

RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015- **0595**

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL, NIEGA EL RECURSO ADMINISTRATIVO DE IMPUGNACIÓN INTERPUESTO POR EL SEÑOR EDGAR GUSTAVO CARDOSO MARTÍNEZ EN CALIDAD DE REPRESENTANTE DE LOS HEREDEROS DEL SEÑOR JOSÉ CARDOSO FEICAN, CONCESIONARIOS DE LA ESTACIÓN DE RADIODIFUSIÓN DENOMINADA “LA ROJA 93.7 FM”, MATRIZ DE LA CIUDAD DE CUENCA PROVINCIA DEL AZUAY Y SUS REPETIDORAS DE LAS CIUDADES DE GIRÓN, SANTA ISABEL; Y, GUALACEO.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1. ADMINISTRADO Y ACTO IMPUGNADO

El 5 de mayo de 1994, la extinta Superintendencia de Telecomunicaciones (hoy ARCOTEL) otorgó a favor de los herederos del señor José Cardoso Feican, el contrato de renovación de la concesión de la frecuencia 93.7 MHz, denominada “ONDAS AZUAYAS”, hoy “LA ROJA 93.7 FM”, de la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay.

El acto impugnado es la Resolución No. ARCOTEL-2015-00110 de 3 de junio de 2015.

Con trámite No. ARCOTEL-2015-005429 de 10 de junio de 2015, el señor Edgar Gustavo Cardoso Martínez en calidad de representante de los herederos del señor José Cardoso Feican, concesionarios de la frecuencias 93.7 MHz, comparece ante la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL y presenta un “RECURSO DE APELACIÓN” para ante el MÁXIMO ÓRGANO de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones”, impugnando el acto administrativo contenido en la Resolución ARCOTEL-2015-00110 de 3 de junio de 2015, pretendiendo:

*“Por las consideraciones expuestas, dentro del término fijado en el Art. 177 del ERJAFE, interpongo recurso de apelación, con el fin de que como máxima autoridad, **declare la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado contenido en la Resolución ARCOTEL-2015-00110; expedida el 3 de junio de 2015**, por el Ingeniero Gonzalo Carvajal Villamar, por delegación de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones –ARCOTEL-, por cuanto es inconstitucional, ilegal, carece de debida motivación, se basa en un informe erróneo, se vulnera el principio de legalidad, la seguridad jurídica y afecta directamente a derechos adquiridos; y así configura una decisión incongruente e incoherente.*

Con la declaratoria de nulidad del acto, como tal dejará sin efecto la ratificación de devolución, terminación y/o caducidad del contrato de concesión de frecuencias que se pretende, y de tal forma se encontrará vigente y habilitará al concesionario para su operación normal”. (...)

“De conformidad con el Art. 11 del RTT, incluso citado en el acto impugnado, cuando el título habilitante haya terminado de pleno derecho o por decisión en firme de la autoridad de telecomunicaciones, la operación será considerada como clandestina; por lo cual con la presentación del presente recurso, el acto administrativo que se impugna no se encuentra en firme al haberse recurrido, por lo que las operaciones como concesionario de frecuencia continuarán normalmente mientras se sustancia y resuelva el presente caso.”.

1.2. COMPETENCIA

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

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

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



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

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

Por lo que, corresponde a la Coordinación Técnica de Control ejercer por delegación, la competencia para conocer, sustanciar y resolver el recurso extraordinario de revisión, incoado por el señor Edgar Gustavo Cardoso Martínez en calidad de representante de los herederos del señor José Cardoso Feicán concesionarios de la frecuencia 93.7 MHz, de la estación de radiodifusión denominada "LA ROJA 93.7 FM", quien impugna el acto administrativo contenido en la Resolución ARCOTEL-2015-00110, por medio del cual se da por terminado el contrato de renovación de la concesión, suscrito el 5 de mayo de 1994, para servir a la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay.

1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE REVISIÓN

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, en su artículo 68, contiene la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, por tanto: *"...Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto."*

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

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

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

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

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

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

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

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

Con relación al recurso extraordinario de revisión, señala:

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

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

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

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

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



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

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

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

De la norma transcrita se observa el carácter excepcional del recurso de revisión, el mismo que, para su procedencia, debe sujetarse a las causales taxativas previstas en el artículo *ibidem*. El tratadista Eduardo García de Enterría señala que el recurso de revisión constituye en principio "más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados"¹. En esta misma línea, de acuerdo a la cita del tratadista Marco Morales, en su texto de Derecho Procesal Administrativo, el jurista ecuatoriano Patricio Secaira, señala: "La interposición de este recurso está restringida a aquellos casos en los cuales se justifique que los actos impugnados adolecen de errores jurídicos y fácticos; esto es no respondan a su verdad material y objetiva; cuando existan hechos supervinientes de tanta importancia que afecten su esencia; cuando los documentos o informaciones que sirvieron de base para que se emita el acto hayan sido declarados en vía judicial; o cuando el acto se hubiere expedido para el cometimiento de un delito; entre otros."².

II. ANÁLISIS DE FONDO

2.1. RESOLUCIÓN IMPUGNADA

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través de la Resolución No. ARCOTEL-2015-00110, de 3 de junio de 2015, resolvió:

"ARTÍCULO DOS: Ratificar que la frecuencia 93.7 MHz de la estación de radiodifusión denominada "LA ROJA 93.7 FM", matriz de la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, y 93.7 MHz, de las repetidoras de las ciudades de Girón y Santa Isabel así como Gualaceo, de la misma provincia, devuelta al Estado por efecto del mecanismo de devolución-concesión, según consta en comunicación ingresada al ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión con el Nro. 1345, de 26 de mayo de 2004, se encuentra revertida a favor del Estado ecuatoriano, para lo cual se debe tomar en cuenta que en la declaración juramentada de 24 de julio de 2013, realizada por el mandatario de los herederos del señor José Cardoso Feican, se señala: "...en la actualidad es la compañía Sunny FM Radio Cia. Ltda, la que usa y aprovecha la frecuencia de los 93.7 MHz en Frecuencia Modulada bajo la denominación de Radiodifusora La Roja, mediante concesión otorgada en fecha 17 de noviembre de 2004, para un periodo de 10 años...", a esto se suma que la vigencia del contrato de concesión caducó el 5 de mayo de 2014; en consecuencia se ratifica también la terminación del contrato de renovación de la concesión de las frecuencias mencionadas, celebrado el 5 de mayo de 1994, modificado mediante contratos suscritos el 17 de diciembre de 2001 y 22 de marzo de 2002, ante el Notario Trigésimo Octavo del Cantón Quito, renovado mediante oficio No. STL-2004-1561, de 17 de noviembre de 2004, de conformidad con lo determinado en el artículo 112 numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Comunicación, por lo que debe proceder a suspender la emisión de la señal abierta y dejar de operar la citada estación.

2.2. ARGUMENTOS DEL RECURSO Y ANÁLISIS

El recurso extraordinario de revisión incoado por el señor Edgar Gustavo Cardoso Martínez en representación de los herederos del señor José Cardoso Feican (+), concesionarios de la frecuencia 93.7 MHz – Estación "LA ROJA 93.7 FM", ha sido presentado el 10 de junio de 2015 en contra de la Resolución ARCOTEL-2015-00110 de 3 de junio de 2015, por medio del cual se ratifica que la frecuencia 93.7 MHz de la estación de radiodifusión denominada "LA ROJA 93.7 FM", y sus repetidoras se encuentran revertidas al Estado; ratificándose también la terminación del plazo del contrato de concesión.

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

²*Ibidem*, P. 460.

Considerando que en lo fundamental el escrito de interposición del recurso, expresa lo requerido en el artículo 180 del ERJAFE, es procedente su admisión a trámite y en consecuencia, corresponde analizar el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido, esto es, la Resolución ARCOTEL-2015-00110 de 3 de junio de 2015.

En lo principal el recurrente, alega falta de motivación del acto administrativo, y vulneración de la legalidad de los derechos adquiridos, argumentando lo siguiente:

"De conformidad a la facultad constitucional de impugnación de los actos de poder público, como parte integrante de la incoherencia e incongruencia del acto recurrido; impugno el informe de la Dirección Jurídica de Regulación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones constante en Memorando Nro. ARCOTEL-DJR-2015-0502-M, de 02 de junio de 2015, y del cual se hace referencia expresa en la resolución que se impugna, y que como efecto jurídico conlleva la falta de motivación del acto administrativo. (...)

De la lectura de este criterio, podemos determinar un error dentro de la argumentación que obviamente al ser la base de la motivación de la resolución que se impugna conlleva que adolezca de vicios de nulidad de pleno derecho, pues no son susceptibles de convalidación, y como tal una falta grosera de legitimidad del acto.

Por una parte, el informe sobre el cual basa la decisión la autoridad menciona que se debe ratificar que la frecuencia devuelta al estado por efecto del mecanismo devolución concesión se encuentra revertida al Estado y por otra parte que el contrato de concesión caducó el 5 de mayo de 2014.

En síntesis se puede distinguir claramente que existen dos situaciones totalmente contrapuestas que son las que textualmente forman la parte resolutive del acto que se impugna, es decir, en un aspecto lógico existen conclusiones contrapuestas con base a las mismas premisas enunciadas, pues no se señala con claridad si se declara caducado el contrato de concesión o si en su defecto se declara como devuelta la concesión.

La contradicción es evidente, pues no puede caducar un contrato de concesión, si esta ya fue devuelta al Estado, ya que esto implicaría que el derecho termina por la caducidad, asumiendo que estaba subsistente, luego no pudo haber sido devuelta en ese tiempo.

Y de la misma forma, no puede señalarse que una concesión fue devuelta al Estado y que se revirtió; pues siendo así, no hubiese tenido vigencia hasta el 5 de mayo de 2014 que se argumenta. Sería imposible que haya tenido vigencia hasta esa fecha si el 26 de mayo de 2004, supuestamente se devolvió. Esto además omite el hecho que tal devolución se la hizo con el fin de que se concesione nuevamente, sin ser así un acto simple de devolución sino condicionado, conforme el procedimiento instaurado por la misma administración pública (CONARTEL). (...)

Como evidentemente se demuestra existe incompatibilidad entre las dos conclusiones que señala el informe jurídico previo a la resolución, ya que para cada una de ellas se prevé un procedimiento administrativo reglamentario distinto, configurándose así una violación al derecho al debido proceso y al principio de legalidad, pues se incumple con el contenido del RTT citado incluso en la misma resolución.

En este caso, es lo uno o es lo otro, no pueden ser las dos conclusiones; y peor aun siendo las mismas contradictorias que sean ambas textualmente replicadas en la parte resolutive del acto impugnado; por lo que tales conclusiones acarrear la nulidad de pleno derecho de este acto.

Esta consecuencia se desarrolla más si se toma en cuenta que el verbo rector de la parte resolutive hace alusión a ratificar, pues con base al RTT, el efecto es la terminación, no la ratificación que implicaría reiterar un acto previo, el mismo que no existe pues no hay tal acto administrativo de devolución o la caducidad.

En este sentido, la resolución impugnada carece de validez, y de tal forma es nula de pleno derecho, ya que el no considerarse lo manifestado, esto constituye una clara falta de motivación en la resolución administrativa y un grave incumplimiento al ordenamiento jurídico ecuatoriano..."

"...Finalmente debe señalarse que para la motivación de un acto no basta la enunciación de los fundamentos de hecho y de derecho, sino la pertinencia que exista entre ellos, así esto representa la coherencia entre los unos y los otros, que para el caso concreto ha sido violentada tal pertinencia, pues se enuncian argumentos excluyentes entre sí, sin que puedan ser conciliados dentro del acto que se impugna.

El incumplimiento de lo señalado significaría la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho del acto administrativo como bien lo indica el citado artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador."



(...)

"En su parte resolutive, el acto que se impugna señala de forma sintetizada: Ratificar que la frecuencia (...) se encuentra revertida al Estado ecuatoriano. Como base para este argumento se hace alusión al proceso de devolución-concesión que en su momento el mismo CONARTEL lo reguló a través de varias resoluciones.

Sin embargo estas resoluciones que instauraron el procedimiento devolución – concesión, y el alcance que se pretende hacer a la fecha actual de las mismas bajo un supuesto de ratificación de la reversión que se derivan de la aplicación de estas, hay que considerar un elemento fundamental y que corresponde a que con el trámite 1345 del 26 de mayo del 2004, se realizó el acto necesario para acogerse al sistema de devolución – concesión emitido por el CONARTEL en su momento, y se devuelve al Estado la frecuencia previa calificación del concesionario que en este caso es la compañía SUNNY FM RADIO Cia. Ltda."

*Este aspecto de la devolución concesión, se desprende como aceptado por la autoridad, más allá de las resoluciones enumeradas, ya que mediante **oficio No. STL-2004-1561 de 17 de diciembre de 2004** -de fecha posterior-, en el cual la Superintendencia de Telecomunicaciones renueva el contrato de concesión de la frecuencia 93.7 MHz, para el funcionamiento de la estación denominada "LA ROJA 93.7 FM", con una duración de 10 años, la misma cuya fecha de vencimiento corresponde al 05 de mayo de 2014.*

Este documento es fundamental para determinar con certeza que la autoridad pública hoy emisora del acto administrativo impugnado, al ser la que reemplaza al que emitió el documento en el año 2004, claramente admitieron como Estado y reconocen el derecho adquirido por nuestra parte como concesionarios al habernos acogido al sistema devolución – concesión, y sobre lo cual en el mismo año 2004, posterior a lo comunicado a la autoridad sobre la intención de que la compañía SUNNY sea calificada como concesionaria, la misma Administración Pública otorgó la renovación de la frecuencia así aceptando y a su vez otorgando el derecho.

De forma más enfática, la autoridad, mediante una norma de carácter general, reconoció los derechos adquiridos de las concesionarias y por medio del Art. 3 de (sic) Resolución NO. RTV-734-25-CONATEL-2014, mediante el cual se Reforma el Reglamento para la Adjudicación de títulos habilitantes para el funcionamiento de medios de comunicación social públicos, privados, comunitarios y sistemas de audio y video por suscripción se declaró que: "Las estaciones de Radiodifusión Sonora, Televisión Abierta y Sistemas de Audio y Video por Suscripción, cuyos contratos de concesión vencieron antes y a partir de la Ley Orgánica de Comunicación, continuarán operando hasta que el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación y demás normativa aplicable, disponga lo pertinente. En este sentido, posterior al cumplimiento del plazo de la renovación anteriormente descrita, "LA ROJA 93.7 FM" al encontrarse en este supuesto normativo, mantiene su operación legítima y regular, constituyendo esto un derecho adquirido y reconocido por la misma autoridad...". (...)

Bajo esta misma línea hay que considerar que por nuestra parte con base a este documento, acogiéndome a lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Comunicación, procedimos con el cumplimiento del requisito exigido con respecto a la presentación de la declaración juramentada, tal como la misma autoridad, en pleno conocimiento de la ley. En el caso de existir observaciones, lo cual no está determinado claramente en el acto que se impugna per se no implica la imposibilidad de subsanar dicha declaración, modificarla y como tal continuar la gestión que corresponde..."

La Dirección Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico a través del Informe Jurídico No. ARCOTEL-DJCE-2015-00014, de 05 de octubre de 2015, remitido a la Coordinación Técnica de Control con memorando ARCOTEL-DJCE-2015-0191-M, de 05 de octubre de 2015 en lo principal, analiza en extenso los fundamentos del recurso y considera:

"La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones aplica el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo Ejecutivo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, para la atención y trámite de sus procedimientos administrativos, con sujeción estricta a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Ley Orgánica de Comunicación y su normativa de desarrollo.

Dentro de los argumentos argüidos por el recurrente, consta la impugnación que formula al informe de la Dirección Jurídica de Regulación, signado como memorando ARCOTEL-DJR-2015-0502-M, de 2 de junio de 2015, el cual se señala expresamente en la resolución que también se impugna y que como efecto jurídico, conlleva la falta de motivación del acto administrativo.

El recurrente transcribe el artículo 74 del ERJAFE; el que con relación a los actos de simple administración, señala que:

“...por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un examen o dictamen erróneo”.

El artículo Uno de la resolución impugnada establece: “Avocar conocimiento del contenido del informe de la Dirección Jurídica de Regulación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones constante en Memorando Nro. ARCOTEL-DJR-2015-0502-M, de 02 de junio de 2013”, por lo que se determina que si bien el informe por su naturaleza tiene el carácter de consultivo, no ha sido acogido e incorporado expresamente como parte de la motivación de la resolución impugnada.

De la lectura del informe Jurídico, encontramos que el mismo tiene la siguiente estructura:

- Una transcripción de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Comunicación, que obliga a los concesionarios de frecuencias a presentar una declaración juramentada respecto de quien utiliza la concesión y opera la estación por lo menos en los últimos dos años; siendo el incumplimiento de dicha disposición, causal de reversión de la concesión.
- Acciones desarrolladas por la Autoridad de Telecomunicaciones, para difundir el contenido de la Disposición Transitoria Tercera de la LOC.
- Antecedentes del caso: Otorgamiento de títulos habilitantes, resoluciones sobre la aplicación del mecanismo devolución – concesión; y, presentación de la declaración juramentada.
- Fundamentos jurídicos: Transcripción de varios artículos de la Constitución, Ley Orgánica de Telecomunicaciones; Ley Orgánica de Comunicación; Reglamento para Terminación de Títulos Habilitantes de Radiodifusión, Televisión Abierta y Sistemas de Audio y Video por Suscripción; y, delegación de funciones al nivel jerárquico superior.
- Análisis jurídico; y,
- Conclusión.

El informe Jurídico es claro en señalar que el 5 de mayo de 1994 se otorgó a favor de los herederos del señor José Cardoso Feican, el contrato de concesión (renovación) de la frecuencia 93.7 MHz para servir a la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay; que mediante contratos modificatorios de 17 de diciembre de 2001 y 22 de marzo de 2002, se autorizó las estaciones repetidoras para las ciudades de Girón, Santa Isabel y Gualaceo de la provincia del Azuay; y, que el 17 de noviembre de 2004, se renovó la concesión a favor de los herederos del señor José Cardoso Feican, por el plazo de 10 años, con lo cual, la concesión tendría una duración hasta el 5 de mayo de 2014.

Con este antecedente contractual, es decir una vez que se ha señalado que el vínculo jurídico derivado del contrato de concesión se ha establecido entre los herederos del señor José Cardoso Feican y el Estado ecuatoriano, la Dirección Jurídica de Regulación, informa que el 26 de mayo de 2004 se ingresa en el extinto CONARTEL un documento con reconocimiento de firma y rúbrica ante Notario Público (7 de abril de 2004), por el cual el mandatario de los herederos del señor José Antonio Cardoso Feican, señala:

“...devolvemos al Estado la frecuencia radioeléctrica 93.7 KHz, de la radiodifusora Candela (hoy la ROJA 93.7 FM), de la ciudad de Cuenca, previa la calificación como concesionario a Sunny FM Radio Cia. Ltda”.

Efectivamente, revisado el expediente encontramos que el 26 de mayo de 2004, el representante de los herederos del señor José Cardoso, expresa que:

“...De la documentación que adjuntamos, vendrá a su conocimiento que hemos procedido a suscribir el contrato de promesa de compra venta de los equipos con los que opera la Radiodifusora “La Roja”, en la frecuencia 93.7, por lo que, es nuestra intención enajenar dichos equipos a favor de Sunny FM. Radio Cia. Ltda/La Roja.

Por lo antes indicado devolvemos al Estado la frecuencia radioeléctrica 93.7 KHz de la Radiodifusora Candela de la ciudad de Cuenca, previa la calificación como concesionario a Sunny FM Radio Cia. Ltda.”.

En igual forma, del expediente administrativo consta que mediante oficio ITG-3443 de 22 de octubre de 2004 la Intendencia General de Telecomunicaciones de la extinta Superintendencia de Telecomunicaciones, remite al



Presidente del extinto CONARTEL, los informes técnico y legal relacionados con la solicitud de devolución y concesión de las frecuencias principales y auxiliares de radio "LA ROJA 93.7 FM" (93.7 MHz) antes RADIO CANDELA 93.7 FM, matriz de la ciudad de Cuenca y dos repetidoras que sirven a las ciudades de Girón y Gualaceo, provincia del Azuay, a favor de la compañía SUNNY FM RADIO CIA. LTDA / LA ROJA, representada por el señor Carlos Crespo Moreno.

El informe Técnico No. 231 de 5 de julio de 2004, sobre la devolución – concesión de la frecuencia de la Estación de la "LA ROJA 93.7 FM" señala:

"a) Que sobre la base del Artículo 67, literal b) de la Ley de Radiodifusión y Televisión, por petición del señor Ingeniero Gustavo Cardoso, mandatario de los herederos del señor José Cardoso Faican, es factible aceptar por voluntad del concesionario, la devolución al Estado de las siguientes frecuencias principales y auxiliares...".

El Informe Legal emitido con memorando No. DJR-04-1643 de 30 de octubre de 2004, sobre la devolución – concesión de la frecuencia de la Estación de la "LA ROJA 93.7 FM" concluye:

"Que, en orden a los antecedentes y las consideraciones jurídicas expuestos, estima que el CONARTEL, está en condiciones de resolver sobre el trámite de devolución y concesión de las frecuencias 93.7 MHz de Radio "LA ROJA 93.7 FM" que sirve a la ciudad de Cuenca, a favor de la compañía "SUNNY FM RADIO CIA. LTDA/LA ROJA", tomando en cuenta las recomendaciones formuladas por la Dirección General de Radiodifusión y Televisión constantes en el numeral 1.9 del informe legal, así como también sobre la base de los criterios que el Consejo adopte para las concesiones de frecuencias de radiodifusión y televisión y de que existen pedidos de otras personas para la ciudad indicada."

En el artículo innumerado 5, letra, agregado a continuación del artículo 5 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, se establece como atribución del CONARTEL, autorizar la concesión de canales de frecuencias de radiodifusión o televisión, **su transferencia a otros concesionarios**, el arrendamiento de las estaciones y la cancelación de las concesiones.

El Estado ecuatoriano a través del extinto CONARTEL, emitió varias resoluciones por medio de las cuales reguló el mecanismo de devolución - concesión prevista en la Ley; con el siguiente contenido:

- **Resolución No. 910-CONARTEL-99**

1. Manifestación escrita del concesionario, de que es su deseo enajenar la estación, instalaciones y equipos y de entregar o revertir la frecuencia al Estado.
2. Calificar al peticionario, a quien se le autorizará la concesión de la frecuencia, previamente a aceptar la devolución o reversión de la frecuencia al Estado.
3. Establecer como política el otorgamiento de la frecuencia revertida a favor del peticionario que hubiere adquirido los equipos y cumplido los requisitos que para efectos de autorización tendrá el carácter de preferentes; y,
4. Disponer que estos casos sean tratados en dos sesiones.

- **RESOLUCIÓN No. 917-CONARTEL-99**

1. Calificar al peticionario que hubiere adquirido los equipos mediante el respectivo contrato o promesa de COMPRA-VENTA que deberá ser protocolizado ante un Notario Público; así como aceptar la devolución de la frecuencia al Estado, por parte del concesionario.

- **RESOLUCIÓN No. 999-CONARTEL-99**

1. En el segundo párrafo del considerando eliminar la palabra "TRASPASO" y sustituirla por "DEVOLUCIÓN Y ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS".
2. Eliminar el subtítulo "ESTABLECER EL SIGUIENTE MECANISMO PARA EL TRASPASO DE FRECUENCIAS".
3. En el literal "c", se sustituye la palabra "PREFERENTE" por "PRIORITARIO".

A criterio de la Dirección Jurídica de Regulación, el mismo que ha sido acogido en la RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015-0519 de 18 de septiembre de 2015, respecto del mecanismo devolución-concesión, se señala:



“...Del análisis, realizado al informe de la Comisión para la Auditoría de las Concesiones de las Frecuencias de Radio y Televisión del 18 de mayo de 2009, en el Anexo 5 del citado informe de auditoría, se mencionan las “Emisoras y concesionarios involucrados en el mecanismo de devolución-concesión”, las cuales tienen relación con el punto 4 antes descrito. **Es evidente que la Inconstitucionalidad e ilegalidad del “MECANISMO” es determinado con posterioridad al hecho y las regulaciones emitidas;** y por (sic) Comisión para la Auditoría de las Concesiones de las Frecuencias de Radio y Televisión. Ante estos acontecimientos, los principios mencionados actúan como contrapeso de la potestad sancionadora, ya que, evita que la administración imponga sanciones concretas al margen de la ley.”.

Por lo que, la RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015-0519 de 18 de septiembre de 2015, que tomamos como precedente administrativo, señala en sus considerandos:

“...Que, (sic) esta Dirección Jurídica de Regulación, considera que la compañía (...) concesionaria de la frecuencia (...) de la estación de radiodifusión denominada (...), si cumplió con los requisitos, condiciones y plazo establecidos en las resoluciones No. 910-CONARTEL-99, 917-CONARTEL-99 y 999-CONARTEL-99, Resoluciones emitidas por el ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, ex CONARTEL; legítimas y ejecutables a la época, por lo tanto, son medios de prueba pertinentes, ya que guardan relación con el objeto del procedimiento, y útiles porque contribuyen a rebatir los hechos imputados en la Resolución (...).

De la lectura del expediente y revisión de documentos, se puede determinar que el trámite de devolución concesión iniciado por los herederos del señor José Cardoso, no concluyó, es decir, que el Estado ecuatoriano, no otorgó la concesión a la empresa SUNNY FM RADIO CIA.LTDA, una vez que se realizó la devolución y reversión de frecuencias, con escrito de 26 de mayo de 2004; y, por el contrario, mediante Resolución No. 5990-CONARTEL-09 de 29 de julio de 2009, resolvió:

“Art. 1 SUSPENDER EL TRATAMIENTO DE LA RENOVACIÓN DE RADIO LA ROJA DE LA CIUDAD DE CUENCA Y TRATARLO CONFORME LO DISPUESTO EN LA RESOLUCIÓN 5668-CONARTEL-09 DE 8 DE MARZO DE 2009, RELACIONADA CON LOS CASOS INMERSOS EN EL MECANISMO DE “DEVOLUCIÓN-CONCESIÓN”.

La Resolución No. 5668-CONARTEL-2009, de 6 de marzo de 2009, dispone:

“Art. 1 RECONOCER QUE LAS FRECUENCIAS DEVUELTAS AL ESTADO POR EFECTO DEL MECANISMO DE DEVOLUCIÓN – CONCESIÓN, CUYAS RESOLUCIONES FUERON DEROGADAS, SE ENCUENTRAN REVERTIDAS A FAVOR DEL ESTADO ECUATORIANO.

Art. 2 DETERMINAR QUE LAS SOLICITUDES QUE ESTUVIERON CONCATENADAS AL MECANISMO DE DEVOLUCIÓN – CONCESIÓN POR SER UN MECANISMO QUE NUNCA FUE IMPUGNADO ANTE AUTORIDAD COMPETENTE, QUEDEN PENDIENTES DE RESOLUCIÓN, PARA QUE EN IGUALDAD DE CONDICIONES Y SIN DERECHOS PREFERENTES COMO MANDA LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LAS RECOMENDACIONES EMANANDAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, CONSTANTES EN EL INFORME No. DA1-0034-2007, EL CONARTEL RESUELVA EN EL TERMINO OPORTUNO, SEGÚN CADA ZONA GEOGRÁFICA, DEJANDO A SALVO LA OPERACIÓN DE BUENA FE POR PARTE DE QUIENES ADQUIRIERON LOS EQUIPOS E INSTALACIONES.

Art. 3. DEROGAR TODAS LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR EL CONARTEL, REFERENTES AL MECANISMO DE DEVOLUCIÓN – CONCESIÓN...”.

Por lo que, el informe de la Dirección Jurídica de Regulación, revela que, al revisarse la declaración juramentada presentada en cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Comunicación, por el representante de los herederos del señor José Cardoso Feican, es decir, por los concesionarios, se establece que estos no estarían utilizando y aprovechando la frecuencia concesionada.

Efectivamente, la declaración juramentada, señala:

“...en la actualidad, es la compañía Sunny FM Radio Cia. Ltda. La que usa y aprovecha la frecuencia de los 93.7 MHz, en Frecuencia Modulada, bajo la denominación de Radiodifusora La Roja, mediante concesión otorgada en fecha 17 de noviembre del 2004, para un período de 10 años, uso y aprovechamiento que se realiza de acuerdo a las características que constan en el formulario que anexa como parte integrante de esta declaración juramentada....”.



De ahí que, al no haber concluido el trámite de devolución concesión, los únicos facultados para utilizar la frecuencia y aprovechar la concesión, eran los concesionarios, es decir, los herederos del señor José Cardoso Feican, situación que no ha ocurrido así, pues el propio recurrente, mediante declaración juramentada efectuada el 24 de julio de 2013, señala que es la compañía Sunny Fm Radio Cía. Ltda., la que ha venido operando la estación y utilizando y aprovechando la frecuencia, por lo que, el hecho de que la resolución impugnada ratifique que la frecuencia se encuentra revertida a favor del Estado, no afecta de modo alguno la validez y eficacia de la resolución y por el contrario, lo que hace es reiterar que los concesionarios devolvieron dichas frecuencias al Estado, más queda implícito que por no haber concluido el trámite, dadas las observaciones y recomendaciones de la Contraloría General del Estado constante en el oficio No. 055629, de 8 de noviembre de 2007, sobre los procedimientos de devolución – concesión, la operación de la estación y con ello el uso y aprovechamiento de las frecuencias, continuó hasta el vencimiento del plazo, con lo cual dado el marco jurídico actual, en el cual las concesiones se otorgan mediante concurso público, el contrato habría caducado o terminado su vigencia, de pleno derecho y es por ello que el informe jurídico y la resolución concluyen ratificando la terminación del plazo de concesión el 5 de mayo de 2014, viabilizando a través de la resolución impugnada, el cese de operaciones y la liquidación y pago de valores pendientes.

No obstante lo indicado, preciso es señalar que el recurrente, Edgar Gustavo Cardoso Martínez, ha sido parte de la suscripción de varios contratos de cesión de derechos vinculados con la frecuencia 93.7 FM de la Estación "LA ROJA"; según el mismo informa en su declaración juramentada:

- **11 de abril de 1996:** El Ing. Eduardo Cardoso Martínez, transfirió todos sus derechos, a favor de los hermanos Gustavo, Dora y Eliana Cardoso Martínez.
- **23 de septiembre de 1997,** Eliana y Dora Cardoso Martínez, ceden y transfieren todos sus derechos a favor de Paúl Vásquez Tamariz, quien estipula a favor de Roberto Maldonado Álvarez. La cesión también se hace a favor de Gustavo Cardoso Martínez.
- **1 de abril de 2002,** los cónyuges Roberto Maldonado Álvarez y Gladys Chérrez Verdugo; y, Gustavo Cardoso Martínez y Fabiola Aguilar Montesinos cedieron todos sus derechos a favor de la compañía El Tahual Cia. Ltda., y del señor Santiago Méndez Bravo; en este caso, con la siguiente aclaración:
"el Ing. Gustavo Cardoso Martínez se compromete a realizar las gestiones que fueren necesarias para que proceda a transferir la frecuencia de los 93.7 MHz que se encuentra a nombre de los herederos del Dr. José Antonio Cardoso Feican, de conformidad con lo que disponen los artículos 18 y 19 de la ley de Radiodifusión y Televisión, y los artículos 24, 25, 26 y 27 del reglamento, sin que, de ninguna manera, se pueda entender como obligación de éste efectuar la transferencia, puesto que la frecuencia de los 93.7 MHz, de conformidad con las normas citadas pertenecen al Estado, y será el concesionario quien luego de sujetarse a las normas legales traspase la cesión de la frecuencia, mientras tanto esta deberá seguir funcionando en las mismas condiciones que ha venido desarrollándose hasta la presente fecha".
- **2003,** el recurrente Edgar Gustavo Cardoso Martínez dice:
"Por referencias conoce que en el año 2003, el Tahual Cia. Ltda y José Santiago Méndez concesionarios de los derechos de administración y uso de la frecuencia a la que se ha referido en el párrafo anterior, cedieron a su vez por contrato privado, los derechos que les correspondía a favor de Sunny F.M. Radio Cia. Ltda de su propiedad."

De la declaración juramentada se observa entonces que los cónyuges Maldonado Álvarez y Cardoso Aguilar, cedieron sus derechos a la compañía El Tahual Cia. Ltda., y no a la compañía Sunny FM Radio Cia. Ltda., más el pedido formal al regulador, esto es, el CONARTEL, lo hace Gustavo Cardoso, como mandatario de los herederos de José Cardoso, el 26 de mayo de 2004, señalando que devuelven la frecuencia a fin de que sea concesionada a la empresa Sunny FM Radio Cia. Ltda., lo cual ya no podría haberlo hecho, pues como indica en su propia declaración juramentada, la compañía a la que cedió sus derechos, es El Tahual Cia. Ltda.

Es evidente que la serie de cesiones y transferencias realizadas por los herederos del señor José Cardoso, no fueron autorizadas por el Estado ecuatoriano, tal es así, que el 17 de noviembre de 2004, es decir, posterior a todas estas cesiones, la extinta Superintendencia de Telecomunicaciones, renovó por el plazo de 10 años, esto es, hasta el 5 de mayo de 2014, la frecuencia 93.7 MHz en la cual opera la Estación "LA ROJA"; y, en Resolución 5990-CONARTEL-09 de 29 de julio de 2009 se dispuso que el caso de la Estación "LA ROJA", sea tratado conforme a lo dispuesto en la Resolución 5668-CONARTEL-09 de 6 de marzo de 2009, relacionada con los casos de devolución – concesión, con lo cual al haberse derogado toda la normativa secundaria relacionada con el mecanismo de devolución – concesión, y al no haberse culminado el trámite de aceptación de la devolución de la frecuencia por los herederos de José Cardoso y la concesión a Sunny FM Radio Cia. Ltda., correspondía que los titulares de la concesión, continúen haciendo uso de la misma hasta la fecha de vencimiento del plazo de la concesión, es decir, hasta el 5 de mayo de 2014; no existiendo posibilidad de

continuar operando la estación en forma prorrogada, puesto que, no es conforme a la normativa, el que opere un tercero, con lo cual, la Resolución RTV-734-25-CONATEL-2014 no puede beneficiar al recurrente, quien como se ha indicado no opera la estación y peor aún a un tercero que no tiene vínculo con el Estado, como es la empresa Sunny FM Radio Cia. Ltda.

(...)

La Resolución No. RTV-734-25-CONATEL-2014, permite que las estaciones de radiodifusión sonora, televisión abierta y sistemas de audio y video por suscripción, cuyos contratos de concesión vencieron antes y a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación, continúen operando hasta que la Autoridad de Telecomunicaciones, en este caso, la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación y demás normativa aplicable, disponga lo pertinente.

En la Resolución impugnada, la Autoridad de Telecomunicaciones, dispone lo pertinente, es decir, que la Estación "LA ROJA" que ha venido operando en la frecuencia 93.7 MHz, matriz Cuenca, con repetidoras en las ciudades de Girón, Santa Isabel y Gualaceo, provincia del Azuay, suspendan la emisión de la señal abierta y deje de operar la estación, dado que, el plazo de la concesión venció.

Ahora bien, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Comunicación, señala:

"...Las personas que consten como concesionarios de frecuencias del servicio de radiodifusión sonora y televisión abierta, en el plazo de treinta días a partir de la publicación de esta Ley en el Registro Oficial, deberán presentar a la Autoridad de Telecomunicaciones una declaración juramentada en la que conste que la persona natural o jurídica concesionaria es quien utiliza la concesión y/u opera la estación autorizada por lo menos en los dos últimos años.

El incumplimiento a esta disposición dará lugar al inicio del proceso de reversión de la concesión de frecuencia por la Autoridad de Telecomunicaciones..."

En el presente caso, de los registros de la ARCOTEL consta que son concesionarios de la frecuencia 93.7 MHz en la que opera la Estación "LA ROJA" matriz Cuenca, con repetidoras en las ciudades de Girón, Santa Isabel y Gualaceo, provincia del Azuay, los herederos del señor José Cardoso Feican, quienes no han venido operando la Estación en los últimos dos años, como lo indica el señor Edgar Gustavo Cardoso Martínez en su declaración juramentada, puesto que, de modo expreso dice que quien opera la estación en la actualidad, quien usa y aprovecha la frecuencia 93.7 MHz en frecuencia modulada, es la compañía Sunny FM Radio Cia. Ltda., compañía que dice es de propiedad de la Compañía el Tahuall Cia. Ltda., y de José Santiago Méndez; es decir, persona jurídica y persona natural a favor de quienes los herederos de José Cardoso, cedieron sus derechos en el año 2002.

Como se observa de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Comunicación, no solo basta con presentar la declaración juramentada por quien conste como concesionario de frecuencias, sino que, es indispensable que quien conste como concesionario; para este caso, los herederos del señor José Cardoso Feican sean los que han estado utilizando la concesión y/o operando la estación autorizada, por lo menos los dos últimos años y en caso de que esto no haya ocurrido, será causal de reversión de la frecuencia. Al disponer de la declaración juramentada, correspondió a la ARCOTEL determinar si iniciar un proceso de reversión de la frecuencia o dar por terminado el contrato; de ahí que, es importante considerar:

- Mediante instrumento notariado, los herederos del señor José Cardoso Feican, como titulares de la concesión de la frecuencia 93.7 MHz, expresaron al Estado su voluntad de devolver la frecuencia al Estado.
- El Estado, renovó la concesión de la frecuencia a favor de los herederos del señor José Cardoso Feican, concediéndoles un plazo para operar hasta el 5 de mayo de 2014.
- Los herederos del señor José Cardoso Feican, no han operado la estación en los últimos dos años, conforme lo ordena la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Comunicación.

Por lo que, mal puede el recurrente alegar un derecho adquirido, cuando incluso antes de que el Estado renueve la concesión a su favor (17 de noviembre de 2004), ya había cedido en el 2002, los derechos vinculados a la frecuencia sin la respectiva autorización. De ahí que, los herederos del señor José Cardoso Feican, han permitido que un tercero como es Sunny FM Radio Cia. Ltda., utilice la frecuencia y opere la estación, sin tener contrato de concesión de la frecuencia 93.7 MHz, con lo cual sin duda alguna se vulnera el ordenamiento jurídico, sin que sea legal y procedente, se reconozca un supuesto derecho adquirido que no tiene pues la concesión caducó, venció el plazo y el Estado no tiene porque razón permitir la operación sin título habilitante de un tercero ni aún a pretexto de prórroga. Por tanto, la decisión de que cesen las operaciones es legítima, pues

bien conocerá el recurrente que al vencimiento del plazo la concesión en este caso termina de pleno derecho, más la posibilidad de prórroga prevista en la Resolución RTV-734-25-CONATEL-2014, no es indefinida, sino que, deja a decisión de la Autoridad de Telecomunicaciones (hoy Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL), para poner fin a la prórroga; y evidentemente lo puede hacer en casos como el materia de este informe, sin necesidad de procedimiento alguno.

Por lo indicado, no es procedente estimar los argumentos del recurrente.”.

III. RESOLUCIÓN:

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

IV. RESUELVE:

Artículo 1.- Avocar conocimiento y acoger en todas sus partes el contenido del Informe Jurídico No. ARCOTEL-DJCE-2015-00014, de 05 de octubre de 2015, remitido a la Coordinación Técnica de Control con memorando ARCOTEL-DJCE-2015-191-M, de 05 de octubre de 2015.

Artículo 2.- Desestimar y en consecuencia rechazar las pretensiones del señor Edgar Gustavo Cardoso Martínez en calidad de representante de los herederos del señor José Cardoso Feican, ex concesionarios de la frecuencia 93.7 MHz, denominada "LA ROJA 93.7 FM", formuladas en el escrito en el que se contiene el recurso calificado como de apelación por el recurrente, cuando en realidad, es extraordinario de revisión, en contra de la Resolución ARCOTEL-2015-2015-00110 de 3 de junio de 2015.

Artículo 3. Ratificar en todas sus partes el contenido de la Resolución ARCOTEL-2015-2015-00110 de 3 de junio de 2015.

Artículo 4.- Declarar que la presente resolución pone fin a la vía administrativa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva.

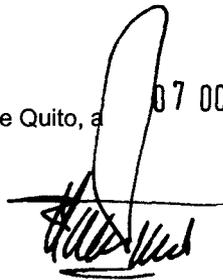
Artículo 5.- Informar al recurrente que tiene derecho a recurrir de esta Resolución ante los correspondientes órganos de la función judicial, conforme lo dispone el artículo 173 de la Constitución de la República.

Artículo 6.- Disponer que la Dirección de Gestión Documental y Archivo, proceda a notificar con esta resolución, al señor Edgar Gustavo Cardoso Martínez, Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación; y, Coordinación Técnica de Regulación, Dirección Financiera, Dirección Jurídica de Regulación y Dirección Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de la ARCOTEL, para los fines pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.-

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a

07 OCT 2015




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

ELABORADO POR:	APROBADO POR:
Dr. Gustavo Quijano Peñafiel Subdirector Jurídico de Control de la Dirección de control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción	Dra. Aída Vásconez Vialba DIRECTORA JURÍDICA DE CONTROL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN