

RESOLUCION TEL-387-15-CONATEL-2012**CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES****CONATEL****CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 76 de la Constitución de la República dispone: *"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:... a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; 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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."*

Que, el Art. 226 de la Constitución de la República determina: *"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."*

Que, el Art. 261 de la Norma Suprema, establece que: *"El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 10.- El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos."*

Que, el Art. 313 de la Constitución de la República, expresa: *"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."*

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 Art. 314 de la Constitución de la República, dispone que: *"El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley."*

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación."

Que, el Art. 2 de la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada establece: *"ESPECTRO RADIOELECTRICO.- El espectro radioeléctrico es un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inalienable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado"*

Que, el Art. 6 de la Ley de Especial de Telecomunicaciones determina: *"Las telecomunicaciones constituyen un servicio de necesidad, utilidad y seguridad públicas y son de atribución privativa y de responsabilidad del Estado"*

Que, el Art. 7 de la Ley de Especial de Telecomunicaciones, expresa: *"Es atribución del Estado dirigir, regular y controlar todas las actividades de telecomunicaciones"*

Que, el Art. 9 de la Ley de Especial de Telecomunicaciones, dispone: *"Art. 9.- Autorizaciones.- El Estado regulará, vigilará y contratará los servicios de telecomunicaciones del país."*

Que, el Art. 13 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, dice: "Es facultad privativa del Estado el aprovechamiento pleno de los recursos naturales como el espectro de frecuencias radioeléctricas y le corresponde administrar, regular y controlar la utilización del espectro radioeléctrico en sistemas de telecomunicaciones en todo el territorio ecuatoriano, de acuerdo con los intereses nacionales".

"Art. ...(33.1) Del Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).- Créase el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) como ente de administración y regulación de las telecomunicaciones en el país, con domicilio en la ciudad de Quito.

"Art. ...(33.3) Competencias del CONATEL.- Compete al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

Dictar políticas de Estado con relación a las telecomunicaciones;

...f) Establecer términos, condiciones y plazos para otorgar las concesiones y autorizaciones del uso de frecuencias así como la autorización de la explotación de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones;

...r) En general, realizar todo acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta Ley y su Reglamentación; y,"

Que, el Art. 4 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, manifiesta: *"Dentro de los servicios de telecomunicaciones, se encuentran los servicios públicos que son aquellos respecto de los cuales el Estado garantiza su prestación debido a la importancia que tienen para la colectividad."*

Que, el Art. 87 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, prevé: **"Competencia.- El CONATEL es el ente público encargado de establecer, en representación del Estado, las políticas y normas de regulación de los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador. Su organización, estructura y competencias se regirán por la ley, este Reglamento y demás normas aplicables. (...)"**

Que, el Art. 88 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, determina: **"Atribuciones.- Además de las atribuciones previstas en la ley, corresponde al CONATEL: (...)** b) *Regular la prestación de los servicios de telecomunicaciones y el uso del espectro radioeléctrico;"*

Que, el Art. 77, inciso tercero del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones vigente a la suscripción del Contrato de Concesión otorgado a SETEL S.A., celebrado el 26 de agosto de 2002, manda que: *"La renegociación de los contratos de concesión iniciará con por lo menos cinco años de anticipación a la terminación del mismo. Para el caso de que partes no se hayan puesto de acuerdo en los términos de la negociación en el plazo de dos años, el CONATEL convocará a un procedimiento público competitivo en el cual podrá participar el concesionario saliente. .."*

Que, la reforma al Art. 77, inciso tercero del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones vigente a la suscripción del Contrato de Concesión otorgado a SETEL S.A., celebrado el 26 de agosto de 2002, dispone que: *"La renegociación de los contratos de concesión se iniciará con por lo menos cinco años de anticipación a la terminación del mismo. Para el caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo en los términos de la renegociación de los contratos de concesión o extinguido el contrato por cualquiera de las causas, el CONATEL convocará a un procedimiento público competitivo. La participación o no del concesionario saliente será resuelta por el CONATEL, precautelando el interés general y el patrimonio estatal."* (Decreto Ejecutivo No. 915, publicado en el Registro Oficial No. 282 de 26 de febrero de 2008.

Que, el Art. 7 del Código Civil señala que: *"La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: (...) 18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración."*

Que, la CLAUSULA TERCERA del Contrato de Concesión del Servicio Final de telefonía Pública a través de su propia Infraestructura, Servicio Portador y Servicio de Telefonía de Larga Distancia Nacional, así como la concesión del Bloque B-B' de Frecuencias para operar Sistemas de Acceso Fijo Inalámbrico (WLL) celebrado el 26 de agosto de 2002, expresa: **"MARCO LEGAL.** De conformidad con el artículo siete, regla dieciocho, del Código Civil, se entienden incorporadas al presente contrato, todas las disposiciones legales, reglamentarias y más normas jurídicas vigentes a la fecha de celebración del presente contrato."

Que, la Cláusula Nueve.cinco.cuatro del Contrato de Concesión suscrito con SETEL S.A., manifiesta: **"Decisión.** El Consejo adoptará una decisión respecto de la renovación del plazo de la Concesión dentro de un (1) año a partir de la presentación de la solicitud de la renovación."

Que, el Contrato de Concesión suscrito con SETEL S.A., en la Cláusula 9.6, inciso final, dice: **"...En caso de que el Consejo no cumpla con el plazo estipulado en la Cláusula nueve. cinco. cuatro, la Concesión se considerará renovada por un período de quince (15) años sin perjuicio de que las partes deban obligatoriamente readecuar los términos del contrato. Este procedimiento de renovación se utilizará al final de cualquier período de renovación, hasta que ocurra la terminación de la Concesión"**.

Que, la CLÁUSULA QUINCUAGÉSIMA QUINTA: LEGISLACIÓN APLICABLE del Contrato de Concesión suscrito con SETEL S.A., prescribe: **"El presente Contrato se rige por la legislación ecuatoriana vigente a la fecha de suscripción del presente Contrato. En caso de conflicto de ley posterior con otra anterior, se estará a lo que dispone el Artículo siete del Código Civil."**

Que, la CLÁUSULA QUINCUAGÉSIMA SEXTA: EJECUCIÓN DE BUENA FE del Contrato de Concesión suscrito con SETEL S.A., determina: **"El presente contrato se ejecutará de buena fe. En consecuencia, las partes se obligan a cumplir, no sólo lo estipulado expresamente, sino también todo aquello que se derive de la naturaleza propia del presente contrato."**

Que, la CLÁUSULA SEXAGÉSIMA SEXTA: INTERPRETACIÓN E INTEGRIDAD DEL CONTRATO del Contrato de Concesión suscrito con SETEL S.A., menciona: **"Si existiese contradicciones, diferencias o discrepancias entre las cláusulas del presente contrato, la interpretación se sujetará a lo dispuesto en los Artículos mil seiscientos tres-mil seiscientos nueve del Código Civil del Ecuador"**

Que, la Corte Constitucional, en Sentencia Interpretativa 0006-09-SIC-CC, de 01 de octubre de 2009, dentro del caso 012-08-IC, con relación a la consulta realizada por el extinguido CONARTEL, respecto del artículo 408, señaló: **"1.- El espectro radioeléctrico resulta ser un recurso natural y también un sector estratégico, de conformidad con los artículos 408 y 313 de la Constitución de la República.- 2.- El espectro radioeléctrico, considerado como recurso y sector estratégico, no puede ser utilizado y aprovechado por empresas ajenas al sector público, razón por la cual, la regla prevista en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución no aplica respecto del espectro frecuencial radioeléctrico..."**.

Que, la compañía SETEL S.A., mediante comunicación de fecha 03 de febrero de 2012, solicitó renovación del Contrato de Concesión, conforme a la Cláusula 9.4 del contrato Ibídem, respecto del plazo de la solicitud de renovación, misma que dispone lo siguiente: **"Para renovar el plazo de concesión, la sociedad concesionaria deberá presentar la solicitud de renovación al Consejo, a más tardar cinco (5) años antes del vencimiento del plazo de concesión. (...)"**

Que, el CONATEL, mediante Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de fecha 06 de marzo de 2012, resolvió:

ARTÍCULO DOS.- Declarar la inaplicabilidad de la cláusula 9.5.4, e inciso final de la cláusula 9.6 del contrato de concesión del servicio final de telefonía fija local. servicio de telefonía pública a través de su propia infraestructura, servicio portador y servicio de telefonía de larga distancia nacional, así como la concesión del bloque BB' de frecuencias para operar sistemas de acceso fijo inalámbrico (WLL) suscrito entre SETEL S.A. y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el 26 de agosto de 2002, en consideración a lo dispuesto en el artículo 77 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, que es al que debe sujetarse SETEL S.A.



ARTÍCULO TRES.- *Suspender los plazos estipulados en el contrato de concesión de SETEL S.A. de 26 de agosto de 2002 y que tienen relación con la renovación de la concesión y de modo particular, el señalado en la cláusula 9.5.1, hasta que se cumpla la condición del artículo dos de la Resolución TEL-055-02-CONATEL-2012.*

ARTÍCULO CUATRO.- *Autorizar a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones para que lleve adelante el proceso de revisión del contrato de concesión la operadora SETEL S.A., conforme a los términos señalados en la Resolución TEL-055-02-CONATEL-2012. Cumplida dicha resolución, se iniciará el procedimiento de renovación, de ser procedente.*

Que, el Dr. Clemente José Vivanco, en calidad de Procurador Judicial de la Compañía Servicios de Telecomunicaciones SETEL S.A., presenta el 10 de abril de 2012 ante el CONATEL, Recurso Administrativo de Reposición, en contra de la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de fecha 06 de marzo de 2012, debidamente notificada a la recurrente el 27 de marzo de 2012.

Que, mediante Memorando DGJ-P-2012-041 de fecha 12 de abril de 2012, el Director General Jurídico, eleva a conocimiento del señor Secretario Nacional de Telecomunicaciones, el informe de admisibilidad, respecto del Recurso de Reposición, presentado por la recurrente Servicios de Telecomunicaciones SETEL S.A. a la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de fecha 06 de marzo de 2012, por cuanto éste se ha presentado en el término previsto y cumple con los requisitos formales establecidos en el ERJAFE.

Que, mediante providencia de fecha 19 de abril de 2012, el señor Secretario Nacional de Telecomunicaciones, dispone agregar el informe de admisibilidad contenido en el Memorando DGJ-P-2012-041 de fecha 12 de abril de 2012, así como conceder el término de 72 horas a la Secretaría del CONATEL, para que remita el expediente administrativo relacionado con la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de fecha 06 de marzo de 2012.

Que, mediante oficio 482-S-CONATEL-2012, de fecha 23 de abril de 2012, el Secretario del CONATEL, remite a la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el expediente que sirvió de antecedente para la emisión de la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 y dispone conceder el término de siete días a la Dirección General Jurídica y Dirección General de Gestión de los Servicios de Telecomunicaciones, para que emitan su informe técnico jurídico, sobre los fundamentos del Recurso de Reposición planteado por SETEL S.A.

Que, mediante oficio 0575-S-CONATEL-2012, de fecha 10 de mayo de 2012, el Secretario del CONATEL, en alcance al oficio 482-S-CONATEL-2012 de fecha 23 de abril de 2012, remite en siete fojas útiles el memorando DGGST-2012-167 de fecha 23 de febrero de 2012, el mismo que es parte integrante del expediente administrativo que sirvió de fundamento para la expedición de la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012.

Que, mediante providencia de 26 de abril de 2012, notificada al recurrente el mismo día en la casilla judicial 532, se señala que tendrá lugar la Audiencia solicitada por la operadora SETEL S.A., para el día martes 08 de mayo de 2012 a partir de las 10:00 Hrs, en las oficinas de la SENATEL.

Que, mediante escrito de fecha 26 de abril de 2012, el Dr. Clemente José Vivanco, en calidad de Procurador Judicial de SETEL S.A., dando cumplimiento al numeral segundo de la providencia de fecha 19 de abril de 2012, procede a justificar la calidad en la que comparece, adjuntando una compulsua certificada efectuada en la Notaría Décima del Cantón Quito, el 24 de abril de 2012, de la Procuración Judicial otorgada el 10 de noviembre de 2010 en la Notaría Cuadragésima del cantón Quito.

Que, en memorando DGJ-P-2012-055 de 21 de mayo de 2012, las Direcciones Generales de Gestión de los Servicios de las Telecomunicaciones y Jurídica, emiten informe técnico jurídico sobre los argumentos del Recurso de Reposición interpuesto por la compañía SETEL S.A, a la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012.

Que, en providencia de 29 de mayo de 2012, el Secretario Nacional de Telecomunicaciones dispone agregar al expediente el informe técnico jurídico elaborado por las Direcciones Generales de Gestión de los Servicios de las Telecomunicaciones y Jurídica, sobre los

argumentos del Recurso de Reposición interpuesto por la compañía SETEL S.A, a la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012, poner en conocimiento de la recurrente, así como disponer que la Dirección General Jurídica amplíe el referido informe

Que, en memorando DGJ-2012-1306 de 13 de junio de 2012, la Dirección General Jurídica, emite informe jurídico ampliatorio sobre los argumentos del Recurso de Reposición interpuesto por la compañía SETEL S.A, a la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012, el mismo que fue puesto en conocimiento de la recurrente en providencia de 20 de junio de 2012.

Que, la recurrente compañía de Servicio de Telecomunicaciones Setel S.A., fundamenta jurídicamente el recurso administrativo de reposición, en lo siguiente:

La seguridad jurídica y respeto a la Constitución, amparada en la existencia de las normas jurídicas que deben aplicar las autoridades competentes, conforme lo establece el Art. 82 de la Carta Magna.

En el principio de legalidad que conforme el Art. 226 de la Constitución determinan que los organismos, dependencias y servidores públicos, ejercerán las competencias y facultades atribuidas por la Constitución y la Ley.

En las disposiciones relacionadas al debido proceso y garantías, estipuladas en el Art. 76, numeral 7, letras a) y l) de la norma constitucional vigente.

Desde el punto de vista civil, enuncia las normas establecidas en los artículos 1561, 1562, 1576, 1580, 1698 y 1700 del Código Civil, que se refieren a que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causas legales, a que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo 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; a que conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella, más que a lo literal de las palabras; que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, que cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato y que la nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez sino a pedido de parte.

Con fundamento en la Cláusula Sexagésima Primera: Solución de Controversias la recurrente afirma que cualquier controversia respecto a la aplicación de la Concesión, en relación con su interpretación y cumplimiento, se someterá al procedimiento de Arbitraje.

Sobre la base de las mencionadas normas legales y contractuales, SETEL S.A., argumenta que el CONATEL de acuerdo al Art. 10 de la Reforma de la Ley Especial de Telecomunicaciones, no tiene capacidad para declarar la inaplicabilidad de una cláusula, que forma parte del contrato de concesión, por lo cual solicita se deje sin efecto la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012 y que de igual manera se entienda que continúan vigentes las disposiciones establecidas en las Cláusulas 9.5.4 y 9.6 del Contrato de Concesión.

Que, de la lectura de las cláusulas contractuales 9.5.4 y 9.6 del Contrato de Concesión suscrito con SETEL y la disposición reglamentaria del inciso tercero del Art. 77 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, existe una inconsistencia respecto al plazo con que cuenta el CONATEL para decidir sobre la renovación de la concesión, por lo que el CONATEL en la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012 resolvió declarar la inaplicabilidad de la cláusula 9.5.4, e inciso final de la cláusula 9.6 del Contrato de Concesión del Servicio Final de Telefonía Fija local, Servicio de Telefonía Pública a través de su propia infraestructura, Servicio Portador y Servicio de Telefonía de Larga Distancia Nacional, así como la concesión del bloque B-B' de frecuencias para operar sistemas de acceso fijo inalámbrico (WLL) suscrito entre SETEL S.A. y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el 26 de agosto de 2002, en consideración a lo dispuesto en el artículo 77 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, que es a lo que debe sujetarse SETEL S.A., por ser la normativa vigente a la firma del contrato.

Que, la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012 tiene como sustento esencial la prevalencia de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 77 del Reglamento

9

General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, respecto a las Cláusulas 9.5.4, e inciso final de la cláusula 9.6., por lo que, con relación a la seguridad jurídica, que argumenta la recurrente, éste derecho se fundamenta en el respeto a la Constitución que debe entenderse como la certeza de toda persona, de que los hechos se desarrollarán de una determinada manera en virtud del mandato de las leyes que rigen un país.

Que, el Estado al ejercer su poder de imperio tiene la obligación de garantizar la seguridad jurídica, es decir, la certeza y confianza en la persona, sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro.

Que, la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012, fue emanada evidentemente considerando lo establecido en los artículos 226, 246, numeral 10, 313, 316 y 408 de la Constitución de la República, artículos 6, 7, 9, 13, 33.1, 33.3, letras a), f) y r) de la Ley Especial de Telecomunicaciones, artículos 77, inciso tercero, 87 y 88, letra b) del Reglamento a esta Ley y, sentencia Interpretativa 0006-09-SIC-CC, emitida el 1 de octubre de 2009, por la Corte Constitucional con relación a la consulta realizada por el extinguido CONARTEL, respecto del artículo 408, de la Constitución de la República, la Corte Constitucional, que en resumen determinan que le corresponde al Estado ecuatoriano a través del Consejo Nacional de Telecomunicaciones regular, administrar y controlar las telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico, como establecer los términos, condiciones y plazos para el otorgamiento de las concesiones; es decir, en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicables, como así lo determina el Art. 82 de la Constitución de la República; por lo que también cumpliendo con el principio de legalidad previsto en el Art. 226 de la Carta Magna que expresa que a las instituciones u organismos, dignatarios y funcionarios del Estado, les corresponde exclusivamente ejercer las facultades y atribuciones que les atribuye tanto la Constitución como la Ley; y de qué otra forma podría el CONATEL hacerlo, sino regulando que los contratos de concesión se ajusten a la ley y conforme a la facultad delegataria del Estado.

Que, de conformidad a lo previsto en el artículo 33.3, letra f) de la Ley Especial de Telecomunicaciones corresponde al Consejo Nacional de Telecomunicaciones establecer términos, condiciones y plazos para otorgar las concesiones y autorizaciones del uso de frecuencias así como la autorización de la explotación de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones, por lo cual ha expedido resoluciones para la adecuación de títulos habilitantes al marco constitucional que rige actualmente en el país, precisamente para garantizar el derecho a la seguridad jurídica con la aplicación de la normativa que faculta al CONATEL regular los servicios de telecomunicaciones y en particular la autorización de las concesiones; siendo que en el artículo dos de la Resolución No. TEL-055-02-CONATEL-2012 de 25 de enero de 2012, dispuso que la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, inicie un proceso de revisión con los operadores de telefonía fija como es SETEL S.A. a fin de que incluya en el texto de los nuevos títulos habilitantes, las políticas públicas y más disposiciones que resulten aplicables, lo cual debe usar en futuras renegociaciones de los contratos de concesión respectivos.

Que, respecto, a las normas contenidas en los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, que la recurrente señala como fundamento del recurso y que hacen relación a que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales y, que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que se emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella; cabe señalar que el CONATEL con la expedición de la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012, no invalidó de ninguna manera el contrato de concesión suscrito con SETEL S.A. el 26 de agosto de 2002, el mismo que se encuentra vigente y en plena ejecución, pues invalidar significaría haber anulado los efectos del contrato; como tampoco ha actuado de mala fe o se haya extralimitado en sus competencias como organismo regulador de las telecomunicaciones, debiendo recordar que SETEL S.A., según el contrato de concesión opera como concesionaria o delegataria del Estado Ecuatoriano, a quien constitucionalmente le corresponde la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, lo cual ha sido ratificado en la nueva Constitución de la República, al contemplar en los artículos 314 y 316, que el Estado será el responsable de la provisión de dichos servicios en forma directa y solo por excepción a través de la iniciativa privada, debiéndose entender por lo mismo, que al decir las normas precedentemente citadas, que el contrato obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que se emanan

precisamente de la naturaleza de la obligación (1562), es el interés público que prevalece sobre el particular y que el CONATEL, está obligado hacer prevalecer de acuerdo con sus facultades constitucionales y legales.

Que, sobre los artículos 1576 y Art. 1580 del Código Civil, que también argumenta la recurrente y que se refieren a que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras y, que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Que, a la fecha de la suscripción del contrato de concesión otorgado a SETEL S.A., esto es, el 26 de agosto de 2002, se encontraba vigente el artículo 77 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, que de modo expreso, otorga un plazo de hasta 2 años para la renegociación y no fija un plazo para que el CONATEL emita su decisión de la renovación, por tanto, al haberse estipulado en la Cláusula 9.5.4 del Contrato Concesión, el plazo de un año calendario, contado a partir de la presentación de la solicitud de la renovación para que el CONATEL emita una decisión, se está afectando el plazo de negociación, sin observar la norma previa, vigente. Es más, al mencionar el Art. 94 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, que las condiciones de las operaciones de los concesionarios se sujetarán a los términos establecidos en los respectivos contratos de concesión, así como a las leyes y reglamentos, no queda duda que el plazo establecido en la Cláusula 9.5.4 del Contrato suscrito con SETEL S.A. es inaplicable con relación al plazo de dos años fijado en el Art. 77, inciso tercero del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones.

Que, de aplicarse lo estipulado en el inciso final de la Cláusula 9.6 del Contrato, que si el CONATEL no se pronuncia respecto a la solicitud de renovación en un plazo de un año calendario, contado a partir de la presentación de la solicitud de la renovación, se entenderá renovada la misma, afecta el derecho constitucional del Estado representado por el CONATEL para emitir una resolución expresa y se estaría obligando a adecuar los términos del contrato, lo cual implica viciar de nulidad el otorgamiento de una nueva concesión (vía renovación), dado que, para la celebración de un contrato de concesión (escritura pública), no deben existir vicios del consentimiento, es decir error, fuerza y dolo; y, en el supuesto indicado, se viciaría la voluntad del Estado.

Que, referente a los artículos 1698 y 1700 del Código Civil que prevén que la nulidad relativa da derecho a la rescisión del contrato y tiene que ser declarada por un Juez y ha pedido de parte, mas el CONATEL en la Resolución Tel-123-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012, no resuelve declarar la nulidad de las cláusulas 9.5.4 y 9.6 del contrato de concesión suscrito con SETEL S.A., por el contrario, ha expresado de forma jurídicamente motivada la imposibilidad de aplicación de estas cláusulas por ser inconsistentes con la normativa legal vigente a la celebración del Contrato de Concesión, como es el inciso tercero del Art. 77 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, por lo cual el referido argumento no se ajusta a la realidad y no es válido.

Que, en referencia al argumento esgrimido por SETEL S.A., que de acuerdo a la Cláusula Sexagésima Primera, las controversias derivadas de la ejecución o interpretación del contrato de concesión, deben someterse al procedimiento Arbitral, es preciso reiterar que el CONATEL en la expedición de la Resolución recurrida declaró la inaplicabilidad de la cláusula 9.5.4 e inciso último de la cláusula 9.6, conforme a sus atribuciones establecidas en el Art. 33.3, literales a), b) y r) de la Ley Especial de Telecomunicaciones y artículos 87 y 88, literal b) del Reglamento General a dicha ley, que disponen que al Consejo Nacional de Telecomunicaciones le compete dictar políticas de Estado con relación a las telecomunicaciones, normar y regular los servicios de telecomunicaciones y el uso del espectro radioeléctrico; particularmente establecer términos, condiciones y plazos para otorgar las concesiones y autorizaciones del uso de frecuencias así como la autorización de la explotación de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones; y, en general, realizar todo acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de la Ley y Reglamento.

Que, la recurrente compañía SETEL S.A. entre los fundamentos del recurso de reposición contenidos en el escrito de interposición textualmente mencionada: *"Mediante la Resolución que se impugna se pretende declarar la inaplicabilidad de determinadas cláusulas del Contrato, amparándose en la citada Cláusula 9.6 del mismo, esto es, la disposición referente a la Nulidad Relativa. Es preciso analizar dicha cláusula. En primer lugar, la misma hace referencia a la posible "invalidez" o "no exigibilidad de algún término o disposición del Contrato, incurriendo erróneamente en una equiparación de dichos términos. De todas formas, vale recalcar que dicha invalidez debe ser declarada por "autoridad o persona competente", como señala la misma Cláusula. Ciertamente, dicha competencia no radica en el CONATEL ni en ninguna otra*

institución pública que no sea un Juzgado competente, pues como disponen los anteriormente citados Artículos 1698 y 1700 del Código Civil, la nulidad relativa debe ser declarada por un juez y a pedido de parte, y da derecho a la rescisión del contrato". En lo manifestado por la recurrente precedentemente, existe una confusión al decir que se pretende declarar la inaplicabilidad de determinadas cláusulas del Contrato, amparándose en la citada Cláusula 9.6 del mismo, esto es, la disposición referente a la Nulidad Relativa, pues la referida cláusula trata del procedimiento de la renovación del contrato de concesión y no de nulidad alguna. Según la Cláusula Sexagésima Sexta del Contrato de Concesión suscrito con SETEL S.A., al decir de la Interpretación e Integridad del Contrato, señala: "(...) Los títulos en este Contrato son para identificación y no deben ser considerados como parte de este Contrato, para limitar o ampliar su contenido o para determinar los derechos y obligaciones de las partes. (...)", De conformidad a lo expresado en la referida cláusula, es claro que los títulos que incluye el Contrato no son considerados como parte del mismo para limitarlo o ampliarlo ni para determinar derechos y obligaciones de las partes, por lo que el título de la Cláusula Sexagésima Octava del Contrato de Concesión, que señala. "NULIDAD RELATIVA", no debe tenerse como fundamento de la recurrente para decir que la contradicción existente entre el contenido de la cláusula 9.5.4 y el Art. 77, inciso tercero del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, se trata de una nulidad relativa y que conforme lo establece los artículos 1698 y 1700 del Código Civil da derecho a la rescisión del contrato y la misma tiene que ser declarada por un Juez; ya que la mencionada cláusula determina que: "Si por cualquier término o disposición de este contrato es considerado inválido o no exigible por autoridad o persona competente, dicha invalidez, deberá ser interpretada estrictamente y no afectará la validez de ninguna otra disposición del presente Contrato"; esto es, la no exigibilidad de un término o disposición contractual, por lo que la recurrente confunde la declaratoria de inaplicabilidad de una cláusula contractual con nulidad relativa, que en esencia no es lo mismo, ya que según el Diccionario Panahispánico de la Real Academia de la Lengua Española: "INAPLICAR" significa: no emplear o poner en práctica [algo] con un fin determinado. Como intransitivo pronominal significa "no poner el máximo esfuerzo ó falta de interés en realizar algo." En cambio que la "NULIDAD" es un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide a este acto el producir su efecto. La nulidad relativa es la que no interesa sino a ciertas personas y no hay que confundirla con la rescisión del contrato; pues hay nulidad cuando el acto esta tocado de un vicio radical que impide producir efecto alguno, ya sea que no se haya ejecutado con las formalidades prescritas en la ley, ya sea que se halle en contradicción con las leyes o las buenas costumbres, ya sea en fin, que se haya celebrado por personas incapaces. Hay rescisión, cuando el acto, válido en apariencia, encierra sin embargo, un vicio que puede hacerlo anular, si así lo pidió alguna de las partes, como por ejemplo el error, la violencia, el dolo, una causa falsa, etc. La nulidad se refiere generalmente al orden público, y no puede por tanto cubrirse entonces con la ratificación ni con la prescripción; de modo que los tribunales deben pronunciarla por la sola razón de que el acto nulo no puede producir ningún efecto, sin detenerse a examinar si las artes han recibido o no han recibido lesión. La rescisión, por el contrario, puede cubrirse con la ratificación o el silencio de las partes; y ninguna de éstas puede pedirla sino probando que el acto le es perjudicial o dañoso.

Que, en el informe técnico – jurídico constante en memorando No. DGGST-2012-0167 de 23 de febrero de 2012, que sirvió de sustento para que el CONATEL emita la Resolución TEL-132-05-CONATEL.2012 de 6 de marzo de 2012, y en los considerandos de ésta, se hace referencia a la Cláusula Sexagésima Octava del Contrato de Concesión, por cuanto ésta cláusula determina la no exigibilidad por autoridad competente de aplicar una cláusula contractual, como es la cláusula 9.5.4, cuyo plazo para la renegociación del contrato es inconsistente con el inciso tercero del Art. 77 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones; siendo que el CONATEL en la mencionada Resolución, declaró la imposibilidad de la aplicación de las cláusulas 9.5.4 y 9.6, por ser inconsistentes con la normativa vigente a la celebración del Contrato de Concesión otorgado a SETEL S.A..

Que, en cuanto a la norma del Art. 76, numeral 7, literales a) y l) de la Constitución de la República, que ha sido invocada por la recurrente, cabe señalar que la Resolución TEL-132-05-CONATEL- 2012 de 6 de marzo de 2012, ha sido emitida por el CONATEL, con observancia del debido proceso y conforme a sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, destacando que la citada resolución se encuentra debidamente motivada, al enunciarse las normas y estipulaciones en las que se funda y explicarse sobre manera la pertinencia de su aplicación, por lo que de ninguna manera ha transgredido la referida norma constitucional.

Que, los elementos técnicos y argumentos jurídicos aportados por la Dirección General de Planificación de las Telecomunicaciones y la Dirección General Jurídica, determinan que el acto administrativo contenido en la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012, emitido por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, es legítimo y se ajusta a

derecho, por lo que corresponde desestimar y rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Compañía SETEL S.A.

En ejercicio de sus facultades,

RESUELVE:

ARTÍCULO UNO.- Acoger el informe técnico jurídico contenido en el Memorando DGJ-P-2012-055, elaborado por las Direcciones Generales de Gestión de los Servicios de Telecomunicaciones y Jurídica; así como el informe ampliatorio emitido por la Dirección General Jurídica, constante en Memorando DGJ-2012-1306, relacionado con el Recurso de Reposición interpuesto por la compañía SETEL S.A., a la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012, expedida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

ARTÍCULO DOS.- Desestimar y rechazar el Recurso de Reposición planteado por la compañía SETEL S.A., a la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012, expedida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, por cuanto ésta ha sido emitida en el ámbito de su competencia y se encuentra debidamente motivada en aspectos técnicos y jurídicos.

ARTÍCULO TRES.- Notificar a través de la Secretaría del Consejo Nacional de Telecomunicaciones con la presente Resolución al representante legal de la compañía SETEL S.A., a la Superintendencia de Telecomunicaciones y a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, para los fines legales pertinentes.

La presente Resolución es firme y de ejecución inmediata, una vez que haya sido notificada.

Dado en Tulcán, el 04 de Julio de 2012.



ING. JAIME GUERRERO RUIZ
PRESIDENTE DEL CONATEL



LCDO. VICENTE FREIRE RAMÍREZ
SECRETARIO DEL CONATEL