

RESOLUCIÓN 405-18-CONATEL-2008

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CONATEL

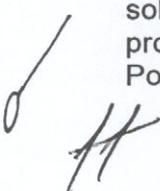
CONSIDERANDO:

Que el lunes 7 de julio del 2008 el señor Francisco Giler Riofrío, Gerente General de GLOBALNET S.A., acudió ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones-CONATEL e interpuso el "...recurso de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho..." de las Resoluciones 439-25-CONATEL-2007 de 5 de septiembre del 2007 y 336-13-CONATEL-2008 de 27 de junio del 2008, señalando en su escrito tener la calidad de representante legal de la empresa en ausencia de su Presidente Ejecutivo.

Que GLOBALNET S.A., a través del que ha denominado recurso de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, expresa su petición para que: "... se ordene la inejecución del acto administrativo expedido a título cautelar, e impugnar, como en efecto impugno, a nombre y en representación de GLOBALNET S.A., como su representante legal, la validez jurídica de las Resoluciones 439-25-CONATEL-2007 Y No. 336-13-CONATEL-2008, ésta última expedida el 27 de junio del 2008 y notificada el 30 de los mismos mes y año y, en consecuencia a interponer, como en efecto interpongo, recurso de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de las antes citadas resoluciones y, sobre la base de los fundamentos jurídicos que a continuación expongo, sustento la presente acción en lo prescrito en el artículo 167.1 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), por tratarse, los actos administrativos que son objeto de impugnación, de aquellos que han puesto fin a la vía administrativa, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 179, letra b) del mismo Estatuto antes citado"

Que GLOBALNET S.A., en el recurso íbidem, en forma concreta solicita: "Sobre la base de todo lo expuesto solicito a usted, a nombre y en representación de GLOBALNET S.A. que declare, sólo para efectos de seguridad jurídica, lo que es manifiesto: la nulidad de pleno derecho de la Resolución No. 439-25-CONATEL-2007 y de la Resolución No. 336-13-CONATEL-2008, estrechamente vinculadas como antecedente y consecuente, tal como lo reconoce expresamente la segunda en su artículo Segundo, pues carecen de la debida motivación para el sustento legítimo de la Resolución cuyo efecto es la terminación unilateral del Contrato..."

Que GLOBALNET S.A. fundamentó su recurso señalando: que el CONATEL y la SENATEL no tienen personalidad jurídica; que el CONATEL no tiene la condición de contratante; que el incumplimiento en la construcción e instalación de los telecentros y estaciones remotas, no está previsto como causa para dar por terminado unilateralmente el contrato; que lo único que se encuentra sustentado por los informes técnicos es el incumplimiento dentro del último plazo de 75 días concedido por la Resolución 439-25-CONATEL-2007 en la construcción de los telecentros, pero que ésta no constituye causal para la terminación unilateral del contrato, porque no consta en la Cláusula Sesenta y Seis como tal, pero que ese incumplimiento se encuentra previsto como infracción de segunda clase de acuerdo a la Cláusula Cincuenta y Ocho, número 8, (pág. 27 vta.) y en consecuencia, sujeta a la sanción económica prevista en la Cláusula sesenta y nueve; que las causales de terminación unilateral del contrato son: a) Culpa grave en el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario; b) Que éste haya incumplido en la prestación de los servicios materia del contrato; y, c) Que haya sido sujeto de multas que sumadas llegan a una cifra no menor al veinte por ciento de los ingresos brutos anuales; que no se ha escuchado al Concesionario sobre su supuesta y jamás previamente imputada culpa grave, sin haber seguido un procedimiento administrativo previo de acuerdo al artículo 24.1 de la Constitución Política, el mismo que le hubiere permitido defenderse de tan severa imputación y,

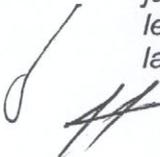


además sin fundamentarla, ni motivada en prueba alguna constituida legalmente; que no puede sustentarse la terminación unilateral del contrato en el incumplimiento en la prestación de los servicios materia del contrato, porque la prestación de éstos se basa en la Cláusula Quince del Contrato; que el contrato no contiene un procedimiento para la determinación de la culpa grave; que la Constitución y la Ley Especial de Telecomunicaciones no atribuyen al CONATEL la potestad administrativa para que pueda legalmente declarar terminado unilateralmente un contrato, sin riguroso apego a las causas previstas en dicho instrumento bilateral; que no existe motivación, artículo 24, numeral 13 de la Constitución; artículo 31 de la Ley de Modernización; artículos 94 y 122 del ERJAFE y Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los actos de la Administración Pública; que existe nulidad de pleno derecho al amparo de los artículos 94 y 129, letra a) del ERJAFE, por manifiesta incompetencia para la expedición de los actos administrativos impugnados, por cuanto dice que el CONATEL ha ido más allá de la potestad atribuida por el ordenamiento jurídico, contrariando el artículo 84 del ERJAFE y viciando tales decisiones en la forma prescrita en los literales b) y e) del artículo 129 del ERJAFE, que se ha imputado y declarado la comisión de una infracción administrativa sin instaurar un procedimiento previo, como lo prescribe el artículo 124.1 de la Constitución y sin que dicha infracción administrativa supuestamente cometida con culpa grave se encuentre tipificada en la Ley como lo exige el artículo 141 No. 1 de la Constitución; tampoco Reglamento alguno o contrato establece que la toma de posesión de los bienes afectos a la concesión ordenada en el artículo tercero de la resolución 336-13-CONATEL-2008 viola el derecho de propiedad de GLOBALNET S.A. el que solo puede ser afectado por decisión judicial. (Artículos números 23, 30 y 141 numeral 1 de la Constitución) ni aún como ejecución forzosa como lo determina el artículo 162 del ERJAFE; que el acto material de ocupación o uso de los bienes de GLOBALNET S.A. en contra de su voluntad genera responsabilidades, incluidas las penales, salvo que un juez competente en razón de la materia lo disponga (artículo 38 de la Ley de Modernización)

Que Mediante Resolución 439-25-CONATEL-2007, de 5 de septiembre del 2007, se dispone: *"ARTÍCULO ÚNICO. Acoger los informes de fiscalización y del administrador del contrato adjuntos al oficio SNT-2007-1302 y 1329 en los cuales se manifiesta que la empresa GLOBALNET S.A. ha incumplido con el plazo contractual para la construcción e instalación de los 1120 Telecentros Comunitarios y Estaciones Remotas según las cláusulas contractuales. Por lo tanto, de conformidad con la cláusula sesenta y seis del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Público de Telecomunicaciones a través de Telecentros Comunitarios Polivalentes en las Áreas Rurales y Urbano Marginales del Ecuador, bajo la modalidad BOO (Build, Own, Operate) (implementación del subcomponente de Telecentros Comunitarios Polivalentes), se le exige al concesionario el cumplimiento de sus obligaciones contractuales las cuales deben ser constatadas por el fiscalizador, para lo cual se le concede a GLOBALNET S.A. el plazo de 75 días a partir del 9 de agosto de 2007. En caso de incumplimiento, el CONATEL procederá a dar por terminado unilateralmente el contrato, de conformidad con lo estipulado en la Cláusula sesenta y seis del mismo."*

Que GLOBALNET S.A., conforme lo dispuesto en la Resolución 439-25-CONATEL-2007, de 5 de septiembre de 2007, debió concluir la primera etapa de construcción hasta el 23 de octubre del 2007, fecha en la cual se cumplieron los 75 días concedidos.

Que mediante Resolución 336-13-CONATEL-2008, de 27 de junio del 2008, el CONATEL resolvió: *"ARTÍCULO PRIMERO.-Acoger los informes presentados por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones mediante oficios SNT-2008-0691 de 25 de junio de 2008, SNT-2008-0693 de 25 de junio de 2008 y SNT-2008-0695 de 25 de junio de 2008. ARTÍCULO SEGUNDO.-El CONATEL en uso de sus atribuciones legales, reglamentarias y contractuales, aplicando el segundo inciso del Art. ÚNICO de la resolución 439-25-CONATEL-2007, declara la terminación unilateral del Contrato*



de Concesión otorgado por el Estado ecuatoriano mediante escritura pública suscrita el 4 de septiembre del 2006, a favor de la empresa GLOBALNET S.A. ARTÍCULO TERCERO.-Disponer a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones –SENATEL, que en aplicación de la cláusula sesenta y seis del contrato de concesión, proceda en forma inmediata a: a) Tomar posesión de las instalaciones y bienes del concesionario aplicados a la concesión, hasta que el CONATEL en función del informe y recomendación que le presente la SENATEL, respecto de la terminación de las obras o la continuación de la ejecución del contrato según corresponda. b) Proceder con la liquidación del contrato c) Proceder con la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato d) Exigir a GLOBALNET S.A., el pago de los daños y perjuicios causados debido a pérdidas, responsabilidades y daños, inclusive daño emergente y lucro cesante que se haya sufrido o se sufra por el incumplimiento del concesionario, para lo cual se le faculta a iniciar las acciones administrativas, judiciales o extrajudiciales que al efecto correspondan, incluyendo la posibilidad de que a criterio de la SENATEL y cumpliendo con la normativa aplicable, se contrate abogados externos para defender los intereses del Estado. ARTÍCULO CUARTO.-Disponer que la Superintendencia de Telecomunicaciones, preste toda la colaboración necesaria para que la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones ejecute lo establecido en el literal a) del ARTÍCULO TERCERO de la presente resolución. ARTÍCULO QUINTO.-Notificar a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, el contenido de esta resolución a efecto que arbitre las medidas correspondientes ante el Banco Mundial respecto a la ejecución del Convenio de Préstamo BIRF 7082-EC, fuente de financiamiento del contrato de concesión suscrito con GLOBALNET S.A. ARTÍCULO SEXTO.-Disponer a la Superintendencia de Telecomunicaciones, ejecute las acciones que correspondan al ámbito de su competencia legal, reglamentaria y contractual, y en coordinación con la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones o, a pedido de ésta, realicen las acciones que permitan el cabal y oportuno cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución. ARTÍCULO SÉPTIMO.-Para los fines establecidos en la legislación aplicable, notificar con el contenido de la presente resolución a la Contraloría General del Estado, a fin de que inscriba a GLOBALNET S.A., como contratista incumplido. ARTÍCULO OCTAVO.-Notificar con la presente Resolución a la empresa GLOBALNET S.A., para los fines legales pertinentes. ARTÍCULO NOVENO.-De la ejecución de la presente resolución encárguese la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.”

Que de conformidad con el artículo 124 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, los actos administrativos de las autoridades y organismos encargados de la administración y regulación de las telecomunicaciones se encuentran sometidos a las normas, recursos y reclamaciones del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Que el Consejo Nacional de Telecomunicaciones – CONATEL, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo innumerado primero del artículo diez de la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, es el ente de administración y regulación de las telecomunicaciones en el país.

Que una vez recibido en el CONATEL el denominado recurso de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho; conocida la verdadera intención y carácter del mismo, la Presidencia del CONATEL con sujeción a lo dispuesto en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, implementó el procedimiento señalado en la Resolución 571-21-CONATEL-2005, disponiendo en providencia de 9 de julio del 2008, las 12:00 que el Asesor del CONATEL en el término de 48 horas presente el informe de admisión a trámite y vía del recurso.

Que el señor Asesor Legal del CONATEL (e) el 9 de julio del 2008, a las 12:00, informó al señor Presidente del CONATEL que una vez que el recurrente amplíe y complete el recurso en los puntos señalados en las letras a) y c) del artículo 137 del

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, es procedente se dé el trámite correspondiente.

Que en atención a la providencia de 9 de julio del 2008, las 15:00 GLOBALNET S.A. completó los requisitos del recurso, por lo que, acogiendo el informe de admisión a trámite suscrito por el señor Asesor Legal del CONATEL (e) y presentado con memorando 037-AL-CONATEL-2008 fechado 24 de julio del 2008, la Presidencia del CONATEL en providencia de 28 de julio del 2008, dio trámite al recurso y solicitó a la Dirección General Jurídica de la SENATEL que en el término de 8 días presente sin el carácter de vinculante un informe en el cual se analice la procedencia del recurso.

Que mediante oficio DGJ-2008-0614 de 07 de agosto del 2008, la Dirección General Jurídica de la SENATEL, presentó el informe jurídico requerido en providencia de 28 de julio del 2008, las 12:00 en el que se analiza en lo principal: a) Con relación a la calidad en la que comparece el señor Francisco Giler Riofrío: Señala que éste comparece en calidad de Gerente General, pero que, como tal no tiene la representación legal de la empresa GLOBALNET S.A., ya que ello se produce de acuerdo con los artículos Noveno, Vigésimo Cuarto y Vigésimo Quinto del Estatuto Social de GLOBALNET S.A., que estipulan que la representación legal de la compañía estará a cargo del Presidente Ejecutivo, individualmente, en todos sus negocios u operaciones, así como en asuntos judiciales y extrajudiciales, sin necesidad de concurso de ningún otro funcionario y que el Gerente General tendrá la administración activa de los negocios sociales y ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de la Compañía, ambas exclusivamente en ausencia del Presidente Ejecutivo, no habiéndose justificado dentro del expediente administrativo, la ausencia temporal o definitiva del Presidente Ejecutivo de GLOBALNET S.A., que le permita al Gerente General, asumir la representación legal de la compañía, no bastando la simple afirmación que consta en el libelo inicial, sin embargo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 108, numeral 4 del ERJAFE, se tiene por presentado el recurso y se continuó con el trámite, pese a la ilegitimidad de personería activa del recurrente. b) Impugnación de los actos administrativos: GLOBALNET S.A. presentó una petición al CONATEL, la que denomina recurso de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho considerando las normas de revisión de disposiciones y actos nulos que constan en el artículo 167.1 del ERJAFE, lo cual constituye un error en la calificación de la acción por parte del accionante, ya que, por el fundamento Estatutario utilizado, no se trataría de un recurso de revisión de oficio, ya que éste no se encuentra previsto en la legislación, sino de una solicitud de revisión de oficio a petición de interesado, pese a lo cual se ha considerado procedente se continúe con el trámite, dado que se encuentra clara y explícita la intención y carácter del mismo, y es deber del Estado, permitir y garantizar la más amplia posibilidad de defensa, enmarcada dentro del debido proceso. Para que proceda la revisión de oficio de las resoluciones (disposiciones o actos nulos), como pretende el recurrente, dichos actos administrativos deben haber puesto fin a la vía administrativa, sin embargo consta una condicionante adicional, "o que no hayan sido recurridos en plazo en los supuestos previstos en este Estatuto". En este caso, se ha incluido en la solicitud de revisión a la Resolución 439-25-CONATEL-2007 de 5 de septiembre del 2007, la misma que fue recurrida previamente, en dos ocasiones por GLOBALNET S.A., a través de recursos de revisión, los que fueron inadmitidos mediante resoluciones 556-30-CONATEL-2007 de 1 de noviembre del 2007 y 326-12-CONATEL-2008 de 19 de junio del 2008, con lo cual se vuelve improcedente la tramitación como una solicitud de revisión, al no encontrarse reunidos los supuestos contenidos en el artículo 167 numeral 1, del ERJAFE. Ahora bien, la Resolución 439-25-CONATEL-2007 de 5 de septiembre del 2007, fue recurrida por dos ocasiones por GLOBALNET S.A., habiéndose emitido también en dos ocasiones resoluciones de inadmisión de sus pretensiones y por tanto desechado los recursos, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 del ERJAFE, ponen fin a la vía administrativa: "a) Las resoluciones de los recursos de apelación y revisión", en tal virtud, no es la Resolución 439-25-CONATEL-2007 de

5 de septiembre de 2007, la que pone fin a la vía administrativa, sino las resoluciones que inadmitieron los recursos presentados. Con relación a la Resolución 336-13-CONATEL-2008 de 27 de junio del 2008, ésta ha sido impugnada expresamente por el recurrente, lo cual implica un procedimiento distinto al de revisión de oficio de los actos en la vía administrativa, - ya que la impugnación es propia del derecho administrativo y está reconocida en el artículo 69 del ERJAFE como un derecho de los administrados, los que pueden optar por hacerlo en sede administrativa a través del recurso de apelación, reposición o revisión según corresponda, o en sede judicial, sin que ese requisito preceda la primera, por tanto, GLOBALNET S.A., debió fundamentarse en el artículo 172 y siguientes del ERJAFE y de manera específica en el artículo 178 íbidem, por cuanto expresa que se trata de una impugnación de actos administrativos, en cuyo caso lo procedente era presentar un recurso extraordinario de revisión y no tratar de inducir a error a la administración presentando una solicitud, con el nombre de recurso de revisión de oficio de nulidad de pleno derecho, recurso que no se ha previsto en el ERJAFE y pretender se dé a la solicitud de revisión, un trámite que no corresponde a la solicitud de revisión, ya que el ERJAFE no ha previsto actuación posterior a la presentación de la solicitud por parte del solicitante de la declaratoria de nulidad, esto básicamente porque el trámite de declaratoria de nulidad de oficio puede iniciarse a solicitud de parte o de oficio, pero la resolución del procedimiento, será siempre de oficio. Por lo indicado, el trámite a darse a la presente acción, corresponde a la de un recurso extraordinario de revisión, el que debió fundarse en las causas previstas en el artículo 178 del ERJAFE, las que no han sido siquiera invocadas, por tanto, al no haberse fundado en ninguna de dichas causales, es procedente que el CONATEL pueda haber acordado motivadamente la inadmisión a trámite, como en efecto correspondía, sin embargo, el no haberlo hecho, demuestra la apertura y transparencia del CONATEL, que en ningún momento ha privado a GLOBALNET S.A. del derecho a la defensa y por el contrario, aún a pesar de los errores manifiestos en el contenido y requisitos de la acción ha dispuesto la aceptación a trámite, con lo cual se permite ejercer a plenitud el derecho a la defensa.

c) Acciones incompatibles: El Presidente Ejecutivo y representante legal de GLOBALNET S.A., el 16 de julio de 2008, ha presentado en el Ministerio de Relaciones Exteriores una comunicación fechada 15 de julio del 2008, por la cual se comunica la controversia surgida entre dicha empresa de accionistas Bolivianos y el Estado ecuatoriano, en el marco de las disposiciones del Convenio suscrito entre Bolivia y Ecuador, para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI) suscrito el 25 de mayo del 2005. La pretensión de GLOBALNET S.A., es contraria a lo establecido en el contrato de concesión respecto a la solución de controversias, a lo señalado en la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones por la falta de registro en el Banco Central y la no suscripción del contrato de garantía de inversión, aspectos que deberán ser aclarados y rebatidos oportunamente, más aún cuando a través de la interposición de los recursos, se ha radicado la competencia en la administración y tribunales nacionales.

d) Sobre la Procedencia o no del recurso: Personería jurídica: La Ley Especial de Telecomunicaciones, en los artículos innumerados 1, 4 y 5 del artículo, dispone que el CONATEL es el ente de administración y regulación de las telecomunicaciones en el país, en tanto que, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, es la entidad encargada de la ejecución de la política de telecomunicaciones en el país, y que goza de autonomía, otorgando al Secretario Nacional de Telecomunicaciones el ejercicio de la representación legal de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, por tanto, el sostener que la SENATEL no tiene personería jurídica, es un absurdo, peor aún alegarla luego de la suscripción del contrato de concesión pretendiendo solamente adquirir derechos para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones y recibir recursos del Estado y cuando se trata de responder por sus incumplimientos, argumentar una supuesta e inexistente falta de personalidad jurídica.

Facultad del CONATEL como parte contratante: En el contrato de concesión suscrito con GLOBALNET S.A. el 4 de septiembre de 2006, consta en la Cláusula Uno, que comparecen a la suscripción por una parte el Estado ecuatoriano representado por el CONAM y la SENATEL, esta última debidamente

autorizada por el CONATEL. En la Cláusula Cuarta íbidem, correspondiente a definiciones y competencias, se estipula: "Partes.-Son el Estado ecuatoriano que interviene en este Contrato por intermedio del CONSEJO NACIONAL DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO – CONAM y la SECRETARÍA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-SENATEL, previa autorización del CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-CONATEL y el Concesionario" En la definición de competencia que consta de esta Cláusula, se estipula: "CONATEL..." "...Resolver sobre la terminación del Contrato, en condición de Contratante, como se establece en el Capítulo XIII". En el Capítulo III.-Terminación del Contrato, Cláusula Sesenta y Seis se estipula: "...El Contratante dará por terminado unilateralmente el contrato, en los casos que el Concesionario..." La Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, otorga al CONATEL en el artículo innumerado 3 del artículo 10, letras f), h) e i) la competencia para establecer términos, condiciones y plazos para otorgar concesiones y autorizaciones del uso de frecuencias, así como para la explotación de servicios finales y portadores de telecomunicaciones y autorizar a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones la suscripción de los respectivos contratos de concesión. De tal manera que, al haberse estipulado que el CONATEL es el Contratante para efectos de la resolución sobre la terminación del contrato, es legal y procedente que en tal calidad haya resuelto legalmente declarar terminado unilateralmente el contrato, lo cual ha realizado, con apego al título habilitante y garantizando el derecho a la defensa y el debido proceso. Siendo el contrato ley para las partes, conforme lo dispone el artículo 1561 del Código Civil, no cabe que GLOBALNET S.A., para pretender evadir el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades, arguya que el CONATEL no tiene la calidad de contratante y como tal quiera ampararse en los artículos 94 y 122 del ERJAFE, para decir que las resoluciones impugnadas han sido emitidas por órgano incompetente, pero no señala siquiera si existen razones de materia, territorio o tiempo y por el contrario, de manera incoherente en el antecedente 10, reconoce la calidad de contratante del CONATEL, aceptada contractualmente, para en la conclusión Cuarta de su "recurso", señalar que: "*...no puede ejercerse tal potestad sino dentro de los límites competenciales demarcados por las partes contratantes, el llevar su ejercicio más allá de la frontera jurídica conduce al órgano a la incompetencia administrativa.*" y con ello pasar a la pretensión concreta y con fundamento en los citados artículos 94 y 122 del ERJAFE, así como de los artículos 84, 129 letras b) y e) del Estatuto íbidem pretender configurar causal de nulidad de pleno derecho que no existe, pues como se ha demostrado el CONATEL es el Contratante y tiene facultad legal, reglamentaria y contractual para resolver sobre la terminación del contrato. e) Reconocimiento expreso de GLOBALNET S.A: El recurrente reconoce en forma expresa: "*Lo único que se encuentra sustentando por informes técnicos es el incumplimiento, dentro del último plazo de 75 días concedido por la Resolución 439-25-CONATEL 2007, en la construcción de los telecentros....*", sin embargo, pese a esta confesión de parte afirma que el incumplimiento en la construcción de los telecentros y estaciones remotas constituye sólo infracción y no causal para la terminación del contrato, conforme lo señala el numeral 8 de la Cláusula Cincuenta y Ocho (infracciones), que estipula: "*...El incumplimiento de las regulaciones del CONATEL y/o de las disposiciones de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones o de las resoluciones de la Superintendencia y, las solicitudes de información de conformidad con el procedimiento indicado en la Cláusula veintiuno, constituyen infracción de segunda clase cuando se incurra por primera vez en cualquier período de dos (2) años durante el plazo de la Concesión e infracciones de tercera clase cuando se incurra por segunda vez en dicho período. Cuando se incurra en infracciones adicionales durante este período, el Concesionario estará sujeto a la penalidad de reincidencia.*", con lo cual ha quedado evidenciado que GLOBALNET S.A., trata de inducir a error y engaño a la administración citando una conducta que constituye una infracción, que nada tiene que ver con el incumplimiento de la construcción e instalación de los telecentros y estaciones remotas que constituye la primera etapa, la misma que, de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas Ocho y Once, tiene el plazo de ocho meses y por no haberse concluido la primera etapa, pese al tiempo

transcurrido y el requerimiento formulado por el CONATEL, mediante Resolución 439-25-CONATEL-2007, la segunda etapa no ha podido comenzar esto es, la operación comercial a través de la prestación pública de los servicios de telecomunicaciones, durante el plazo de vigencia de la concesión. Lo indicado, constituye culpa grave en el cumplimiento de sus obligaciones y así ha sido calificada por el CONATEL, en la Resolución 439-25-CONATEL-2007, al aplicar la Cláusula Sesenta y Seis del Contrato y exigir a GLOBALNET S.A. que en el plazo de 75 días cumpla sus obligaciones, caso contrario, se declararía la terminación unilateral del contrato. Además GLOBALNET S.A. señala que no puede sustentarse la terminación unilateral del contrato en el incumplimiento en la prestación de servicios, porque la prestación de los servicios se basa en la Cláusula Quinta, lo cual, no es preciso, ya que, si GLOBALNET S.A., habría cumplido sus obligaciones y construido e instalado los telecentros y estaciones remotas, el servicio debía ser prestado de acuerdo con la Cláusula Quince, pero el asunto aquí es más delicado, el Concesionario ni siquiera cumplió la primera etapa, por tanto no estuvo en condiciones de prestar el servicio en la forma y el tiempo previsto en el contrato, con ello, es incuestionable que se ha incumplido en la prestación de los servicios materia del contrato por lo que, dicha cláusula no pudo ser considerada, el hacerlo habría implicado avalizar la prestación ilegal y arbitraria del servicio en algunos telecentros y estaciones remotas, sin autorización de la SENATEL.

Causales de terminación unilateral del contrato: El recurrente señala en el numeral IV A) 2, como causales de terminación unilateral del contrato las siguientes: a) Culpa grave en el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario; b) Que éste haya incumplido en la prestación de los servicios materia del contrato; y, c) Que haya sido sujeto de multas que sumadas llegan a una cifra no menor al veinte por ciento de los ingresos brutos anuales; sin embargo, de la transcripción textual del contrato se observa: *"CLAUSULA SESENTA Y SEIS: Terminación unilateral: El Contratante dará por terminado unilateralmente el contrato, en los casos que el Concesionario haya incurrido en Culpa Grave en el cumplimiento de sus obligaciones; cuando éste haya incumplido en la prestación de los servicios materia del Contrato; o cuando por diversas causas el Concesionario haya sido objeto de multas que sumadas llegan a una cifra no menor al veinte y cinco por ciento de los ingresos brutos anuales; o en los demás casos expresamente establecidos en este contrato..."*, resultando evidente que el recurrente pretende darle a la culpa grave la calidad de causal de terminación, cuando no lo es y como tal, no existe un procedimiento para calificar la culpa grave, la misma que se deduce en este caso, por el incumplimiento en la prestación de los servicios materia del contrato, los que, pese al tiempo transcurrido desde la fecha de suscripción del contrato, esto es, 4 de septiembre de 2006, hasta la actualidad, no han podido ser prestados, cuando contractualmente se estableció que la primera etapa concluirá en ocho meses e inmediatamente, iniciaría la segunda etapa, esto es, la prestación del servicio. Notificación a GLOBLANET S.A.: a través de la Fiscalización y Administración del contrato, se ha solicitado a GLOBALNET S.A. que cumpla con sus obligaciones, circunstancia que consta documentada en los archivos institucionales y recogida en los informes que han motivado las resoluciones impugnadas, en tal virtud, no es aplicable de modo alguno el artículo 24, numeral 1 de la Constitución Política, ya que se ha declarado la terminación unilateral del contrato, garantizando el debido proceso, observando el trámite propio de este procedimiento y notificando en todo momento a GLOBALNET S.A., con lo actuado, lo cual ha permitido el ejercicio de su derecho a la defensa, materializado en los recursos de revisión y múltiples peticiones atendidas. Régimen de Infracciones y sanciones contractual: En el presente caso, se ha previsto en la Cláusula Sesenta y Seis, causales de terminación unilateral del contrato, aspecto absolutamente diferente al régimen de infracciones y sanciones, por lo que resulta impertinente que la sociedad concesionaria pretenda que se aplique el artículo 141, numeral 1 de la Constitución y se dicte una ley para declarar la terminación unilateral del contrato.- Toma de posesión de los bienes: el CONATEL jamás ha pretendido afectar el derecho de propiedad, lo único que ha dispuesto en la Resolución impugnada es ejecutar los efectos de la terminación unilateral del contrato



previstos en la Cláusula Sesenta y Seis, de tal manera que el procedimiento es el pactado de mutuo acuerdo entre las partes.

Que del informe presentado por la Dirección General Jurídica de la SENATEL con oficio DGJ-2008-0614 de 07 de agosto del 2008, consta la siguiente recomendación: *"Del análisis y conclusiones que constan en el presente informe, la Dirección General Jurídica de la SENATEL estima que no existen causales de nulidad de pleno derecho que afecten la validez de los actos administrativos impugnados y que por el contrario, estos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, al haberse emitido con la debida motivación, por el órgano administrativo competente en los términos de los artículos 68, 84, 85, 86 y 122 del ERJAFE y con estricto apego a lo estipulado en el Contrato de Concesión celebrado entre el Estado ecuatoriano y la compañía GLOBALNET S.A. el 4 de septiembre del 2006 y de manera especial, con sujeción a la Cláusulas Cuatro (competencias del CONATEL en calidad de Contratante), Ocho (Modalidad Contractual y Etapas del Proceso), Once (Plazo) Sesenta y Seis (terminación Unilateral), permitiendo en todo momento que GLOBALNET S.A., ejerza su derecho a la defensa, como lo ha hecho a través de las impugnaciones y peticiones presentadas. Por lo manifestado conforme a las argumentaciones legales que constan en el presente informe, se recomienda desestimar en su totalidad, por improcedentes las pretensiones contenidas en el denominado por GLOBALNET S.A., recurso de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho."*

Que mediante providencia de 8 de agosto del 2008, las 12:00, la Presidencia del CONATEL corre traslado a GLOBALNET S.A. por el término de cinco días con el informe presentado por la Dirección General Jurídica de la SENATEL y señaló que una vez vencido dicho término, se pondrá en conocimiento del CONATEL todo lo actuado, a fin de que resuelva lo pertinente sobre el presente recurso.

Que el día 12 de agosto del 2008, a las 13:40 se notificó a la empresa GLOBALNET S.A., con la providencia de 8 de agosto del 2008, las 12:00, por tanto, debió presentar sus observaciones hasta el 19 de agosto de 2008, sin que hasta la presente fecha GLOBALNET S.A. haya presentado documento alguno.

Que conforme el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas, existiendo tal motivación cuando se enuncien normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Que en los considerandos de la presente resolución se establece la fundamentación de hecho y de derecho respectiva y la argumentación jurídica que contrasta las peticiones formuladas con la pertinencia de la aplicación de la norma, por lo que se cumple el presupuesto constitucional.

En ejercicio de sus atribuciones:

RESUELVE:

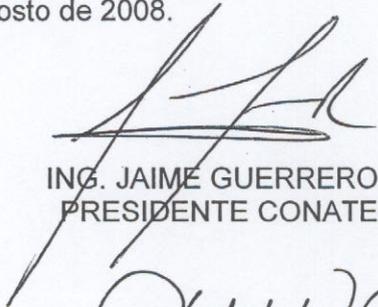
ARTÍCULO UNO. Acoger el informe jurídico presentado por el Director General Jurídico de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones mediante oficio DGJ-2008-0614 de 7 de agosto de 2008 y rechazar por improcedente, acorde a los fundamentos de facto y jurídicos establecidos en los considerandos, el recurso de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, interpuesto por GLOBALNET S.A. y disponer su archivo.



ARTÍCULO DOS. Notificar a la empresa GLOBALNET S.A. con la presente resolución, para los fines legales pertinentes.

La presente resolución es de ejecución inmediata.

Dado en Quito 28 de agosto de 2008.



ING. JAIME GUERRERO RUIZ
PRESIDENTE CONATEL (E)



AB. ANA MARÍA HIDALGO CONCHA
SECRETARIA DEL CONATEL