

RESOLUCIÓN ARCOTEL-2016- 0760

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL INADMITE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INTERPUESTO POR LA COMPAÑÍA RADIO CENIT S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN ARCOTEL-2016-0521 DE 31 DE MAYO DE 2016.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. ADMINISTRADO Y ACTO IMPUGNADO

El 01 de noviembre de 1994, ante Notario Décimo Octavo del cantón Quito, se suscribió entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y la compañía RADIO CENIT S.A., el contrato de concesión de la frecuencia 1300 kHz, para operar una estación de radiodifusión denominada "CENIT", matriz de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas.

Mediante escrito, ingresado a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-001659-E de 30 de agosto de 2016, el señor Héctor Teodoro Herrera León, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía RADIO CENIT S.A interpone el Recurso Extraordinario de Revisión, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo de 2016, pretendiendo:

"...se sirva atender favorablemente nuestro pedido, admitir el presente recurso extraordinario de revisión y en consecuencia cesar los efectos de la resolución ARCOTEL-2016-0521 del 31 de mayo de 2016, toda vez que la situación por la cual se expidió se originó por un hecho no imputable a la concesionaria, sino más bien a actos y omisiones de autoridades públicas, los mismos que bajo ningún concepto pueden afectar de manera negativa a los administrados."

1.2. COMPETENCIA

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones -ARCOTEL, mediante Resolución No. 09-05-ARCOTEL-2016 de 20 de junio de 2016 expidió el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 800 de 19 de julio de 2016, en el artículo 10, numerales 1.3.2.3 acápites II y III letra b) se establecen las atribuciones para el Director de Impugnaciones de la ARCOTEL:

"[b.] Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública."

De conformidad al artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones - LOT, la Directora Ejecutiva tiene competencia para:

"1. Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...)"



3. *Dirigir el procedimiento de sustanciación y resolver sobre el otorgamiento y extinción de los títulos habilitantes contemplados en esta Ley (...).*

12. *Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.*

Con Resolución ARCOTEL-2016-0655 de 10 de agosto de 2016, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resolvió que, además de las atribuciones y responsabilidades constantes en el Estatuto de la ARCOTEL y otros instrumentos aplicables, DELEGAR las siguientes atribuciones a las distintas unidades de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

"Artículo 7. AL COORDINADOR GENERAL JURÍDICO.-

(...)

b) Resolver lo que en derecho corresponda, respecto a las impugnaciones presentadas ante la ARCOTEL, con excepción de aquellas derivadas de Procedimientos Administrativos Sancionatorios y Procedimientos Administrativos de Terminación sobre Servicio Móvil Avanzado, Servicio de Telefonía Fija y medios de comunicación social de carácter nacional."

El 01 de noviembre de 1994, ante el Notario Décimo Octavo del cantón Quito, se suscribió entre la ex Superintendencia de Telecomunicaciones y la compañía RADIO CENIT S.A., el contrato de concesión de la frecuencia 1300 KHz, para operar una estación de radiodifusión denominada "CENIT", matriz de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas.

La Ley Orgánica de Comunicación, señala que los medios audiovisuales adquieren el carácter de nacional cuando su cobertura llegue al 30% o más de la población del país, de acuerdo con el último censo nacional; o, si el sistema está conformado por una matriz y seis o más repetidoras cuya cobertura alcance poblaciones de dos o más regiones naturales del país; por lo tanto, la estación de radiodifusión denominada "CENIT", matriz de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, no estaría comprendida dentro de esta denominación.

Por lo que, corresponde al Director de Impugnaciones, sustanciar el recurso y al Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, resolver en ejercicio de la delegación realizada por la Directora Ejecutiva, la impugnación interpuesta por el señor Héctor Teodoro Herrera León en calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía RADIO CENIT S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521, de 31 de mayo de 2016.

1.3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Constitución de la República del Ecuador dispone:

Artículo. 11.- *"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. (...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...)

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. (...)"

Artículo 76.- *"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:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...)

3. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”.

Artículo 83.- “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”.

Artículo 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.”.

Artículo 226.- “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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”.

Artículo 261.- “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: ...10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.”.

Artículo 313.- “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.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

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.”.

Artículo 314.- “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.”. (Énfasis añadido al texto citado)



Artículo 425.- "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. // En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. (...)".

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento, Registro Oficial No. 439, de 18 de febrero de 2015, dispone:

"Artículo 47.- Extinción de los títulos habilitantes de servicios de radiodifusión. Los títulos habilitantes otorgados a prestadores de servicios de radiodifusión y sistemas de audio y vídeo por suscripción terminan, además de las causales establecidas en la Ley Orgánica de Comunicación, por los siguientes incumplimientos:

(...)2. Por incurrir en mora en el pago de sus obligaciones, por tres meses o más pensiones consecutivas."

"Artículo 144.- Competencias de la Agencia. Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

(...) 7. Normar, sustanciar y resolver los procedimientos de otorgamiento, administración y extinción de los títulos habilitantes previstos en esta Ley."

"Artículo 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo. Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

(...)3. Dirigir el procedimiento de sustanciación y resolver sobre el otorgamiento y extinción de los títulos habilitantes contemplados en esta Ley, tanto en otorgamiento directo como mediante concurso público, así como suscribir los correspondientes títulos habilitantes, de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y los reglamentos expedidos por el Directorio."

La Ley Orgánica de Comunicación, dispone:

Artículo. 112.-"Terminación de la concesión de frecuencia.- La concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión de señal abierta terminará por las siguientes causas:

(...)8. Por incumplimientos técnicos o **falta de pago de las obligaciones de la concesión;**"(Lo resaltado me pertenece)

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL.

En el Suplemento del Registro Oficial 800 de julio 19 de 2016, se publicó el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, que señala como una de las Atribuciones y Responsabilidades del Director de Impugnaciones, el sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL.

Resoluciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Resolución 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en ejercicio de la atribución establecida en el



artículo 146, número 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, designó a la ingeniera Ana Vanessa Proaño De La Torre, como Directora Ejecutiva de la ARCOTEL.

Resolución ARCOTEL-2016-0655

En Resolución ARCOTEL-2016-0655 de 10 de agosto de 2016, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones resolvió que, además de las atribuciones y responsabilidades constantes en el Estatuto de la ARCOTEL y otros instrumentos aplicables, DELEGAR las siguientes atribuciones a las distintas unidades de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

*"Artículo 7. AL COORDINADOR GENERAL JURÍDICO.-
(...)*

b) Resolver lo que en derecho corresponda, respecto a las impugnaciones presentadas ante la ARCOTEL, con excepción de aquellas derivadas de Procedimientos Administrativos Sancionatorios y Procedimientos Administrativos de Terminación sobre Servicio Móvil Avanzado, Servicio de Telefonía Fija y medios de comunicación social de carácter nacional."

1.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su artículo 68, establece la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de 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, han sido emitidos con observancia a la normativa y con la debida motivación.

De otro lado, la Constitución de la República del Ecuador garantiza asimismo 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 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 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 con este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables. (sic).- 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 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, con relación al Recurso Extraordinario de Revisión, dispone:

"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.”.

II. ANÁLISIS DE FONDO

2.1. RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El 30 de agosto de 2016 en comunicación ingresada a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con número de documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-001659-E, el señor Héctor Teodoro Herrera León en calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía RADIO CENIT S.A., presentó ante la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, el Recurso Extraordinario de Revisión en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo del 2016, mediante la cual se resolvió:

“ARTÍCULO DOS.- Ratificar el contenido de la Resolución ARCOTEL-2016-0398, de 14 de abril de 2016 y disponer la terminación unilateral y anticipadamente del contrato de concesión celebrado el 01 de noviembre de 1994 con la compañía RADIO CENIT S.A., concesionaria de la estación de radiodifusión sonora denominada “CENIT”, en la que opera la frecuencia 1300 kHz, matriz de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, por mora en el pago de tres pensiones consecutivas conforme lo determina el Art. 112 numeral 8 de la Ley Orgánica de Comunicación, en concordancia con lo que dispone el artículo 47, numeral 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”.

2.2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INTERPUESTO:

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, plasma el principio del Derecho Público que determina que las instituciones del Estado y sus funcionarios ejercerán las competencias y facultades que les sean atribuidas, lo cual manda a la Directora Ejecutiva de la Agencia de Control y Regulación de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, ejerza todas las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones constantes en las leyes, reglamentos y demás instrumentos normativos; entre dichas facultades se encuentra la administración del uso y aprovechamiento técnico del espectro radioeléctrico, la facultad de delegar competencias a uno a mas funcionarios de la Agencia, así como la cancelación y/o terminación de los contratos de concesión de frecuencias y/o autorizaciones de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley Orgánica de Comunicación.



El acto administrativo materia del presente recurso extraordinario de revisión se encuentra contenido en la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo de 2016, mediante la cual la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones -ARCOTEL-, ratifica el contenido de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0398 de 14 de abril de 2016 y se dispone la terminación del contrato de concesión suscrito el 01 de noviembre de 1994 de la frecuencia 1300 kHz, en la que opera la estación de radiodifusión denominada "CENIT", de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas; por mora en el pago de tres pensiones consecutivas.

El recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Héctor Teodoro Herrera León en calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía RADIO CENIT S.A., ha sido presentado dentro del plazo establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, toda vez que la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521, de 31 de mayo del 2016, fue notificada el 01 de junio de 2016, mediante oficio No. ARCOTEL-DGDA-2016-0563-0F de 01 de junio de 2016; el escrito que contiene la impugnación en referencia fue presentado el 30 de agosto de 2016, signado con el número ARCOTEL- DEDA-2016-001659-E, y conocido por la Dirección de Impugnaciones el 02 de septiembre de 2016, razón por la cual, se procede a analizar los argumentos señalados en el Recurso Extraordinario de Revisión.

Mediante providencia de 18 de noviembre de 2016 se remitió el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2016-0030, referente al Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por la compañía RADIO CENIT S.A. en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo de 2016, que en sus partes pertinentes, manifiesta:

"5.1 ARGUMENTO DE LA RECURRENTE:

La compañía RADIO CENIT S.A. en el escrito de impugnación manifiesta:

'Mediante sentencia judicial ejecutoriada de fecha 25 de noviembre de 2014, expedida por Víctor Hugo Medina Zamora, Juez de la Unidad Judicial Civil del Cantón Guayaquil, se admitió la demanda de expropiación de la totalidad del solar identificado con el registro catastral 8438 de Guayaquil, predio de propiedad de RADIO CENIT S.A., a solicitud planteada por el abogado Jaime Nebot Saadi, alcalde de Guayaquil y doctor Miguel Hernández Terán, Procurador Síndico Municipal, toda vez que dicho predio consta dentro de la resolución de declaración de utilidad pública con fines de expropiación expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado de Guayaquil para la ejecución del proyecto denominado "Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales Las Esclusas – Sector La Josefina", sentencia en la cual además se determinó el justo precio a pagarse por el inmueble expropiado, se transfirió el dominio del predio a favor del GAD de la Municipalidad de Guayaquil y se dispuso la ocupación inmediata del mismo.

En tal circunstancia, nos vimos requeridos judicialmente y por tanto obligados a retirar nuestro estudio transmisor, antenas y demás equipos para funcionar del predio en donde veníamos trabajando desde hace mucho tiempo atrás. En vista de lo mencionado, este particular fue comunicado a ARCOTEL mediante oficio presentado por el suscrito con fecha 23 de octubre de 2015, ingresado el mismo día con número de trámite ARCOTEL-2015-013431, en donde además se solicita expresamente se autorice la reubicación del transmisor, la torre radiante y la casa de guardianía a la brevedad posible a un lote de terreno ubicado a la altura del kilómetro 13 de la vía Samborondón-Salitre, al margen derecho de la misma, sobre un predio de aproximadamente 20.000 metros cuadrados. ARCOTEL solicitó información adicional para esta solicitud, la misma que fue presentada mediante oficio del 15 de enero de 2016, con ingreso ARCOTEL-DGDA-2016-000850-E, en donde se adjuntó el estudio de ingeniería para proceder a la reubicación del transmisor y antenas así como la declaración juramentada del ingeniero Rodrigo Jarrín, profesional de quien estuvo a cargo la elaboración del estudio. De dicha solicitud, a pesar de haber entregado toda la información solicitada de manera oportuna, no hemos recibido respuesta.

La consecuencia de todo lo mencionado, es decir, la orden judicial que resuelve la expropiación del que fuera nuestro terreno, sumado a la falta de respuesta sobre la autorización para reubicar el



transmisor y antena por parte de ARCOTEL, nos ha dejado en una situación fáctica bastante compleja, casi en indefensión puesto que siendo nosotros respetuosos del ordenamiento jurídico, al no estar debidamente autorizados por la instancia pertinente para mover nuestros equipos, no podemos funcionar y por tanto es imposible conseguir recursos para mantener el funcionamiento de la estación y obviamente, para pagar el valor mensual de la concesión.

Como se podrán dar cuenta, hemos estado sometidos a causas de fuerza mayor que no han dependido en absoluto de nuestra voluntad y que estamos narrando y justificando con la documentación que presentamos ajunta. El Código Civil, en su artículo 30, define a la fuerza mayor o caso fortuito como 'el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.' (el resaltado y subrayado me pertenecen). En este caso en particular, esta situación se ha generado por actos de autoridad de no solo un funcionario público, SINO DE DOS, tanto el juez de lo civil de Guayaquil que dispone mediante sentencia ejecutoriada la expropiación del predio que fuera de nuestra propiedad, obligándonos a salir del mismo; así como también de la falta de autorización para reubicar nuestros equipos por parte de ARCOTEL, habiéndose presentado la documentado pertinente para tal efecto.

(...)

Cabe señalar que, a pesar de encontrarnos en una situación que como expliqué anteriormente obedece a un caso de fuerza mayor, es decir, que no ha dependido en absoluto de nuestra voluntad y que como consecuencia ha ocasionado que dejemos de operar durante meses y por tanto dejamos de percibir ingresos, a fin de demostrar nuestra buena fe además de la intención de cumplir con nuestras obligaciones y el ordenamiento jurídico que nos regula, una vez que fuimos notificados con la resolución ARCOTEL-2016-0398 que dispuso el inicio del proceso administrativo de terminación unilateral y anticipada del contrato por la mora en el pago de los derechos de concesión de la frecuencia por mas de tres meses, buscamos inmediatamente la forma de conseguir los recursos necesarios no solo para poder subsanar dicha situación, sino que además cancelamos por anticipado el mes subsiguiente, tal como lo demuestro con los comprobantes de pago que adjunto al presente escrito'.

ANALISIS:

Una vez suscrito el contrato de concesión de la frecuencia 1300 kHz de la estación de radiodifusión denominada 'CENIT', el concesionario se comprometió a cumplir una serie de obligaciones, las mismas que pueden ser de carácter legal, técnico y económico; en este último por ejemplo, el pago de obligaciones de concesión de la frecuencia al Estado (derechos, tarifas; y, contribuciones), cuyo incumplimiento, inobservancia o cumplimiento tardío, pueden dar lugar a la imposición de sanciones e incluso de revocatoria o terminación anticipada y unilateral del título habilitante; por lo que, frente a un hecho público de la expropiación efectuada al predio de propiedad la compañía Radio Cenit S.A., y dictada en sentencia el 25 de noviembre de 2014 por el Juez de la Unidad Judicial Civil de la ciudad de Guayaquil, la recurrente alega que no puede funcionar y como consecuencia de ello le es imposible conseguir recursos para pagar el valor mensual de la concesión. Es notorio que el argumento de la mora en el pago de la mensualidades se debe a causa de fuerza mayor, no tiene fundamento por cuanto la sentencia de expropiación se dictó el 25 de noviembre de 2014, y la mora en el pago es de los meses enero, febrero y marzo de 2016 según el estado de cuenta anexo al memorando No. ARCOTEL-DFN-2016-0429-M de 05 de abril de 2016 documento emitido por el Director Financiero de la ARCOTEL sería imposible considerar se aplique el principio del 'justo impedimento' como eximente de responsabilidad, el mismo que se encuentra recogido en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil, dado que, los eventuales incumplimientos, se produjeron en los tres primeros meses del año 2016, un año después de haberse ejecutado la expropiación.

La doctrina evoca:

'La fuerza mayor sólo se demuestra... mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). **Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias...** En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo



debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...¹ (Lo resaltado me pertenece)

Por su parte la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, respecto del caso fortuito expresa: '(...) 6.1.- El Art. 30 del Código Civil establece: 'Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.'. La gran mayoría de tratadistas concuerdan que el Código ha señalado estos casos a manera de ejemplos, por tanto no se limitan de manera alguna a los casos indicados en ese artículo. Este artículo de la ley, 'constituye la representación jurídica de la máxima que consagra que nadie es obligado al imposible, esto es, a aquello que el poder humano no puede vencer ni superar. La imposibilidad debe ser física o moral. Hay imposibilidad física en todo lo que sea contrario a las leyes de la naturaleza física y la hay moral en todo lo que implique una acción o la ejecución de un hecho prohibido por las leyes, opuesto a las buenas costumbres o contrario al orden público. En ciertos casos, tratándose de hechos, la imposibilidad tanto física como moral, se traduce en la ilicitud del objeto y, por consiguiente, acarrea la nulidad absoluta del acto o contrato. ... Pero, el principal interés del fenómeno denominado "caso fortuito" reside en su carácter 'liberatorio': el deudor queda exonerado de cumplir con su obligación si acaso se lo impide un suceso que tenga los caracteres del 'caso fortuito'. En otras palabras, el caso fortuito es eximente de responsabilidad ya sea por la no ejecución de una obligación o deber, ya sea por el cumplimiento tardío del mismo deber u obligación, ya sea, finalmente, por su cumplimiento incompleto...'. Creen algunos que entre 'caso fortuito' y la 'fuerza mayor' hay una diferencia de origen; cuando la imposibilidad deriva de un hecho del hombre, como los actos de autoridad, se trata de una fuerza mayor; cuando se trata de una imposibilidad desencadenada por la naturaleza, inundación, una tormenta, un terremoto, se trataría de un caso fortuito'. 'El caso fortuito debe reunir ciertos caracteres para que produzca efectos liberatorios. Si el fundamento de la liberación es la imposibilidad debe ser absoluta, definitiva y general, salvo el caso de que se trate de un hecho personal y el impedimento afecte únicamente al deudor. Lo decisivo es que se trate de un impedimento insuperable, invencible. Además, el inconveniente debe ser imprevisto. Si el afectado conocía o podía o debía conocer el obstáculo, habría incurrido en una imprudencia que es de su cargo.' (Victorio Pecio Vargas, Manual de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 371 a 374). Al respecto la Jurisprudencia ecuatoriana ha dicho: 'Pero todos reconocen que los efectos jurídicos de la fuerza mayor y caso fortuito son los mismos, porque ambos provocan la liberación de la responsabilidad civil del deudor; de ahí que nuestros códigos utilizan estas expresiones como sinónimos. De la definición del artículo 30 del Código Civil se extraen los **dos elementos constitutivos del hecho que configura la fuerza mayor o caso fortuito. El primer elemento se refiere a un hecho imprevisible, esto es, alude a la idoneidad del deudor de anticipar el suceso dañoso que impide el cumplimiento de una obligación contractual. El evento tendrá tal carácter cuando la posibilidad de su accionante supera la aptitud moral, de previsión que se debe exigir al deudor, que en el caso de responsabilidad civil contractual es la del hombre común. Empero, el Código de Comercio, al tratar del contrato de transporte, exige del porteador una aptitud de previsión mucho mayor que la del hombre común, la aptitud debe ser de hombre 'inteligente y previsivo' (diestro, hábil, experimentado).- El segundo elemento constitutivo de la fuerza mayor o caso fortuito es el hecho de que debe ser irresistible. Se trata de un hecho inevitable, o se la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción de acontecimientos dañosos. En este elemento juega también un sentido preponderante las condiciones de idoneidad del deudor, para juzgar sus cualidades y posibilidades reales de impedir los hechos lesivos.'** (Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, p. 3395). (...)'²

La expropiación no puede tomarse como argumento válido de fuerza mayor o caso fortuito para que consecuencia de ello se haya incumplido en el pago de las obligaciones de concesión debido a que el pago es previsible y se debe considerar con anterioridad más aun cuando la falta del pago, no es consecuente al suceso que alega la recurrente por cuanto la sentencia en la cual se fija como justo precio por la expropiación deducida por el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Municipalidad

¹ <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3688583.pdf>

² Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de 05 de noviembre de 2009, Juicio No: 228-2007-Ex.3ra.k.r.; Resolución No. 541-2009.



de Guayaquil, a RADIO CENIT S.A es de 25 de noviembre de 2014, y los meses de mora son de enero, febrero y marzo de 2016.

El tratadista Goldemberg señala que: '...Entre el hecho y la consecuencia jurídica existe una relación de causalidad que no descansa en el orden natural, sino en la voluntad de la ley...' ,por lo que se puede establecer que debe existir la secuencia en relación a la acción y al resultado, de modo que puede afirmarse que éste es consecuencia de aquella, en el caso materia del presente análisis, el incumpliendo de las obligaciones económicas por la concesión debió aparecer inmediatamente de producida la expropiación, pero esto no sucedió así, sino tras un año de producirse el suceso alegado.

A esto se suma que de conformidad con el título habilitante celebrado el 01 de noviembre de 1994 ante el Notario Décimo Octavo del cantón Quito, entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y la compañía RADIO CENIT SOCIEDAD ANÓNIMA, en la Cláusula Quinta, establece: '...PAGO DE DERECHOS: De conformidad con lo dispuesto en el Artículo Treinta y cinco, de la Ley de Radiodifusión y Televisión reformada, publicada en el Registro Oficial novecientos noventa y seis de diez de agosto de mil novecientos noventa y dos y artículo treinta y seis del cuerpo legal citado, el concesionario de la frecuencia se compromete a pagar a la Superintendencia de Telecomunicaciones los Derechos de concesión de frecuencia así como la tarifa de arrendamiento actual que es de CIEN SUCRES MENSUALES (S/. 100,00) por cada transmisor o repetidor por utilización de frecuencias valor que pagará periódicamente a partir del mes en que se suscriba el contrato y cumplirá con las demás obligaciones que se establecieren en el Reglamento de Tarifas. - La tarifa mensual establecida por la autoridad competente en concepto de arrendamiento de la frecuencia será pagada por el concesionario a La Superintendencia de Telecomunicaciones durante los diez primeros días de cada mes...' (Lo subrayado me corresponde)

Con relación a la argumentación de la mora en el pago de los derechos de concesión formulada por la peticionaria, el Director Financiero de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, mediante Memorando No. ARCOTEL-DFN-2016-0429-M de 05 de abril de 2016, remite el detalle de los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, televisión y audio y video por suscripción que se encuentran en mora por más de tres meses consecutivos con corte al 4 de abril de 2016, en el que se encuentra la compañía RADIO CENIT S.A.:

Nro.	Código	Nombre/Razón social	Meses mora	Nombre de la Estación	Ciudad	Valor Servicio	Valor Factura
3	0946256	RADIO CENIT S.A	3	CENIT	GUAYAQUIL	430.41	491.89

(Lo subrayado me corresponde)

Adicionalmente, en el memorando en referencia se adjunta el estado de cuenta, que a continuación se detalla:

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES								
ESTADO DE CUENTA								
Código Concesionario:		0946256		Fecha a Pagar: 05/04/2016				
Nombre/Razón Social:		RADIO CENIT S.A.						
No. único	Mes de Fact.	Fecha Venc.	Val. Serv.	IVA	Interés	Meses Mora	Subtotal	Estado
512485	11/01/2016	26/01/2016	143.47	17.22	6.50	3	167.19	Pendiente_RT
515371	05/02/2016	20/02/2016	143.47	17.22	4.86	2	165.55	Pendiente_RT
518960	08/03/2016	23/03/2016	143.47	17.22	3.23	1	163.92	Pendiente_RT

De lo anteriormente expuesto, se colige que la compañía RADIO CENIT S.A., se encontraba en mora en 3 facturas del presente año, lo cual contraviene lo establecido en el número 2 del artículo 47 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que determina, que se extinguen los títulos habilitantes de los servicios de radiodifusión, entre otras causas, por incurrir en mora en el pago de sus obligaciones por tres meses o más pensiones consecutivas, esto en concordancia con el número 8 del artículo 112 de la Ley Orgánica de Comunicación que prescribe, que la terminación de la concesión de frecuencias termina por falta de pago de las obligaciones de concesión y la Cláusula Quinta del contrato de



concesión; que de conformidad con lo establecido en el artículo 1561 del Código Civil es ley para las partes y debe ejecutarse de buena fe, observando que las cláusulas son claras, expresas e inequívocas, guardando armonía con las disposiciones sobre el pago de derechos previstas en la legislación aplicable, de modo que, el concesionario debió cumplir con sus obligaciones y no argüir que el hecho de su incumplimiento obedece a un caso de fuerza mayor siendo ésta una interpretación fuera de todo contexto.

De la revisión del expediente además, se colige que el documento de ingreso a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones No. ARCOTEL-DGDA-2016-006779-E de 26 de abril de 2016, mediante cual se impugna la Resolución No. ARCOTEL-2016-0398 de 16 de abril de 2016, el recurrente adjunta 4 (cuatro) comprobantes de transacciones realizadas en el Banco del Pacífico el 20 de abril de 2016, esto es, en fecha posterior a la expedición de la Resolución antes mencionada, por lo que el incumplimiento de la obligación económica de pago oportuno por uso de la frecuencia radioeléctrica, por parte de la compañía RADIO CENIT S.A., conlleva a la terminación del contrato de la frecuencia 1300 kHz de la estación denominada 'CENIT', ratificada con la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo de 2016.

Por lo indicado, no es procedente estimar los argumentos del recurrente dado que se puede evidenciar que hubo incumplimiento del pago de las tarifas, aspecto que se enmarca en una causal de terminación del título habilitante, y como consecuencia de aquello, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitió la Resolución No. ARCOTEL-2016-0398 de 14 de abril de 2016 que dispuso el inicio del proceso administrativo de terminación unilateral y anticipada del contrato por la mora en el pago de los derechos de concesión por más de tres meses de la frecuencia 1300 kHz de la estación de radiodifusión denominada 'CENIT'.

Finalmente concluye:

"La Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo de 2016, por medio del cual se ratifica el contenido de la Resolución No. ARCOTEL-2016-398 de 16 de abril de 2016 y se declara la terminación del contrato de concesión suscrito el 01 de noviembre de 1994 ante el Notario Décimo Octavo del cantón Quito, de la frecuencia 1300 kHz, en la que opera la estación de radiodifusión denominada 'CENIT', de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas; ha sido dictada con estricto apego a la normativa aplicable y se encuentra debidamente motivada, no encontrando precedentes ninguno de los argumentos formulados por los recurrentes, conforme se analiza en el presente informe, ni tampoco causal alguna de las señaladas en el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE.

Por las razones expuestas, se recomienda no estimar y en consecuencia rechazar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la compañía RADIO CENIT S.A."

III. RESOLUCIÓN:

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

RESUELVE:

Artículo 1.- INADMITIR y en consecuencia rechazar el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por la compañía RADIO CENIT S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo del 2016, por cuanto no se ha incurrido en ninguna de las causales determinadas en el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en tal virtud se dispone el archivo.



Artículo 3.- RATIFICAR en todas sus partes el contenido de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0521 de 31 de mayo del 2016.

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, en consecuencia la compañía RADIO CENIT S.A, tiene derecho a impugnar esta resolución en la vía judicial.

Artículo 5.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la compañía RADIO CENIT S.A., en el kilómetro 2.5 de la vía a Samborondón, provincia del Guayas, en la Urbanización Biblos avenida Libano calle sexta; en la casilla judicial 5281; y en el correo electrónico hectorherreraleon@hotmail.com direcciones señalada por el recurrente en su escrito de recurso extraordinario de revisión para recibir notificaciones.

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 23 NOV 2016

Dr. Juan Francisco Poveda Camacho
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO
DELEGADO DE LA DIRECTORA EJECUTIVA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL

ELABORADO POR	REVISADO POR
Dr. Víctor García Rodríguez COORDINADOR GENERAL DE PUBLICIDAD	Dr. Alberto Vélez DIRECTOR DE REGULACIONES