contestación y descargos de SONORAMA S.A., la Dirección Jurídica de Regulación, con memorando ARCOTEL-DJR-2016-1068-M de 16 de mayo de 2016, concluye que se debería: “...declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión...”, criterio que es recogido y sirve de sustento para la Resolución ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016, por la cual se dá por terminado el contrato de concesión de la estación matriz y de las 15 repetidoras.

Los artículos 112, numeral 7 y 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, disponen:

<p>“Art. 112.- Terminación de la concesión de frecuencia.- La concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión de señal abierta terminará por las siguientes causas: (...)</p> <p>7. Por hallarse incurso de manera comprobada en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión...”.</p>	<p>“Art. 117.- Intransferibilidad de las concesiones.- Las concesiones de frecuencias que sean adjudicadas a cualquier persona natural o jurídica para el funcionamiento de medios de comunicación no forman parte de su patrimonio, y por lo tanto está prohibido todo acto que esté orientado a que otra persona natural o jurídica distinta disfrute o se beneficie del uso de dichas concesiones de frecuencias.</p> <p>Si alguna persona natural o jurídica, usando cualquier formato legal, pretende vender, revender, trasladar, transferir o alquilar las concesiones de frecuencias otorgadas en su favor por el Estado, tales transacciones serán nulas y no generan ningún derecho para quien supuestamente las adquiere; por el contrario, esto será causa suficiente para que las concesiones queden inmediatamente revocadas y las frecuencias concesionadas vuelvan a la administración del Estado.</p> <p>Los propietarios de las acciones de la persona jurídica concesionaria, no podrán transferir o ceder sus acciones sin la autorización previa y por escrito de la autoridad de telecomunicaciones.</p> <p>El beneficiario de la concesión deberá además pagar una multa al Estado equivalente al 50% de todo lo que hubiese obtenido o pactado obtener por la supuesta venta, transferencia o alquiler de la frecuencia concesionada, sin perjuicio de responder civil y penalmente por los perjuicios ocasionados a los particulares que aparentemente adquirirían derechos por estas transacciones ilegales”. (Lo resaltado me corresponde).</p>
---	--

De ahí que, de la lectura del artículo 112 numeral 7 de la Ley Orgánica de Comunicación, se establece con claridad meridiana que es causal de terminación de la concesión el incurrir de manera comprobada en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación **de la concesión**; más cuando se revisa el artículo 117 *Ibidem*, el que contiene la disposición de intransferibilidad de las concesiones y se desarrollan a manera ejemplificativa las formas prohibidas mediante las cuales terceros podrían beneficiarse o disfrutar de una concesión, se llega a inferir equivocadamente, en la Resolución impugnada, que la cesión o transferencia de acciones sin autorización de la autoridad de telecomunicaciones, constituye otra forma de cesión o transferencia de la concesión, por el simple hecho de que el requisito para ceder o transferir acciones, se ha incluido en el artículo titulado como **“Intransferibilidad de las concesiones”**.

El Código Civil, como norma supletoria, respecto a la interpretación de la Ley, en el artículo 18, dispone:

“...4a.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

5a.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;..”

Así también se establece que la Constitución de la República del Ecuador, dentro de las normas del debido proceso, en el artículo 76, numeral 5, dispone:

“...En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”

Por lo que, se considera que, si el hecho de constar el requisito de la autorización previa de la ARCOTEL, para transferir acciones, dentro del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, que se titula como “intransferibilidad de las concesiones”, lleva a duda, debe valorarse que dicha norma no es la que tipifica la causal de terminación del contrato, sino el artículo 112 de la Ley Ibidem, de manera que, se restringe solamente a la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión, sin que se puedan realizar interpretaciones extensivas o analógicas, y de persistir la duda sobre la norma, conforme al mandato constitucional, aplicar la norma más favorable a la persona infractora.”

III. RESOLUCIÓN:

Por el análisis que precede y en ejercicio de sus atribuciones legales, la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger en todas su partes el contenido del Informe Jurídico No. ARCOTEL-DJCE-2016-0081 de 22 de junio de 2016, remitido a la Coordinación Técnica de Control con Memorando No. ARCOTEL-DJCE-2016-0370-M de 22 de junio de 2016.

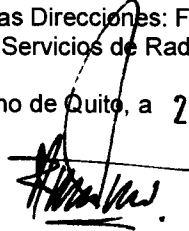
Artículo 2.- ACEPTAR parcialmente el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el señor Mauricio Rivas Mantilla, Gerente General de la compañía SONORAMA S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016; por encontrarse la misma incurso en la causal determinada en el artículo 178 literal a) del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE; y en consecuencia, dejar sin efecto las Resoluciones No. ARCOTEL-2016-0390 de 11 de abril de 2016 y No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016, dejando a salvo las acciones que el Organismo Desconcentrado de la ARCOTEL, pueda iniciar, de considerar que se habría incurrido en una infracción a la Ley.

Artículo 3.- DECLARAR que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 179 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en consecuencia la compañía SONORAMA S.A., tiene derecho a impugnar esta Resolución en la vía judicial.

Artículo 4.- DISPONER que la Dirección de Documentación y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la compañía SONORAMA S.A., en el Estudio Jurídico Oleas & Oleas, ubicado en la calle La Pinta 236 y La Rábida, Edificio Alcatel, cuarto piso, oficina 403; en el casillero judicial No. 110; y, también a su correo electrónico oleas-abogados@hotmail.com, direcciones señaladas por el recurrente en su escrito de recurso extraordinario de revisión para recibir notificaciones; a la Coordinación de la Unidad de Democratización del Espectro Radioeléctrico; a la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación

y Control de las Telecomunicaciones; a las Direcciones: Financiera, Jurídica de Regulación, Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción - ARCOTEL.

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **24 JUN 2016**



Ing. Fred Andrey Yáñez Ulloa
POR DELEGACIÓN DE LA DIRECTORA EJECUTIVA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
Ab. Mayra P. Cabrera B. Servidora Pública 3	Dr. Gustavo Quijano Peñafiel SUBDIRECTOR JURÍDICO DE CONTROL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN	Dra. Aída Vásconez Villaiba DIRECTORA JURÍDICA DE CONTROL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN