

RESOLUCION TEL-388-15-CONATEL-2012

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES
CONATEL

CONSIDERANDO:

Que, el Art. 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; i) 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 Carta Magna, 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 den el 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)

a) 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 ECUADORTELECOM 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 ECUADORTELECOM 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."

7

Que, la Cláusula Nueve.cinco.cuatro del Contrato de Concesión suscrito con ECUADORTELECOM 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 ECUADORTELECOM 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 CLAUSULA QUINCUAGESIMA QUINTA: LEGISLACION APLICABLE del Contrato de Concesión suscrito con ECUADOR TELECOM 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 CLAUSULA QUINCUAGESIMA SEXTA: EJECUCION DE BUENA FE del Contrato de Concesión suscrito con ECUADORTELECOM 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 CLAUSULA SEXAGESIMA SEXTA: INTERPRETACIÓN E INTEGRIDAD DEL CONTRATO del Contrato de Concesión suscrito con ECUADORTELECOM 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, el 26 de agosto de 2002, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones otorgó a la Compañía ECUADORTELECOM S.A. la Concesión del Servicio Final Local Pública a través de su propia infraestructura, Servicio Portador y Servicio de Telefonía de Larga Distancia Nacional, así como la Concesión del Bloque C-C' de frecuencias para operar sistemas de acceso fijo inalámbrico (WLL).

Que, el 15 de octubre de 2002 se suscribió el Contrato Rectificador al Contrato de Concesión Servicio Final Local Pública a través de su propia infraestructura, Servicio Portador y Servicio de Telefonía de Larga Distancia Nacional, así como la Concesión del Bloque C-C' de frecuencias para operar sistemas de acceso fijo inalámbrico (WLL).

Que, el 22 de diciembre de 2003, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, suscribió con ECUADORTELECOM S.A una Adenda al contrato de concesión de 26 de agosto de 2002.

Que, la compañía ECUADORTELECOM S.A., mediante oficio GG-2012-149 de 20 de marzo de 2012, solicitó al CONATEL la renovación del Contrato de Concesión"

Que, el CONATEL, mediante Resolución TEL-239-05-CONATEL-2012 de 17 de abril 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 ECUADORTELECOM S.A. y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el 26 de agosto de 2002 y sus Adendas, 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 ECUADORTELECOM S.A.



ARTÍCULO TRES.- *Suspender los plazos estipulados en el contrato de concesión de ECUADORTELECOM S.A. de 26 de agosto de 2002 y sus Adendas, 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 y artículo cinco de la Resolución Tel-132-05-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 ECUADORTELECOM S.A., conforme a los términos señalados en la Resolución TEL-055-02-CONATEL-2012 y lo que resulte del Artículo 5 de la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012. Cumplida dicha resolución, se iniciará el procedimiento de renovación, de ser procedente.*

Que, la Compañía ECUADORTELECOM S.A. por medio de su representante legal, Ing. José Antonio Vedova Suárez, presenta el 10 de mayo de 2012 ante el CONATEL, Recurso Administrativo de Reposición, en contra de la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012, debidamente notificada a la recurrente el 18 de abril de 2012.

Que, mediante Memorando DGJ-P-2012-053 de fecha 11 de mayo 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 ECUADORTELECOM S.A. a la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012, por cuanto éste se ha presentado en el término previsto y cumple con los requisitos formales establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE.

Que, mediante providencia de 14 de mayo de 2012, la señora Secretaria Nacional de Telecomunicaciones, Subrogante, dispone agregar el informe de admisibilidad contenido en el Memorando DGJ-P-2012-0053 de 11 de mayo de 2012, así como conceder el término de tres días a la Secretaría del CONATEL, para que remita el expediente administrativo relacionado con la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012.

Que, Mediante oficio 806-S-CONATEL-2012, de 15 de junio de 2012, el Secretario del CONATEL, remite a la Dirección General Jurídica, el expediente que sirvió de antecedente para la emisión de la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 y el Secretario Nacional de Telecomunicaciones en providencia de 18 de junio de 2012 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 el informe técnico jurídico respectivo, sobre los fundamentos del Recurso de Reposición planteado por ECUADORTELECOM S.A.

Que, en memorando DGJ-P-2012-064 de 27 de junio 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 ECUADORTELECOM S.A, a la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012.

Que, en providencia de 28 de junio 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 ECUADORTELECOM S.A, a la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012, poner en conocimiento de la recurrente.

Que, la recurrente Compañía ECUADORTELECOM S.A., en la interposición del Recurso de Reposición realiza las siguientes argumentaciones:

- a) Según la Cláusula Séptima, 7.2.4 del Contrato de Concesión, la SENATEL reconoció en su debida oportunidad de que el Contrato no contiene disposiciones legales que se encuentre refidas con la Legislación Aplicable. Por tal razón no encontramos que exista nulidad relativa de la Cláusula 9.5.4 e inciso final de la Cláusula 9.6, o inaplicabilidad de dichas disposiciones contractuales.
- b) Para que exista una inconsistencia, se debió contraponer dos disposiciones del mismo contrato, situación que no se ha producido ya que se contraponen para el análisis disposiciones del contrato con normas del Reglamento General.

- c) No es procedente sostener que el CONATEL tenía o tiene competencia para realizar el control de legalidad de las disposiciones legales, a través de la declaratoria de Inaplicabilidad de un precepto legal, ya que esta atribución estaba exclusivamente atribuida, según la Constitución de 1998, artículo 274 a los Jueces y Tribunales.
- d) No existe derecho constitucional a favor del Estado, que consagre que el mismo debe pronunciarse expresamente para manifestar o no la voluntad Estatal, que no sea cumplir con los preceptos constitucionales la de reparar las violaciones a los derechos particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, la seguridad jurídica y garantía estipulada en el Art. 76, numeral 7, letra l) de la norma constitucional vigente.
- e) La interpretación del contrato, se debe guiar por técnicas de razonabilidad que busquen generar actos que no limiten el desarrollo de los derechos de las personas sean estas naturales o jurídicas.
- f) Según la doctrina tres (3) son los casos de incompatibilidad entre normas jurídicas: 1) Que la norma jurídica obligue a realizar un comportamiento y otra norma o disposición jurídica lo prohíba. 2) Que una norma obligue a realizar un comportamiento y otra no permita realizarlo, es decir libere o desobligue del cumplimiento de la obligación. 3) Que una norma jurídica prohíba realizar un comportamiento y otra permita realizarlo.
- g) Legitimidad de la Figura del Silencio Administrativo
- h) Condicionar el proceso de renegociación del plazo del Contrato de Concesión a la existencia del informe de la comisión interinstitucional para que el CONATEL resuelva sobre la excepcionalidad de las concesiones según reza de los considerandos de la Resolución objeto del presente recurso es arbitrario e improcedente jurídicamente, por cuanto las excepciones deben ser establecidos por la Ley y no por una comisión.

Consecuentemente sobre lo dispuesto en los artículos 118, 174 y 175 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, interpone Recurso de Reposición y solicita rechace el Informe Jurídico presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones contenido en oficio SNT-202-435; se declare vigentes y por tanto aplicables las cláusulas 9.5.4 e inciso final de la cláusula 9.6 del Contrato de Concesión y se reinicie de manera inmediata el procedimiento previsto en el Contrato de Concesión para la renovación del plazo de concesión estipulado en la Cláusula Novena del Contrato de Concesión.

Que, la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012 tiene como sustento esencial la prevalencia de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 77 del Reglamento 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, la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril 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 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 ECUADORTELECOM 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, con relación a lo manifestado por la recurrente de que según la Cláusula Séptima, 7.2.4 del Contrato de Concesión, la SENATEL reconoció en su debida oportunidad de que el Contrato no contiene disposiciones legales que se encuentren reñidas con la Legislación Aplicable. Por tal razón no encontramos que exista nulidad relativa de la Cláusula 9.5.4 e inciso final de la Cláusula 9.6, o inaplicabilidad de dichas disposiciones contractuales, a la fecha de la suscripción del contrato de concesión otorgado a ECUADORTELECOM 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 ECUADORTELECOM 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; esto afecta el derecho constitucional del Estado, de 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, la Cláusula Sexagésima Sexta del Contrato de Concesión suscrito con ECUADORTELECOM 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. (...)"*

Que, de conformidad a lo expresado en la Cláusula Sexagésima Sexta del Contrato de Concesión, 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.

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 está 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 partes 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, respecto al argumento de la recurrente que para que exista una inconsistencia, se debió contraponer dos disposiciones del mismo contrato, situación que no se ha producido ya que se contraponen para el análisis disposiciones del contrato con normas del Reglamento General, el informe técnico – jurídico constante en memorando DGGST-2012-0314 de 4 de abril de 2012, que sirvió de sustento para que el CONATEL emita la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril 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 ECUADORTELECOM S.A.

Que, de la lectura de la Cláusula 9.5.4 y del inciso tercero del Art. 77 del Reglamento General de la Ley especial de Telecomunicaciones, se denota 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-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril 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 C-C' de frecuencias para operar sistemas de acceso fijo inalámbrico (WLL) suscrito entre ECUADORTELECOM 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 ECUADORTELECOM S.A., por ser la normativa vigente a la firma del contrato.

Que, en lo que atañe a la argumentación de la recurrente de que no es procedente sostener que el CONATEL tenía o tiene competencia para realizar el control de legalidad de las disposiciones legales, a través de la declaratoria de Inaplicabilidad de un precepto legal, ya que esta facultad estaba exclusivamente atribuida, según la Constitución de 1998, artículo 274 a los Jueces y Tribunales, es claro que la mencionada disposición constitucional se refería a la facultad de los Jueces o Tribunales de Justicia para declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico contrario a la Constitución, Tratados o Convenios Internacionales, cuando los asuntos han sido sometidos a conocimiento y resolución en la vía jurisdiccional, es más lo que hizo el CONATEL en la instancia administrativa de acuerdo a sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias expuestas anteriormente, es declarar la inaplicabilidad de las Cláusulas contractuales 9.5.4 y 9.6 del Contrato de Concesión y no de una disposición legal como erróneamente lo argumenta la recurrente, por lo que no cabe la argumentación de la recurrente a la referida atribución es exclusiva de los Jueces y Tribunales de justicia.

Que, en referencia al argumento de la recurrente de que no existe derecho constitucional a favor del Estado, que consagre que el mismo debe pronunciarse expresamente para manifestar o no la voluntad Estatal, que no sea cumplir con los preceptos constitucionales la de reparar las violaciones a los derechos particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, la seguridad jurídica y garantía estipulada en el Art. 76, numeral 7, letra l) de la norma constitucional vigente. La Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril 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 determina 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 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 ECUADORTELECOM 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 utilizar en futuras renegociaciones de los contratos de concesión respectivos.

Que, de acuerdo a la normativa expuesta, siendo facultad constitucional del Estado ecuatoriano a través del CONATEL regular los servicios de telecomunicaciones, es evidente que para regular tiene que expresar su voluntad, la misma que es uno de los requisitos sustanciales para la formación de todo acto o contrato conforme lo establece el Art. 1461 del Código Civil, cuya omisión constituye un vicio de consentimiento de conformidad con lo previsto en el Art. 1461 del citado Código sustantivo.

Que, el Art. 129 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, expresa: **"Los servicios públicos serán prestados o asumidos por el sector privado mediante delegación expresa que hagan a su favor las autoridades competentes."** Esta disposición exige que en los contratos de concesión de prestación de servicios públicos, en los cuáles se delegue al sector privado, debe manifestarse expresa y obligatoriamente la voluntad estatal por parte del Estado como concedente, voluntad considerada jurídicamente como la **"Facultad ejercida por una persona relacionada con la posibilidad de optar por diversos caminos de acción y actuar según la elección formulada. Estos caminos de acción comprenden la opción de actuar y la de abstenerse de actuar."** (Diccionario Jurídico de Ruy Díaz).

Que, si constitucionalmente le corresponde al Estado la provisión de los servicios de telecomunicaciones, conforme lo determina el Art. 314 de la Constitución y solo por excepción la provisión de dichos servicios podrá delegarse al sector privado, como reza el Art. 316 de la misma Carta del Magna, tal delegación tiene que ser de manera expresa, es decir, con expresión de la voluntad estatal, como así lo dispone el Art. 129 de la Ley de Modernización del estado, por lo que el argumento esgrimido por la recurrente, de que no existe derecho constitucional a favor del Estado, que consagre que el mismo debe pronunciarse expresamente para manifestar o no la voluntad Estatal, carece de fundamento, aún más cuando el propio recurrente así lo reconoce al fundamentar el recurso en la figura del silencio administrativo y decir que esta figura "fue creada por el legislador para corregir la inoperancia y falta de oportunidad de la administración pública al adoptar o emitir la **voluntad administrativa**".

Que, sobre el argumento de que la interpretación del contrato, se debe guiar por técnicas de razonabilidad que busquen generar actos que no limiten el desarrollo de los derechos de las personas sean estas naturales o jurídicas. La Cláusula Sexagésima Octava del Contrato de Concesión, señala: "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 no puede confundir la declaratoria de inaplicabilidad de una cláusula contractual con la interpretación de la misma, 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.", como en el caso, al existir entre el contenido de la cláusula 9.5.4 y el Art. 77, inciso tercero del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones una inconsistencia en el plazo de renegociación del Contrato de Concesión otorgado a favor de la compañía ECUADORTELECOM S.A., se determinó la inaplicabilidad de la mencionada cláusula contractual, en aplicación de la referida norma.

Que, acerca del argumento de la recurrente que según la doctrina tres (3) son los casos de incompatibilidad entre normas jurídicas: 1) Que la norma jurídica obligue a realizar un comportamiento y otra norma o disposición jurídica lo prohíba. 2) Que una norma obligue a realizar un comportamiento y otra no permita

realizarlo, es decir libere o desobligue del cumplimiento de la obligación. 3) Que una norma jurídica prohíba realizar un comportamiento y otra permita realizarlo; no se señala de modo claro la doctrina de la que se recoge los casos de incompatibilidad indicados, por un lado; por otro, dichos casos se refieren únicamente a la incompatibilidad entre normas jurídicas, no así de una norma jurídica con una cláusula contractual, como se ha presentado en este caso la inconsistencia entre la Cláusula 9.5.4 del Contrato de Concesión suscrito con ECUADORTELECOM S.A. y el inciso tercero del Art. 77, del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, por lo cual el CONATEL declaró la inaplicabilidad o no exigibilidad de la mencionada estipulación contractual, situación jurídica que es distinta a la incompatibilidad de normas legales, que jurídicamente significa que dos cosas no deben encontrarse o que no puede poseerse o ejercerse a un mismo tiempo por una misma persona, en cambio que inaplicar como se señaló anteriormente, quiere decir, no poner en práctica algo, como bien lo hizo el CONATEL al declarar la inaplicabilidad de las cláusulas 9.5.4 y 9.6 del Contrato de Concesión, por lo que lo señalado por la operadora ECUADORTELECOM S.A. de que no se ha producido causas descritas, no es aplicable.

Que, sobre la legitimidad de la Figura del Silencio Administrativo también esbozado por la recurrente, se debe manifestar que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado determina: *"Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto."*, si bien la referida norma establece el término de quince días para que la administración de trámite a los reclamos o solicitudes de los administrados, pero también dice: *"salvo que una norma legal señale otro distinto y, en este sentido el Art. 77.- inciso tercero del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones vigente a la suscripción del Contrato de Concesión con ECUADORTELECOM, expresa que: "... 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."* Plazo que en el presente caso no ha operado; tanto más, que el Art. 33.3, letra f) de la Ley Especial de Telecomunicaciones, le faculta al CONATEL para establecer los 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 que en la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012, **ARTICULO TRES**, dispone: *"Suspender los plazos estipulados en el contrato de concesión de ECUADORTELECOM S.A. de 26 de agosto de 2002 y sus Adendas, 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 y artículo cinco de la Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012."*, con lo que queda claro que el argumento de la existencia presunta de un silencio administrativo positivo a favor de la recurrente, es totalmente improcedente.

Que, además, el silencio administrativo de una autoridad deviene un acto administrativo presunto autónomo, siempre que este sea regular, su ejecución requiere del requisito formal previsto en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, norma que establece que para hacer posible el ejercicio de los derechos que se desprendan de los actos administrativos presuntos se requiere solicitar a la autoridad omisa la certificación acerca de la fecha de vencimiento de términos para resolver, lo que como se reitera no ha ocurrido en el presente caso.

Que, por último referente al argumento de que condicionar el proceso de renegociación del plazo del Contrato de Concesión a la existencia del informe de la comisión interinstitucional para que el CONATEL resuelva sobre la excepcionalidad de las concesiones según reza de los considerandos de la Resolución objeto del presente recurso es arbitrario e improcedente jurídicamente, por cuanto las excepciones deben ser establecidos por la Ley y no por una comisión. Este argumento como también se ha expresado carece de fundamento, toda vez que como ya se ha manifestado de acuerdo con el mandato constitucional establecido en los artículos 313, 314 y 316 de la Constitución de la República, es responsabilidad del Estado la provisión de los servicios de telecomunicaciones que los podrá efectuar a través de empresas públicas y sólo por excepción podrá prestárselo a través de la iniciativa, como también lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia Interpretativa 0006-09-SIC-CC, de 01 de octubre de 2009, dentro del caso 012-08-IC, por lo que es preciso reiterar que es atribución del CONATEL 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, conforme lo establece el Art. 33.3, literales a), b), f) y r) de la Ley Especial de Telecomunicaciones y artículos 87 y 88, literal b) del Reglamento General a dicha ley, para lo cual también conforme a su capacidad regulatoria determinada en el Art. 88, letra g) del Reglamento

General de la citada Ley puede **"Crear comisiones especiales para materias específicas vinculadas con su competencia"**, como efectivamente en Resolución TEL-132-05-CONATEL-2012 de 6 de marzo de 2012 conformó una comisión interinstitucional con el fin de que se revise y elabore un informe que contenga el análisis y recomendaciones de la política pública que deba aplicarse, para la prestación del servicio público de telefonía fija local, de modo que sirva de insumo al CONATEL, para resolver acerca de la excepcionalidad, que permita adoptar las decisiones respecto al otorgamiento de concesiones o su renovación, de ser el caso, a la iniciativa privada, de forma que el cumplimiento de esta condición establecida en la Resolución TEL-293-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012 tiene la suficiente fundamentación en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias invocadas, y es absolutamente legítima.

Que, la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012, ha sido emitida por autoridad competente, asegurando las garantías y derechos constitucionales de la seguridad jurídica y del debido proceso, previstas en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República, resolución que ha sido debidamente motivada, al enunciarse las normas y estipulaciones en las que se funda y explicarse la pertinencia de su aplicación, por lo cual corresponde al CONATEL desestimar y rechazar el Recurso de Reposición interpuesto.

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-239-08-CONATEL-2012 de 17 de abril de 2012, es legítimo y se ajusta a derecho, por lo que corresponde desestimar y rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Compañía ECUADORTELECOM S.A.

En ejercicio de sus facultades,

RESUELVE:

ARTÍCULO UNO.- Acoger el informe técnico jurídico contenido en el Memorando DGJ-P-2012-064, elaborado por las Direcciones Generales de Gestión de los Servicios de Telecomunicaciones y Jurídica, relacionado con el Recurso de Reposición interpuesto por la compañía ECUADORTELECOM S.A., a la Resolución TEL-239-08-CONATEL-2012, expedida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

ARTÍCULO DOS.- Desestimar y rechazar el Recurso de Reposición planteado por la compañía ECUADORTELECOM S.A., a la Resolución TEL-239-08-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 ECUADORTELECOM 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 RUÍZ
PRESIDENTE DEL CONATEL



LCDO. VICENTE FREIRE RAMÍREZ
SECRETARIO DEL CONATEL