AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

EL GOBIERNO DE TODOS

RESOLUCIÓN ARCOTEL-2019-0434

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL- ACEPTA EL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2019-0135 DE 27 DE FEBRERO DE 2019, INTERPUESTA POR EL SEÑOR JOSÉ WALTER VITERI, GERENTE GENERAL DE LA COMPAÑÍA DINAMIKFM CÍA. LTDA.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1.1 INICIO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

1.1.1 A través de la Resolución No. ARCOTEL-2018-0135 de 27 de febrero de 2019, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió en la parte pertinente:

"(...) ***ARTÍCULO DOS.****-- Dar por terminado el contrato de concesión suscrito el 12 de abril de 2004, modificado el 19 de junio de 2014, de la frecuencia 99.7 MHz de la estación de radiodifusión sonora FM denominada "DINAMIK 99.7 FM" matriz de la ciudad de Alamor, provincia de Loja; por haber inobservado las causales de terminación de concesión de frecuencias por hallarse incurso en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión, conforme lo establece la normativa vigente, incumpliendo los artículos 117 de Ley Orgánica de Comunicación y 85 de su Reglamento General; artículos 44 y 112 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, los artículos 164, 212 y 220 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico; y, las Recomendaciones número 12 y 13 del Informe General DNA4-0025-2018 de la Contraloría General del Estado en el "Examen Especial a los procesos de concesión de frecuencias para los servicios de radiodifusión y televisión analógica y digital en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL y otras entidades relacionadas, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2016 y e/ 31 de agosto de 2017.", notificado a la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL mediante oficio No. 23946-DNA4-2018 de 26 de junio de 2018, así como del oficio No. 35011-DNA4 de 31 de agosto de 2018 suscrito por el Contralor General del Estado, Subrogante, y cumplir lo prescrito en el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Por tanto, se dispone que la referida estación deje de operar; y, que la citada frecuencia, sea revertida al Estado.* ***ARTÍCULO TRES.*** *- La Coordinación Administrativa Financiera, deberá proceder al cobro de las obligaciones económicas pendientes de pago al señor José Walter Viteri, Gerente General de la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA. y de ser necesario incluso por vía coactiva de conformidad a lo dispuesto en el artículo 202 del "REGLAMENTO PARA OTORGAR ÍTULOS HABILITANTES PARA SERVICIOS DEL REGIMEN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELECTRICO. (...).".*

1.1.2 Con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2019-0261-OF de fecha 28 de febrero de 2019, la Unidad de Documentación y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, notificó el contenido de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135, al señor José Walter Viteri Gerente General de la Compañía DINAMIKFM CIA. LTDA.

1.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IMPUGNACIÓN

1.2.1 El señor José Walter Viteri Gerente General de la Compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., concesionario de la radiodifusora denominada "DINAMIK 99.7 MHz", para servir a la ciudad de Alamor, provincia de Loja, a través del escrito ingresado en esta Institución con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-005381-E de 15 de marzo de 2019, interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero de 2019.

1.2.2 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00075 de 05 de abril de 2019, la Dirección de Impugnaciones dispuso:

"(...) ***PRIMERO:*** *Admisión.-Admítase a trámite el Recurso de Apelación considerando que en lo fundamental el escrito de interposición del nombrado recurso cumple con lo dispuesto en los artículos 220 y 224 del Código Orgánico Administrativo COA.-****SEGUNDO:*** *Incorpórese al expediente el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-005381-E de 15 de marzo de 2019.****TERCERO:*** *Prueba.-De conformidad a lo dispuesto en los artículos 193 y 194 del Código Orgánico Administrativo COA, se apertura el periodo de prueba por el término de treinta días (30).".*

1.2.3 La Dirección de Impugnaciones, mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00114 de 09 de mayo de 2019, notificada mediante oficio No. ARCOTEL-DEDA-2019-0623-M de 13 de mayo de 2019, evacua las pruebas enunciadas en el escrito en referencia, señalando:

"(...) ***PRIMERO:*** *Dentro del período de prueba se dispone: Ofíciese a las Unidades Administrativas de la ARCOTEL para que en término de cuatro (4) días, contados a partir del día hábil siguiente al de la fecha de la notificación de esta providencia remitan a esta Dirección, los siguientes documentos certificados:* ***1****. Ofíciese a la Unidad de Documentación y Archivo a fin de que remita copia certificada de todo el expediente sustanciación de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero.* ***2****.- Ofíciese a la Unidad de Documentación y Archivo a fin de que remita copia certificada de los siguientes documentos:* ***a.*** *Escritura pública de Resciliación celebrada en la Notaria Primera del cantón Puyango, el 08 de noviembre de 2018, documento constante en el expediente de sustanciación de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero de 2019.* ***b.*** *Oficio No. memorando No. SCVS-IRL-2018-0561-M del 18 de diciembre de 2018, con el cual un servidor de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, informa al Intendente de Compañías de Laja la transferencia de participaciones, documento constante en el expediente de sustanciación de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero de 2019.* ***c.*** *Trámite No. ARCOTEL-DEDA-2018-019666-E del 15 de noviembre de 2019.* ***d.*** *Resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018. e. Copia certificada de todo el expediente administrativo iniciado con la Resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018.* ***f.*** *Criterio jurídico No. ARCOTEL-CJDA-2018-0011-M del 24 de enero de 2018. g. Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 emitida el 27 de febrero de 2019. h. Resolución No. ARCOTEL-CZ03-2018-0011 de 14 de mayo de 2018.* ***i.*** *Resolución No. ARCOTEL-CZ03-2018-0009 de fecha 26 de abril de 2018.* ***j.*** *Resolución No. ARCOTEL-CZO3-2018-0012 de fecha 17 de mayo de 2018.* ***k.*** *Memorando No. ARCOTEL-CJUR-2018-0525-M del 3 de agosto de 2018.* ***l.*** *Memorando No. ARCOTEL-CJUR-2018-0078-M del 11 de mayo de 2018.* ***m.*** *Memorando No. ARCOTEL-CTHB-2016-0208-M del 03 de septiembre de 2016.* ***n.*** *Resolución No. ARCOTEL-2016-0595, del 24 de junio de 2016.* ***o.*** *Resolución No. ARCOTEL-2016-0594, del 24 de junio de 2016.* ***3.-*** ***a.*** *Ofíciese a la Unidad Técnica de Registro Público de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, se certifique quien es actualmente la concesionaria de la frecuencia radioeléctrica 99.7 MHz en la que opera la estación de radiodifusión denominada DINAMIK 99. 7 FM de la ciudad de Alamor.* ***b.*** *Ofíciese a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes del Espectro Radioeléctrico de la ARCOTEL, certifique si en el archivo a su cargo, consta algún documento con el que se haya realizado la transferencia de la concesión o del título habilitante de la frecuencia radioeléctrica 99.7 MHz en la que opera la estación de radiodifusión denominada DINAMIK 99.7 FM de la ciudad de Alamor, y de existir dicho documento, remita copia certificada del mismo.-* ***SEGUNDO:*** *Agréguese al expediente:* ***2.1.*** *Impresiones de la información de socios o accionistas de la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA.-* ***2.2.*** *Impresiones de situación de los socios y participaciones de la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA.* ***2.3.*** *Copia de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 01803-2016-00371 propuesto por Luis Huberto Guzmán Mora en contra de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el fallo dictado el18 de enero de 2018.* ***2.4.*** *Copia de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 32-11-FM, Resolución 199-2014, juicio propuesto por Luis Comelia Maurad Bustos en contra de la Subsecretaria de Tierras, en el fallo dictado el 25 de marzo de 2014. 2.5. Documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-007030-E de 17 de abril de 2019. TERCERO: Respecto de la prueba de descargo solicitada por la compañía DINAMIKFM CÍA LTDA en el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-007030-E de 17 de abril de 2019, en el numeral 10, 12, 15, 16, 17, 18, se encuentran solicitados en numeral 5, 8, 15 y 19, por tanto no se acepta la práctica de la misma. (...)".*

1.2.4 Mediante memorando No. ARCOTEL-DEDA-2019-1169-M 15 de mayo de 2019, la Unidad de Documentación y Archivo, remitió el expediente administrativo a la Dirección de Impugnaciones constante en 262 (fojas útiles).

1.2.5 Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-0126 de 28 de mayo de 2019, la Dirección de Impugnaciones dispuso:

*"(...) **SEGUNDA**: **Prueba**. - **1.** Una vez que con fecha 23 de mayo de 2019 feneció el termino dispuesto en providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00075 de 05 de abril de 2019, se declara cerrado el periodo probatorio. ".*

II. COMPETENCIA Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. COMPETENCIA

2.1.1 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 439 DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

El artículo 147 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones-LOT establece que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por el Director Ejecutivo, autoridad administrativa que ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en la Ley, 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.

De conformidad al artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), el Director Ejecutivo tiene competencia *"(...)8. Conocer y resolver sobre los **recursos de apelación** presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador. "(...) 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."*

2.1.2 ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL No. 04-03-ARCOTEL-2017 Y PUBLICADO EN LA EDICIÓN ESPECIAL DEL REGISTRO OFICIAL No. 13, DE 14 DE JUNIO DE 2017.

El artículo 10, número 1.3.1.2 Gestión Jurídica, acápite III numeral 2 y 11 establece las atribuciones para la Coordinación General Jurídica:

"2. Coordinar y controlar la ejecución de los procesos de las Direcciones de Patrocinio y Coactivas; Asesoría Jurídica; e, Impugnaciones."
"11. Cumplir las demás disposiciones y delegaciones emitidas por la Dirección Ejecutiva".

El artículo 10, número 1.3.1.2.3 Gestión de Impugnaciones, acápites II y III letra b), determina que es atribución y responsabilidad del Director de Impugnaciones: *"Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL. (...)".*

2.1.3 RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2017-0733 DE 26 DE JULIO DE 2017

La Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo 148, número 12 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mediante Resolución No. ARCOTEL-2017-0733 de 26 de julio de 2017, delegó atribuciones a las distintas unidades de la ARCOTEL, dentro de las cuales se establecen las siguientes para el Coordinador General Jurídico: *"**Artículo 1. AL COORDINADOR GENERAL JURÍDICO**.- (...) **b)** Resolver lo que en derecho corresponda, respecto a las impugnaciones y/o reclamos presentados ante la ARCOTEL con excepción de aquellas derivadas de procedimientos administrativos sancionadores referentes al servicio móvil avanzado, al servicio de telefonía fija y a los medios de comunicación social de carácter nacional; **c)** Suscribir todo tipo de documentos necesarios para el ejercicio de las competencias y delegaciones de la Coordinación General Jurídica, incluidas las providencias aceptando o negando la suspensión de actos administrativos, así como las respuestas a las peticiones y/o requerimientos externos de carácter jurídico; (...)".*

El artículo 10, numerales 1.3.1.2.3 acápites II y III letra b) Ibídem, establecen las atribuciones y responsabilidades de la Dirección 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."*

2.1.4 RESOLUCIÓN No. 11-10-ARCOTEL-2019 DE 30 DE ABRIL DE 2019

Mediante Resolución No. 11-10-ARCOTEL-2019 de 30 de abril de 2019, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: *"ARTICULO DOS. Designar al magister Ricardo Augusto Freire Granja, Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quién ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas aplicables."*.

2.1.5 ACCIÓN DE PERSONAL No. 366 DE 13 DE MAYO DE 2019

Mediante Acción de Personal No. 366 de 13 de mayo de 2019, se nombra al Abogado Fernando Torres Núñez, Coordinador General Jurídico del ARCOTEL.

2.1.6 ACCIÓN DE PERSONAL No. 380 DE 20 DE MAYO DE 2019

Mediante Acción de Personal No. 380 de 17 de mayo que rige a partir del 20 de mayo de 2019, se nombra al Abogado Diego Sebastián Campoverde Sánchez, como Director de Impugnaciones del ARCOTEL.

En consecuencia, el Director de Impugnaciones del ARCOTEL, tiene la atribución y responsabilidad de sustanciar reclamos y recursos administrativos en observancia del artículo 10, número 1.3.1.3, y acápites II y III letra b), del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del ARCOTEL; y, el Coordinador General Jurídico del ARCOTEL, ejerce competencia para resolver mediante resolución el presente recurso de apelación de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero de 2019.

2.2 CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

2.2.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No. 449 DE 20 DE OCTUBRE DE 2008.

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

"5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.". (Subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 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. (...) **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."*. (Negrita y subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."*.

*"**Art. 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.".*

*"**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.".*

*"**Art. 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.".*

2.2.2 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 439 DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

*"**Art. 44**.- **Transferencia o Cesión**.*
Los títulos habilitantes no podrán enajenarse, cederse, transferirse, arrendarse o gravarse por ningún medio sin autorización de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Incurrir en esta prohibición, será causa suficiente para la terminación anticipada del título habilitante, sin perjuicio de las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico vigente.". (Subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 112**.- Modificación del Título Habilitante.*
Toda modificación respecto del título habilitante será autorizada por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones mediante acto administrativo, siempre que la misma no modifique el objeto del título habilitante. No se requerirá la suscripción de un título modificatorio.".

2.2.3 LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 22 DE 25 DE JUNIO DE 2013.

*"**Art. 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: (...)*
7. Por hallarse incurso de manera comprobada en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión;
10. Por las demás causas establecidas en la ley.
La autoridad de telecomunicaciones, previo el debido proceso, resolverá la terminación de la concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión. En el caso del numeral 9 de este artículo, será necesario contar previamente con un informe del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación para tales efectos.". (Subrayado fuera del texto original).

*"**Art. 117**.- **Intransferibilidad de las concesiones.-** Las concesiones de frecuencias que sean adjudicadas a cualquier persona natural o jurídica para el funcionamiento de medios de comunicación no forman parte de su patrimonio, y por lo tanto está prohibido todo acto que esté orientado a que otra persona natural o jurídica distinta disfrute o se beneficie del uso de dichas concesiones de frecuencias.*

Si alguna persona natural o jurídica, usando cualquier formato legal, pretende vender, revender, trasladar, transferir o alquilar las concesiones de frecuencias otorgadas en su favor por el Estado, tales transacciones serán nulas y no generan ningún derecho para quien supuestamente las adquiere; por el contrario, esto será causa suficiente para que las concesiones queden inmediatamente revocadas y las frecuencias concesionadas vuelvan a la administración del Estado.

Los propietarios de las acciones de la persona jurídica concesionaria, no podrán transferir o ceder sus acciones sin la autorización previa y por escrito de la autoridad de telecomunicaciones.

El beneficiario de la concesión deberá además pagar una multa al Estado equivalente al 50% de todo lo que hubiese obtenido o pactado obtener por la supuesta venta, transferencia o alquiler de la frecuencia concesionada, sin perjuicio de responder civil y penalmente por los perjuicios ocasionados a los particulares que aparentemente adquirirían derechos por estas transacciones ilegales.". (Subrayado fuera del texto original).

2.2.4. CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO COA, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL SEGUNDO SUPLEMENTO No. 31 DE 07 DE JULIO DE 2017.

*"**Art. 224**.- Oportunidad. El término para la interposición del recurso de apelación es de diez días contados a partir de la notificación del acto administrativo, objeto de la apelación.".*

*"**Art. 230**.- Resolución del recurso de apelación. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución es de un mes contado desde la fecha de interposición.".*

2.2.5. REGLAMENTO PARA OTORGAR TÍTULOS HABILITANTES PARA SERVICIOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, PUBLICADO EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 756 DE 17 DE MAYO DE 2017.

*"**Art. 164**.- Modificaciones.- La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL autorizará las modificaciones relacionadas con la prestación de servicios de radiodifusión sonora y radiodifusión de televisión que se describen en este artículo; las demás modificaciones deberán ser notificadas a la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL con la periodicidad que se determine para el efecto. Las modificaciones contempladas en el presente artículo, independientemente de que requieran autorización o sean notificadas, no requieren el otorgamiento de un nuevo título habilitante.*

La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, una vez que el solicitante haya presentado la información completa de acuerdo con los formularios e instructivos que para el efecto se publiquen en la página web institucional, autorizará las modificaciones técnicas mediante oficio; las cuales se integran al título habilitante una vez efectuada la marginación en el Registro Público de Telecomunicaciones.

1. *Modificaciones técnicas y administrativas que requieren autorización de la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL: (...)*

   j. La modificación de estatutos y cambios de socios o accionistas de personas jurídicas, de conformidad con la normativa vigente. (...)".

*"**Art. 212**.- Registro Público.- Forma parte integrante del Registro Público de Telecomunicaciones, el Registro Nacional de títulos habilitantes para la prestación de los servicios de radio, televisión y audio y video por suscripción, así también de las modificaciones a los referidos títulos habilitantes.".*

*"**Art. 220**.- Actos, títulos habilitantes y documentos sujetos a registro, vinculados con servicios de radiodifusión.- Conforme lo dispone el artículo 85 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación, deberán inscribirse: (...)*
5. Cambios de representante legal;
6. Transferencias de acciones o participaciones; (...)".

2.2.6. RECOMENDACIÓNES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.

La Contraloría General del Estado, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales emitió el Informe General No. **DNA4-00025-2018** a través del cual se efectuó la acción de control examen especial a los procesos de concesión de frecuencias para los servicios de radiodifusión y televisión analógica y digital en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, y otras entidades relacionadas por el período comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de agosto de 2017; en las recomendaciones de dicho informe entre otras señala:

"Al Presidente del Directorio de la ARCOTEL

12. Dispondrá al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones que conjuntamente con el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes y el Director Técnico de Títulos Habilitantes del Espectro Radioeléctrico apliquen, calculen y notifiquen las multas al amparo del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación a los beneficiarios de las concesiones que transfirieron las acciones y/o participaciones sin sujeción a la normativa vigente para el efecto.

Al Director Ejecutivo de ARCOTEL

13. Dispondrá al Coordinador Técnico de Control y al Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes del Espectro Radioeléctrico, ***inicie el proceso de extinción de los títulos habilitantes de servicios de radiodifusión*** *de las empresas citadas, en función a la normativa establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley Orgánica de Comunicación.".* (Negrita fuera del texto original).

III. ANÁLISIS JURÍDICO

TÉRMINO PARA PRESENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

El Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0137 de 27 de febrero de 2019 fue presentado el 15 de marzo de 2019 mediante escrito ingresado en esta Entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-0005381-E, se admitió a trámite por cumplir los requisitos establecidos en los artículos 220 y 224 del Código Orgánico Administrativo COA; y, por haber sido interpuesto en el término establecido para el efecto.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El señor José Walter Viteri, Gerente General de la Compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., concesionaria del sistema de radiodifusión denominado "DINAMIK 99.7 FM", que opera en la ciudad de Alamor, provincia de Loja, fundamenta su impugnación, con los siguientes argumentos los cuales se procede a analizar:

Argumento:

La persona interesada a través del escrito recibido en esta entidad el 15 de marzo de 2019 con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-005381-E, entre otros aspectos sostiene que:

"(...) 2. La resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018, en primer lugar, es notificada al señor Edison Leonardo García Mora con oficio No. ARCOTELDEDA-2018-1341-OF del 23 de octubre de 2018; este ciudadano ha informado a la ARCO TEL, que no es el concesionario de la frecuencia y tampoco el representante legal de la compañía DINAMIKAFM CIA. LTDA., lo cual genera la nulidad absoluta de todo lo actuado por la ARCOTEL, pues se estaría dejando en indefensión a la expedientada.
(...)
4. Finalmente, la ARCOTEL, en una tercera notificación esta vez realizada al señor Over Encalada Escaleras, se pretende haber notificado al Gerente General y representante legal de la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., realizada recién el 16 de enero de 2019 con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2019-0072-OF, informa del inicio del presente procedimiento administrativo.".

Al respecto es importarte precisar que con memorando del No. ARCOTEL-DEDA-2019-0072-OF de 15 de enero de 2019, el Responsable de la Unidad de Documentación y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, notificó al señor José Walter Viteri, representante legal de la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., con el contenido de la Resolución ARCOTEL-2018-0896; documento recibido el 18 de enero de 2019; conforme lo certifica el memorando No. ARCOTEL-DEDA-2019-0230-M de 25 de enero de 2019.

El señor José Walter Viteri Gerente General de la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-003055-E de 04 de febrero de 2019, presentó en la Agencia de Regulación y Control escrito de contestación a la Resolución ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018 de inicio del procedimiento de terminación del contrato de concesión. Por lo que se demuestra que el

particular interesado si fue notificado en legal y debida forma garantizando el debido proceso; y, el derecho a la defensa del concesionario.

Por lo tanto; y, en virtud de lo expuesto se desvirtúa lo manifestado por la compañía DINAMIKFM CIA.LTDA.

Argumento:

El recurrente manifiesta:

*"(...) Señor Coordinador, de la revisión de los antecedentes y fundamentos que sirvieron para la emisión de la resolución que contesto, así como del memorando No. ARCOTELCTDE-2018-1155-M de 17 de octubre de 2018, se evidencia que, en **NINGUNA PARTE** de dichos documentos, se menciona que la transferencia de participaciones efectuada el 08 de agosto de 2018, misma que fue notificada a la ARCOTEL con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2018-019666-E del 15 de noviembre de 2019, **FUE RESCILIADA** mediante escritura pública celebrada en la Notaría Primera del cantón Alamor, el 08 de noviembre de 2018, es decir que el referido acto jurídico se dejó **SIN EFECTO**, habiendo vuelto las cosas a su estado anterior.(...)".*

Con lo expuesto se puede establecer que la resciliación en nuestro país, se entiende como una convención cuyo objeto es disolver un vínculo contractual previamente establecido, al tiempo que es considerado como uno de los modos de extinción de las obligaciones legalmente reconocidos tanto por nuestro Ordenamiento Jurídico Positivo como por parte de la doctrina nacional e internacional.".

Por su parte, y para ratificar todo lo expuesto en líneas anteriores, un servidor de la Superintendencia de Compañías mediante memorando No. SCVS-IRL-2018-0561-M del 18 de diciembre de 2018, informa al Intendente de Compañías de Loja, que se ha realizado la resciliación de la cesión de las participaciones que nos ocupan, solicitando que se realice el registro de dicha resciliación y se actualice la nómina de socios.".

Análisis del Argumento:

Respecto del argumento expuesto por la administrada, es importante señalar que a fojas 162 del expediente administrativo, consta que mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2018-016443-E de 17 de septiembre de 2018, el señor José Walter Viteri, representante legal de la compañía DINAMIKFM CIA.LTDA., solicita autorización para la transferencia de acciones entre socios de la compañía.

Con memorando No. ARCOTEL-CTDE-2018-1155-M de 17 de octubre de 2018, en el que contiene el Informe Jurídico para el inicio del proceso de terminación del contrato de concesión por transferencias de acciones de la compañía DINAMIKFM CIA.LTDA., que dio como resultado la Resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018.

*El 08 de noviembre de 2018 mediante escritura pública de Resciliación de Cesión de Acciones celebrada ante la Notaría Primera del Cantón Puyango, entre el señor Edison Leonardo García Mora y los señores José Walter Viteri y Carlos Manuel Berrezueta Mogrovejo, en cuya cláusula Tercera, establece: "(...) RESCIALIACIÓN.- Por medio de este instrumento público y en conformidad a lo dispuesto en el artículo mil quinientos sesenta y uno del Código Civil Ecuatoriano, los comparecientes por consentimiento mutuo tienen a bien libre y voluntariamente, dejar sin efecto ni valor legal alguno el contrato de Cesión de Acciones de Compañía descrita en la cláusula anterior, volviendo por tanto las cosas a su estado anterior, esto es, que las doscientas sesenta participaciones que tenía en la **COMPAÑÍA "DINAMIKFM CIA. LTDA,** seguirán siendo del señor **EDISON LEONARDO GARCIA MORA.** (...)"*

La figura jurídica de la rescisión es considerada como "(...) anulación o invalidación de un contrato que causa la involución del estado de las cosas al tiempo inmediatamente anterior a la celebración del contrato".[1]

[1] https://www.derechoecuador.com/la-rescision

El artículo 1583 de la Codificación del Código Civil, señala las formas de extinción de las obligaciones, entre una de ellas se encuentra la rescisión: ***"Art. 1583.-*** *Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: (...) 9.- Por la declaración de nulidad o por la rescisión; (...)"*

Si bien, el señor Edison Leonardo García Mora, accionista de la COMPAÑÍA "DINAMIKFM CIA. LTDA., realizan la transferencia de doscientas sesenta participaciones favor de los señores José Walter Viteri y Carlos Manuel Berrezueta Mogrovejo, de día jueves 08 de noviembre de 2018 suscribe la escritura pública de Resciliación, por lo que es aplicable el principio jurídico de la confesión de parte relevo de prueba"; y, si bien señala el recurrente que: "(...) la transferencia de participaciones efectuada el 08 de agosto de 2018, al haber sido ***RESCIALIADA****, jurídica y legalmente se considera que nunca existió, que* ***NO PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS.".***

El procedimiento administrativo sancionador iniciado con Resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018, tenía por objeto constatar el cometimiento de una infracción administrativa constante en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, esto es, la transferencia o cesión de acciones de una persona jurídica concesionaria de frecuencia sin contar con la autorización expresa y por escrito de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL.

En efecto conforme se desprende del expediente de sustanciación del procedimiento sancionatorio, y es recogido por la resolución que se ha impugnado, el señor José Walter Viteri cedió sus participaciones sociales de la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., con fecha 08 de agosto de 2018, entregando 260 participaciones a los señores José Walter Viteri y Carlos Manuel Berrezueta Mogrovejo, acción societaria que realizó sin contar con la autorización expresa de ARCOTEL, por lo que los hechos se adecuan a lo previsto por el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación.

Si bien en fecha posterior al acto de control, esto es 08 de noviembre de 2018, se realizó la resciliación de la cesión de participaciones, los efectos jurídicos del acto de ceder las participaciones sin la autorización de ARCOTEL se dieron y se mantienen para efectos de control y sanción, puesto que la presunta infracción fue cometida en el momento mismo de la celebración de la escritura pública de cesión de participaciones, por lo que el argumento esgrimido en este sentido por el recurrente carece de fundamentación y no es procedente aceptarlo.

En consecuencia, no es procedente el argumento del recurrente.

Argumento:

La Compañía DINAMIKFM CIA. LTDA. argumenta lo siguiente:

1. ***LA TRANSFERENCIA DE PARTICIPACIONES NO IMPLICA LA TRANSFERENCIA DE LA CONCESIÓN DE LA FRECUENCIA***

"(...) En este punto, es pertinente realizar previamente, un análisis y distinción entre la transferencia de participaciones y la transferencia de la concesión, pues son dos actos jurídicos completamente disímiles, cada uno con sus propias y únicas características que no permiten confusión entre ellas.

El Art. 112 de la Ley Orgánica de Comunicación determina con meridiana claridad cuáles son las causales de terminación del contrato de concesión de una frecuencia radioeléctrica, entre ellas la siguiente:

"7. Por hallarse incurso de manera comprobada en la disposición que prohíbe la transferencia arrendamiento o enajenación de la concesión"

Esta causal es la utilizada como sustento y fundamento a su autoridad, para iniciar el procedimiento administrativo de terminación que nos ocupa, conforme se puede evidenciar en el ARTICULO DOS de la resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018, que doy contestación.

(...)

Señor Coordinador, con todo lo expuesto, está claro que la transferencia de la concesión de una frecuencia radioeléctrica, está PROHIBIDO por nuestra legislación, y dicha trasferencia no puede ni tan si quiera ser autorizada por ninguna institución del sector público, pues una frecuencia al ser parte del espectro radioeléctrico, recurso natural limitado de propiedad del estado, no puede ser negociado ni transferido bajo ningún motivo, pues según nuestra constitución en un recurso inajenable; SIN EMBARGO la venta de participaciones es un acto jurídico privado completamente diferente, por lo que la transferencia de participaciones sin la autorización de la ARCOTEL, bajo ningún precepto, puede ser considerado como la transferencia de una concesión sin autorización de la ARCOTEL, sino simplemente como una modificación administrativa no autorizada, que debe ser juzgada no como una causal de terminación de una concesión, sino como una infracción de primera clase de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

(...)

AHORA BIEN, gran parte de la fundamentación del informe jurídico No. ARCOTELCTDE-2018-1155-M, que (presumimos es la fundamentación de la resolución que contestamos), se fundamenta en el Informe No. DNA4-0025-2018 aprobado el 22 dejunio de 2018, que contiene el "Examen Especial a los procesos de concesión de frecuencias para los servicios de radiodifusión y televisión analógica y digital en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL y otras entidades relacionadas, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de agosto de 2017", páginas 54, 55, 56, 57, 58 y 59, con el cual la Dirección Nacional de Auditoría de Telecomunicaciones, Conectividad y Sectores Productivos de la Contraloría General de Estado, se refiere a la "Transferencia de acciones, cesión de participaciones de propietarios de personas jurídicas concesionarias; y, cambios de representante legales, sin notificación y conocimiento de ARCOTEL realizando las siguientes conclusiones y recomendaciones.(...)"

Análisis del Argumento:

De la revisión del escrito de interposición del presente recurso de apelación, se advierte que el recurrente alega que la transferencia de acciones de una compañía concesionaria, no implica jurídicamente que aquella transfiera su concesión a un tercero, por lo que alega que la sanción establecida en la resolución impugnada no cumple con criterios de legalidad y tipicidad.

Así mismo, argumenta que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, a través de varios de sus funcionarios, ha emitido con anterioridad criterios jurídicos que determinarían que la transferencia de acciones no es causal de terminación de la concesión, en conformidad con lo señalado en los artículos 112 y 117 de la Ley de Comunicación, señalando que en casos idénticos la administración ha impuesto sanciones considerando la transferencia de acciones como una infracción de primera clase de acuerdo a lo previsto en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por lo expuesto, es necesario precisar de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico aplicable, cual es la sanción que merece el hecho de haber transferido acciones o cedido participaciones de una persona jurídica concesionaria, sin contar con la autorización de ARCOTEL. Para el análisis jurídico debemos realizar un recuento de las acciones y pronunciamientos realizados por ARCOTEL, así como lo señalado por la Contraloría General del Estado en su informe DNA4-0025-2018, el cual motiva el inicio del procedimiento de terminación del contrato de concesión que culminó con la Resolución ARCOTEL-2019-0135, objeto del presente recurso.

Con fecha 14 de mayo de 2018, el Coordinador Zonal 3 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó la Resolución ARCOTEL-CZO3-2018-0011, mediante la cual se determina que la Compañía JH RADIO FM PINTRATU S.A., concesionaria de la frecuencia 106,5 MHz, matriz de la ciudad de Ambato, en donde opera la estación de Radiodifusión denominada "CANELA STEREO 106.5 FM", realizó una transferencia de las acciones, sin autorización de la Agencia de regulación y Control de las Telecomunicaciones, incumpliendo de lo dispuesto en el Art. 164, numeral1, literal j, del reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes del Espectro Radioeléctrico, inobservando lo establecido en el artículo 24, numeral 3 de la Orgánica de Telecomunicaciones; por lo que incurrió en el artículo

117, literal b) numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que: "(...) Si alguna persona natural o jurídica, usando cualquier formato legal, pretende vender, revender, trasladar, transferir o alquilar las concesiones de frecuencias otorgadas en su favor por el Estado, tales transacciones serán nulas y no generan ningún derecho para quien supuestamente las adquiere; por el contrario, esto será causa suficiente para que las concesiones queden inmediatamente revocadas y las frecuencias concesionadas vuelvan a la administración del Estado.".

En recurso de revisión, el delegado de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con fecha 24 de junio de 2016, mediante Resolución ARCOTEL-2016-0595, resolvió aceptar parcialmente el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la compañía SONORAMA S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016; por lo que se dejó sin efecto las Resoluciones No. ARCOTEL-2016-0390 de 11 de abril de 2016 y No. ARCOTEL-2016-0476 de 16 de mayo de 2016, es decir, se dejó sin efecto la resolución que disponía la terminación del contrato de concesión de la referida concesionaria. El argumento jurídico expuesto en la resolución, con el cual se sustenta la aceptación parcial del recurso señala lo siguiente:

"(....) De ahí que, de la lectura del artículo 112 numeral 7 de la Ley Orgánica de Comunicación, se establece con claridad meridiana que es causal de terminación de la concesión el incurrir de manera comprobada en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión; más cuando se revisa el artículo 117 Ibidem, el que contiene la disposición de intransferibilidad de las concesiones y se desarrollan a manera ejemplificativa las formas prohibidas mediante las cuales terceros podrían beneficiarse o disfrutar de una concesión, se llega a inferir equivocadamente, en la Resolución impugnada, que las cesión o transferencia de acciones sin autorización de la autoridad de telecomunicaciones, constituye otra forma de cesión o transferencia de la concesión, por el simple hecho de que el requisito para ceder o transferir acciones, se ha incluido en el artículo titulado como "Intransferibilidad de las concesiones.".

Finalmente, la resolución ARCOTEL-2016-0595 señala como razón de la decisión lo siguiente:

"(...) Por lo que, se considera que, si el hecho de constar el requisito de la autorización previa de la ARCOTEL, para transferir acciones, dentro del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, que se titula como "intransferibilidad de las concesiones", lleva a duda, debe valorarse que dicha norma no es la que tipifica la causal de terminación del contrato, sino el artículo 112 de la Ley ibídem, de manera que, se restringe solamente a la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión, sin que se puedan realizar interpretaciones extensivas o analógicas, y de persistir la duda sobre la norma, conforme al mandato constitucional, aplicar la norma más favorable a la persona infractora".

El texto transcrito describe cual es el sentido de la decisión tomada por la autoridad en el recurso extraordinario de revisión, el cual se fundamenta en la identificación de una diferencia entre la disposición que establece la prohibición de transferencia de acciones sin autorización y la disposición que establece la terminación de la concesión, ambas contenidas en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, determinando que en no se puede realizar interpretación extensiva o analógica, y que en todo caso, se debe observar el principio de favorabilidad.

Similar criterio se aplica en la resolución ARCOTEL-2016-0594 de 24 de junio de 2016, en la que el delegado de la Directora Ejecutiva de ARCOTEL resolvió aceptar parcialmente el recurso extraordinario de revisión, dejando sin efecto las resoluciones ARCOTEL-2016-0389 de 11 de abril de 2016 y ARCOTEL-2016-0475 de 16 de mayo de 2016, ésta última que daba por terminado el contrato de concesión de la compañía CANAL UNO S.A. En ambos casos las resoluciones dejan a salvo las acciones que el Organismo Desconcentrado de ARCOTEL, pueda iniciar, de considerar que se habría incurrido en una infracción a la Ley, sin mencionar cual sería la infracción cometida.

El criterio establecido en los recursos extraordinarios de revisión, respecto del análisis de los artículos 112 numeral 7 y 117 de la Ley de Comunicación, a su vez está contenido en el Informe Jurídico No. ARCOTEL-DJCE-2016-0081 de 22 de junio de 2016, emitido por el Director Jurídico de Control del espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción de ARCOTEL.

En lo que se refiere a los casos idénticos en que la administración ha impuesto sanciones considerando la transferencia de acciones como una infracción de primera clase de acuerdo a lo previsto en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el recurrente señala los casos de las concesionarias RADIO ROMANCE RADIOROMASA S.A., mediante resolución ARCOTEL-CZO3-2018-009 de 26 de abril de 2018; JH RADIO FM PINTRACTU S.A., con resolución ARCOTEL-CZO3-2018-0011 de 14 de mayo de 2018; y, RADIO F.M. 92 STEREO S.A., mediante resolución ARCOTEL-CZO3-2018-0012 de 17 de mayo de 2018.

En los casos identificados en el párrafo anterior, la administración resolvió que la transferencia de acciones sin autorización de ARCOTEL se adecúa a lo previsto en el Art. 164, numeral 1, literal j) del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, inobservando lo establecido en el artículo 24 numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que se incurre en la infracción tipificada en el artículo 117, literal b) numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Es decir que respecto de la transferencia de acciones sin autorización de ARCOTEL, se establece una calificación jurídica distinta a la de terminación del contrato de concesión, prevista en la Ley Orgánica de Comunicación; considerando dicha acción como una infracción de primera clase prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Siguiendo en la línea del tiempo, es necesario referirse al Informe General DNA4-0025-2018 de la Contraloría General del Estado, el cual contiene el "Examen Especial a los procesos de concesión de frecuencias para los servicios de radiodifusión y televisión analógica y digital en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL y otras entidades relacionadas, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de agosto de 2017", informe que en parte sustenta el inicio del procedimiento administrativo en función del cual se dictó la resolución impugnada en el presente recurso.

Como conclusión a este análisis, Contraloría señaló que los representantes legales de las empresas identificadas en esta parte de su informe, efectuaran la transferencia de acciones, cesión de participaciones y cambio de representante legal, sin contar con la autorización de ARCOTEL, incurriendo en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión. Así también, se concluye que la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes no observó el cometimiento de dichas infracciones y no se tomaron las acciones legales oportunas para establecer las sanciones correspondientes, señalando que la sanción es la revocatoria inmediata de las concesiones otorgadas y el cobro de multas del 50% de todos los beneficios obtenidos o pactados como consecuencia de la venta o transferencia de las frecuencias concesionadas de acuerdo al artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación.

Es decir, la Contraloría General del Estado en sus conclusiones refiere que los actos de transferir acciones, ceder participaciones y cambiar representante legal de las personas jurídicas concesionarias, identificadas en el informe, son acciones constitutivas de la infracción establecida en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, correspondiendo por tanto la sanción prevista en el numeral 7) del artículo 112 de la ley ibídem, es decir, la terminación de la concesión de frecuencia.

Finalmente, el informe DNA4-0025-2018, en sus páginas 58 y 59, establece las recomendaciones 12 y 13, dirigidas al Presidente del Directorio de la ARCOTEL y al Director Ejecutivo de ARCOTEL, respectivamente, las cuales señalan:

"(...) Recomendación

Al Presidente del Directorio de la ARCOTEL

12. Dispondrá al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, que conjuntamente con el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes y el Director Técnico de Títulos Habilitantes del espectro Radioeléctrico apliquen, calculen y notifiquen las multas al amparo del artículo 117 de la Ley Orgánica de

Comunicación a los beneficiarios de las concesiones que transfirieron acciones y/o participaciones sin sujeción a la normativa vigente para el efecto.

Al Director Ejecutivo de ARCOTEL

13. Dispondrá al Coordinador Técnico de Control y al Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes del Espectro Radioeléctrico, inicie el proceso de extinción de los títulos habilitantes de servicios de radiodifusión de las empresas citadas, en función a la normativa establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley Orgánica de Comunicación. (...)".

Con fecha 31 de julio de 2018, ya en conocimiento del informe de Contraloría, el Director Ejecutivo de ARCOTEL, mediante memorando Nro. ARCOTEL-ARCOTEL-2018-0162-M, requirió al Coordinador General Jurídico de la institución, "(...) un informe jurídico sobre la forma de aplicación de la recomendación No. 13 del informe final de la Contraloría General del Estado, signado con el número DNA4-0025-2018, en concordancia con la recomendación No. 12 del mismo."

En atención al requerimiento de la máxima autoridad, con memorando Nro. ARCOTEL-CJUR-2018-0525-M de fecha 03 de agosto de 2018, el Coordinador General Jurídico remitió al Director Ejecutivo subrogante el informe jurídico requerido, en el cual se identifica en el numeral 3. PROBLEMA JURÍDICO, lo siguiente:

(...) 3. PROBLEMA JURÍDICO

1. La transferencia de una y concesión y la transferencia no autorizada de acciones o participaciones de una persona jurídica concesionaria son dos hechos distintos, que la Ley Orgánica de Comunicación y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tipifican y sancionan de forma diferente; en vista de lo cual la ARCOTEL debería aplicar las sanciones que a cada hecho corresponden en función del desarrollo en este documento.
2. La ARCOTEL ha venido históricamente aplicando y debería en el futuro aplicar también un criterio institucional sobre la forma de sancionar la transferencia no autorizada de acciones o participaciones de personas jurídicas concesionarias de frecuencias, lo que ha generado en los administrados una expectativa razonable de aplicación de la norma que debe ser respetada para efectos de garantizar la seguridad jurídica de sus actuaciones.(...)"

Luego de identificar el problema jurídico, y en consideración de los argumentos desarrollados en el documento, en el que se consideran las recomendaciones realizadas por Contraloría en el informe DNA4-0025-2018, el Coordinador General Jurídico concluye lo siguiente:

(...) 5. CONCLUSIONES

1. En conclusión a lo manifestado, la Dirección Ejecutiva en ejercicio de las garantías constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima en las decisiones de la administración pública, legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas debería continuar aplicando para el caso de transferencia de acciones no autorizadas la imposición de la sanción prevista en el artículo 117 numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que implica la aplicación de una sanción pecuniaria de conformidad con el mismo cuerpo de leyes.

2. En los casos de falta de notificación de cambio de representante legal, a efectos de no violar norma expresa contenida en el numeral 10 del artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se deberá aplicar en todos los casos esta sanción y en ningún caso la extinción del título. (...)"

Reseñados que han sido varios antecedentes, casos y criterios respecto de la aplicación de sanciones a la transferencia de acciones y/o cesión de participaciones, así como identificada la parte pertinente del informe final del examen de Contraloría General del Estado, evidentemente se advierte la existencia de criterios contrapuestos y contradictorios de la aplicación de la norma sancionatoria a estos casos, por lo que en este punto es necesario realizar el análisis de la norma, de conformidad con los principios de legalidad, tipicidad y favorabilidad.

El artículo 112 de la Ley Orgánica de Comunicación señala:

"(...) Art. 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:

7. Por hallarse incurso de manera comprobada en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión; (...)".

La disposición normativa trascrita se encuentra en el Título VII, referente al espectro radioeléctrico, determinando varias causas por las cuales se puede dar por terminada la concesión de las frecuencias del espectro radioeléctrico. El numeral 7 señala como causa de terminación de la concesión, el hallarse incurso en la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o concesión de la frecuencia, es decir, que expresamente esta causal nos remite a otra disposición de la Ley Orgánica de Comunicación, por lo tanto, debemos verificar en dicha "disposición" los casos contemplados como causal de la infracción, en otras palabras, las acciones que la Ley determina como causa de terminación de la concesión.

Respecto de la remisión normativa que realiza el artículo 112 numeral 7 de la Ley Orgánica de Comunicación, es necesario señalar que el principio de tipicidad exige que la descripción de una conducta típica, en el caso del Derecho Administrativo las infracciones administrativas, sea específico, lo cual consiste en la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones a ellas establecidas. En el caso de la remisión, que en el Derecho Penal se conocen como normas penales en blanco, esta exigencia no es cumplida por la propia disposición, sino que requiere de una disposición complementaria para configurar sus efectos, en estos casos la exigencia de tipicidad no es cumplida totalmente, sin embargo, su validez es reconocida.

En tal sentido, la causal establecida en el numeral 7 del artículo 112 de la Ley Orgánica de Comunicación, se complementa con la disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión, esto es el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, disposición que lleva por título "Intransferibilidad de las concesiones", configurando así las infracciones administrativas. Por lo dicho, las acciones previstas en el artículo 117, referentes a transferencia de la concesión, son infracciones debidamente tipificadas que tienen como sanción la terminación de la concesión de la frecuencia.

En este punto debemos verificar lo señalado por el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, cuyo tenor literal señala:

"Art. 117.- Intransferibilidad de las concesiones.- Las concesiones de frecuencias que sean adjudicadas a cualquier persona natural o jurídica para el funcionamiento de medios de comunicación no forman parte de su patrimonio, y por lo tanto está prohibido todo acto que esté orientado a que otra persona natural o jurídica distinta disfrute o se beneficie del uso de dichas concesiones de frecuencias.

Si alguna persona natural o jurídica, usando cualquier formato legal, pretende vender, revender, trasladar, transferir o alquilar las concesiones de frecuencias otorgadas en su favor por el Estado, tales transacciones serán nulas y no generan ningún derecho para quien supuestamente las adquiere; por el contrario, esto será causa suficiente para que las concesiones queden inmediatamente revocadas y las frecuencias concesionadas vuelvan a la administración del Estado.

Los propietarios de las acciones de la persona jurídica concesionaria, no podrán transferir o ceder sus acciones sin la autorización previa y por escrito de la autoridad de telecomunicaciones.

El beneficiario de la concesión deberá además pagar una multa al Estado equivalente al 50% de todo lo que hubiese obtenido o pactado obtener por la supuesta venta, transferencia o alquiler de la frecuencia concesionada, sin perjuicio de responder civil y penalmente por los perjuicios ocasionados a los particulares que aparentemente adquirirían derechos por estas transacciones ilegales. "

Del primer inciso de la disposición transcrita se colige claramente que la finalidad de la misma es determinar que la concesión no otorga a la persona natural o jurídica la propiedad de la concesión de frecuencia, toda vez que el espectro radioeléctrico es un bien público; en virtud de ello se determina que las concesiones al no formar parte del patrimonio de la persona, no pueden ser dispuestas por ningún acto para beneficio de otra persona natural o jurídica que no sea la concesionaria de la frecuencia.

El segundo inciso de la disposición establece las acciones que configuran la infracción relacionada con la transferencia de la concesión, se tipifica las acciones de las personas naturales o jurídicas, que, utilizando cualquier formato legal, es decir cualquier mecanismo previsto por la normativa, pretendan vender, revender, trasladar, transferir o alquilar las concesiones de frecuencias del Estado. Respecto de estas acciones típicas la misma norma señala que los efectos de dichos actos serán nulos; y, que serán causa suficiente para que las concesiones queden inmediatamente revocadas y las frecuencias vuelvan a la administración del Estado.

En el caso del inciso segundo del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, la disposición señala de forma taxativa los presupuestos de acción que configuran infracción sancionable con la terminación del contrato de concesión de frecuencia, los cuales se refieren de forma estricta a la concesión de la frecuencia. Es necesario mencionar que estos casos expresamente se establecen como causas de terminación de la concesión, teniendo la norma debidamente establecidas las consecuencias jurídicas, las cuales se conjugan con el artículo 112 de la Ley ibídem para su sanción.

El tercer inciso del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación se refiere a la transferencia y cesión de acciones de la persona jurídica concesionaria de una frecuencia. Es necesario dejar establecido que esta disposición no prohíbe la transferencia o cesión de acciones, sino más bien, establece una exigencia de que previo a la realización de transferencias o cesiones de acciones, se deba contar con la autorización por escrito de ARCOTEL para realizar dicho acto.

Contrario a lo que sucede con el inciso segundo del artículo en análisis, en el caso de la transferencia o cesión de acciones, la norma no prevé ninguna consecuencia jurídica, es decir, no señala si esta acción es considerada o no como una causa de terminación de la concesión de la frecuencia.

El inciso final del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, establece una multa aplicable a los actos de la supuesta venta, transferencia o alquiler de la frecuencia concesionada, la cual equivale al 50% de lo que hubiese obtenido o pactado la persona infractora por dichos actos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan generarse por los perjuicios a terceros por las transacciones ilegales. Esta multa es adicional a la sanción prevista de terminación de la concesión en los casos antes señalados.

Es necesario analizar la correspondencia de los incisos segundo y cuarto del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, así, el inciso segundo tipifica la venta, reventa, traslado, transferencia y alquiler de la concesión, determinando para dichas acciones la sanción de terminación de la concesión; a su vez, el último inciso señala que la multa será aplicable a los casos de "supuesta" venta, transferencia o alquiler. Es decir, que existe coherencia y correspondencia de las sanciones en estos tres casos.

Por otro lado, la disposición referente a las multas, constante en el inciso final del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, nada señala respecto de la transferencia o cesión de acciones; no se determina consecuencia jurídica (multa) por haber transferido o cedido acciones de la persona jurídica concesionaria sin autorización de ARCOTEL. Es claro que el artículo en análisis no establece de forma expresa consecuencia jurídica alguna para la transferencia o cesión de acciones, en tanto que en los otros casos señalados si determina expresamente las consecuencias (sanciones) e inclusive los efectos de los actos (nulos).

El Derecho Administrativo forma parte del derecho público y en el presente caso al ser sancionador habilita el poder punitivo del Estado, poder que se encuentra limitado por la Constitución de la República, en tanto la existencia y vigencia de derechos y garantías constitucionales. En este sentido, el artículo 76 de la Constitución establece las garantías básicas del debido proceso, entre ellas las que establecen los principios de legalidad y favorabilidad, a saber:

> *"Art. 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:*
>
> *(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
>
> *(...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (...)"*

La disposición constitucional transcrita establece en el numeral 3 el principio de legalidad, que se configura en la exigencia de que toda infracción esté previamente contemplada en la ley, garantizando la existencia de preceptos jurídicos que determinen con certeza las infracciones y su eventual sanción.

Respecto del principio de legalidad, Marco Morales Tobar, en su obra denominada "Manual de Derecho Administrativo", (p.90), manifiesta:

> *"Conforme habíamos analizado con detenimiento en el capítulo primero, el principio de legalidad constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, al cual se halla sometida toda actividad pública. Con acierto manifiesta Dromi (1999) que la "legalidad conformadora y limitadora de la actuación pública, asegura a los administrados la disposición de una variedad de remedios sustantivos y vías formales, para efectivizar la fiscalización y el control de la Administración Pública. La constitución y las leyes definen las atribuciones del poder público y a ellas debe sujetarse su ejercicio" (...)*

En este escenario, la doctrina ha sido unánime en defender que toda actividad de la autoridad administrativa, debe circunscribirse a normas preestablecidas, concebidas como fronteras dentro de las cuales debe desenvolverse el obrar administrativo. Refiriéndose a este extremo demarcatorio, el constantemente citado tratadista argentino Roberto Dromi (1999) explica que "éste tiene una significación objetiva, por ser, simultáneamente, la línea delimitadora de los comportamientos 'permitidos' y la empalizada que impide los comportamientos 'prohibidos' ello motiva el bloque de la legalidad, o principio de juridicidad'" (...)". (Subrayado fuera del texto original).

Respecto de la transferencia y cesión de acciones y participaciones de la persona jurídica concesionaria de frecuencia, como se ha dicho, el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación no establece de forma expresa la sanción a ser impuesta en caso de verificar su cometimiento, inclusive esta acción se excluye de la posibilidad de imponer la multa prevista en el inciso final ibídem. En observancia de la garantía de legalidad, no se debería aplicar una sanción no prevista en la Ley, por lo que la aplicación del artículo 112 numeral 7, en concordancia con el artículo 117 de la norma antes señalada, no sería procedente al caso de las transferencias y cesión de acciones de la persona jurídica concesionaria.

El principio de legalidad antes desarrollado se enlaza con el principio de reserva de ley para el establecimiento de infracciones; así como con las reglas de interpretación normativa, que para el caso de sanciones administrativas está previsto en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, el cual determina que a cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa y por lo tanto prohíbe la aplicación de analogías o interpretación extensiva.

En el presente caso, como ya se ha mencionado, la disposición referente a la transferencia y cesión de acciones, no prevé de forma expresa una sanción, sino que se enlaza por una remisión normativa con la sanción prevista en el articulo 112 numeral 7 de la Ley Orgánica de Comunicación; cuestión contraria sucede con los supuestos de venta, reventa, traslado, transferencia o alquiler de concesiones, en cuyo, de forma lógica se enmarcan en la "disposición que prohíbe la transferencia, arrendamiento o enajenación de la concesión", teniendo en estos casos expresamente la calidad de causa suficiente para la terminación de la concesión.

En lo referente a la garantía de favorabilidad, es necesario señalar la forma como ARCOTEL ha procedido en casos similares en cuanto a objeto y materia, es decir, en casos de transferencia de acciones sin contar con autorización de ARCOTEL. En los casos antes referidos de las concesionarias RADIO ROMANCE RADIOROMASA S.A., mediante resolución ARCOTEL-CZO3-2018-009 de 26 de abril de 2018; JH RADIO FM PINTRACTU S.A., con resolución ARCOTEL-CZO3-2018-0011 de 14 de mayo de 2018; y, RADIO F.M. 92 STEREO S.A., mediante resolución ARCOTEL-CZO3-2018-0012 de 17 de mayo de 2018; se procedió con el ejercicio de subsunción, estableciendo que la infracción esta adecuada a lo previsto en el Art. 164, numeral 1, literal j) del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, inobservando lo establecido en el artículo 24 numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que se incurre en la infracción tipificada en el artículo 117, literal b) numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por lo expuesto, si la norma vigente establece una sanción que es más favorable al administrado, en observancia del principio de favorabilidad, previsto en la Constitución y en el Código Orgánico Administrativo, debe aplicarse aquella que sea más leve en cuanto a sus efectos, es decir la que cause menor perjuicio al administrado.

En atención a los argumentos del administrado, es preciso analizar la relación del inciso primero del artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación y el inciso tercero, en ese sentido se deja claramente establecido que la concesión de frecuencia no forma parte del patrimonio de la persona natural o jurídica concesionaria. Por su parte el inciso tercero se refiere a los poseedores de las acciones de las personas jurídica, en este aspecto, debemos reconocer con meridiana claridad que las acciones o participaciones de la persona jurídica concesionaria son propiedad de sus poseedores, y que su transferencia o cesión no implica de ninguna manera la transferencia de la concesión de la frecuencia.

La composición de la persona jurídica, esto es, como está conformado su capital social, sea en acciones o participaciones, y las modificaciones que de este se realicen, de ninguna manera afectan a la concesión de la frecuencia, pues ésta se mantiene siempre respecto de quien es su titular, es decir, la persona jurídica, por lo que la transferencia de acciones en ningún caso puede ser considerado como transferencia de la concesión, en estricta consideración jurídica de la naturaleza de la persona jurídica y los actos societarios, los cuales no son prohibidos para el caso de personas jurídicas concesionarias, sino que, se exige una autorización previa por parte de ARCOTEL para su perfección.

Por las consideraciones expuestas, se determina que, en estricto análisis integral de la norma e interpretación literal, conforme lo exigen las garantías del debido proceso, evitando la interpretación extensiva y analógica que está proscrita por la Ley, la transferencia de acciones o cesión de participaciones de la persona jurídica concesionaria, no debería ser considerada de ninguna manera como transferencia de la concesión, por lo que no sería aplicable a dichos actos la infracción establecida en el artículo 112 numeral 7), en concordancia con el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación.

Argumento:

La persona interesada en el escrito presentado sostiene que:

"IMPOSICIÓN DE UNA MULTA SIN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO"

"Revisada la resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, en su ARTICULO TRES resolvió lo siguiente:

***ARTÍCULO TRES:** La compañía DINAMIKFM CÍA LTDA, debe pagara la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, el valor de la multa que corresponde al 50% del importe de cada cesión de participaciones y/o transferencia de acciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, esto es US$ 65.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (Sesenta y cinco dólares 00/100) por cada transacción que sumado da un total de: US$: 130.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (Ciento treinta dólares 00/100), dentro del término de quince (15) días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, para lo cual la Coordinación Administrativa Financiera, realizará las gestiones necesarias para dicho cobro".*

Señor Coordinador, en este punto quisiera pensar que se cometió un error de buena fe, pues la imposición de una multa, sin haber existido previamente un procedimiento administrativo respectivo, en el que se respeten todas las garantías básicas del debido proceso, y que se haya otorgado a mi representada el derecho a la defensa, a fin de que ésta, a través de un término legal respectivo, y contando con los medios adecuados para la preparación de su defensa, se le permita confirmar el principio de inocencia establecido en el número 2 del Art. 76 de nuestra Constitución de la República del Ecuador, da como resultado UNA VIOLACIÓN DIRECTA AL DERECHO A LA DEFENSA, Y GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO, establecidas en nuestra Constitución y en todas las normas que regulan los procedimientos administrativos. (...).".

Análisis del Argumento:

Como se ha manifestado con anterioridad, la función pública y por tanto todas las actividades de la administración pública, los servidores y funcionarios públicos, se deben adecuar de forma estricta a lo establecido por la Constitución de la República y la ley, en virtud del principio de legalidad.

En observancia de los preceptos constitucionales, la administración pública debe de manera directa y obligatoria, en todo proceso en el que se determinen derechos y garantías de cualquier orden, garantizar el debido proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República. Entre otras, el derecho al debido proceso contempla las garantías de presunción de inocencia, tipicidad, favorabilidad y el derecho a la defensa.

En lo referente al principio de inocencia, la Constitución de la República establece una presunción legal con carácter general, señalando que en todo proceso de cualquier índole, entiéndase incluido el proceso administrativo sancionador, se presumirá la inocencia de la toda persona, debiendo ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución en firme o sentencia ejecutoriada.

Por otro lado, el derecho a la defensa, determinado en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, establece varias garantías para el ciudadano/administrado, entre ellas el no ser privado de su derecho a defenderse y contradecir en ninguna de las etapas del procedimiento; contar con el tiempo y medios adecuados para su defensa; la publicidad de los procedimientos; y, la motivación de las resoluciones.

La legislación ecuatoriana en virtud de las garantías normativas establecidas en el artículo 84 de la Constitución de la República, debe estar formal y materialmente adecuada a las normas de carácter constitucional, es decir, que no pueden oponerse de ninguna manera a lo previsto por la Constitución, resulta por tanto lógico, que los procedimientos administrativos observen de forma irrestricta el debido proceso.

El Código Orgánico Administrativo, norma que regula la actividad de la administración pública en todos sus aspectos, incluyendo la relación de la administración con los administrados, establece el marco

normativo y procedimental en función del cual la administración pública debe desarrollar los procedimientos administrativos sancionadores, identificando las fases de los procesos, plazos y términos; y, los principios y normas generales en base a los cuales deben ser desarrollados, incluyendo los principios de tipicidad e irretroactividad.

En el presente caso, de conformidad con el argumento desarrollado por la recurrente, y en virtud de la revisión integral del expediente, se constata que en el auto de inicio del procedimiento administrativo, constante en la resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de fecha 23 de octubre de 2018, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes dispuso que la concesionaria la compañía DINAMIKFM CIA. LTDA. pague el valor de USD $ 130.000 de los Estados Unidos de América (Ciento treinta dólares 00/100), en calidad de multa, por haber incurrido en la infracción establecida en el artículo 117 de la Ley Orgánica de Comunicación, concediéndole el plazo de quince (15) días para que pague la misma.

Es decir que, sin haber garantizado el debido proceso, desnaturalizando el procedimiento administrativo, en el auto de inicio, con el que se le notifica al administrado las acciones emprendidas por la administración, se fijó y determinó la obligación del pago de una multa, de forma previa a la constatación de la infracción y de forma previa a la emisión de una resolución debidamente motivada.

Esta inobservancia del debido proceso se advierte también de la revisión de la resolución No. ARCOTEL-2119-0135 de 27 de febrero de 2019, con la cual se da fin al procedimiento administrativo, en la que se dispone la terminación del contrato de concesión de frecuencia, pero no se hace mención expresa a la imposición de una multa, pue esta había sido impuesta con anterioridad, como se dijo, en el auto de inicio.

Adicionalmente es necesario señalar que el último inciso del artículo 117 de la LOC establece que además de la terminación de la concesión, el concesionario deberá pagar una multa correspondiente al 50% de lo que hubiese obtenido o pactado por la supuesta venta, transferencia o alquiler de la frecuencia concesionada; sin referirse a la multa que se impondría en los casos de transferencia o cesión de acciones.

Con fundamento en el análisis antes señalado respecto de la prohibición de transferencia de la concesión y la prohibición de transferencia de acciones de las personas jurídicas concesionarias, no habría lugar a la imposición de una multa en tanto que la transferencia de acciones no se consideraría como causal de terminación del contrato de concesión; más aún cuando la multa no está previamente establecida en la norma, es decir, falta a los principios de legalidad y tipicidad.

Por lo expuesto, el argumento de la recurrente en cuanto a la indebida imposición de la multa en auto de inicio del procedimiento administrativo, es aceptado, en razón de que la imposición de la multa no respeto el derecho al debido proceso y que dicha multa no está prevista de forma previa en el ordenamiento jurídico.

Argumento:

La administrada en el recurso de apelación señala:

*"(...) **4. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN NO. ARCOTEL-2018-0896 DE 3 DE OCTUBRE DE 2018.***

Ahora bien, señor Coordinador, como es de vuestro conocimiento, el Art. 76 número 7 de la Constitución de la República vigente, dispone en su parte pertinente: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 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.

(...)

Señora Directora Ejecutiva, como se puede evidenciar, mi representada de manera categórica desvirtuó y desvaneció la causal de terminación en la que presuntamente habría incurrido el suscrito, sin embargo a pesar de poseer argumentos sólidos y contundentes, estos fueron ignorados por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, en la resolución ARCOTEL-2019-0135 del 27 de febrero de 2019, en base a unos análisis completamente ambiguos, por lo que pido usted SE CONSIDERE y ANALICE EN DEBIDA FORMA Y EN DERECHO TODOS LOS ARGUMENTOS ANTES EXPUESTOS".

Análisis del Argumento:

La motivación es un requisito típico y esencial de todos los actos administrativos. La doctrina inclusive ha ido más allá, y ha determinado que el término motivación es débil como concepto jurídico, siendo lo más apropiado hablar de fundamentación. Uno de los teóricos más importantes sobre este postulado es Alberto Ramón Real quien señala: "Hay que decir fundamentación, en la esperanza de que se entienda y aplique como el necesario razonamiento lógico que une a los hechos del caso con la decisión que en él se adopta.".

El maestro Agustín Gordillo ha definido a la motivación como "La fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada "

La motivación o fundamentación, como se prefiera denominarla, constituye un elemento esencial de los actos administrativos, pues se encuentra estrechamente vinculado al principio de legalidad que rige al derecho administrativo, que exige a los funcionarios públicos a fundamentar y justificar sus decisiones, alejándolas de la arbitrariedad. Como bien indica el tratadista Alberto Ramón Real:

"La garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas V genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos. Por ello se ha dicho también que si una decisión no expresa cuáles son los motivos, en verdad ya no los tiene en el doble sentido de carecer asimismo de sustrato fáctico, de sustento en los hechos que deberían determinarla. Antes se expresaba que el acto que carece de explicación carece también de causa.) La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder V la abolición del absolutismo por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos.".

En la legislación ecuatoriana la técnica jurídica administrativa denominada motivación in aliunde, se encuentra en el derecho positivo ecuatoriano como es la Constitución de la República artículo 76 número 7 letra l:

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

En el artículo transcrito señala que los actos deben ser motivados, y demostrar o indicar los supuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión de la administración, de conformidad a los resultados obtenidos; esto significa que se debe indicar la causa, razón y los efectos jurídicos que motivaron el procedimiento iniciado.

En la misma línea se debe destacar lo dispuesto en el artículo 18 del Código Orgánico Administrativo (COA):

"Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.

En concordancia, el artículo 100 del mismo cuerpo legal señala:

"Art. 100 - Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2.La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3.La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.".

El acto administrativo, hace referencia a los hechos particulares expuestos, se realiza análisis debidamente fundamentado con respecto a los argumentos y documentos presentados lo que determina la presencia de requisito esencial del acto administrativo.

De lo expuesto, se verifica que la Resolución impugnada se realiza análisis debidamente fundamentado con respecto a los argumentos y documentos presentados lo que determina la presencia total de este requisito esencial del acto administrativo, la doctrina denomina motivación in aliunde, por tanto, el acto administrativo es apegado a derecho, con tan solo enunciar el informe de los hechos; y, razones en los que se funda para la emisión de dicha resolución.

Es decir, la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero de 2019, ha sido dictada con estricto apego al ordenamiento jurídico vigente.

CONCLUSIÓN y RECOMENDACIÓN:

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis procedente, esta Dirección considera:

1. *El señor José Walter Viteri Gerente General de la compañía DINAMIKFM CÍA. LTDA., con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-003055-E de 04 de febrero de 2019, presentó en la Agencia de Regulación y Control escrito de contestación a la Resolución ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018 de inicio del procedimiento de terminación del contrato de concesión. Por lo que se demuestra que el particular interesado si fue notificado en legal y debida forma garantizando el debido proceso; y, el derecho a la defensa del concesionario.*

2. *En el presente caso y así se desprende del expediente administrativo que sirvió de base para la emisión de la resolución impugnada, se observa que la compañía rescilió el contrato de Cesión de Acciones con fecha 08 de noviembre de 2018; y, sin embargo, la acción que se sanciona con la resolución impugnada no ha sido desvirtuada en razón de que efectivamente se realizó una transferencia de acciones sin contar con la autorización previa de ARCOTEL.*

3. *Se ha verificado que mediante el auto de inicio del procedimiento administrativo se impuso la multa de 130.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (Ciento treinta dólares 00/100), la cual ha sido impuesta sin respetar el debido proceso y el derecho a la defensa.*

4. *La imposición de la multa establecida en el auto de inicio vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa.*

5. *La transferencia de acciones en ningún caso podría ser considerado como transferencia de la concesión, en estricta consideración jurídica de la naturaleza de la persona jurídica y los actos societarios, los cuales no son prohibidos para el caso de personas jurídicas concesionarias, sino que, se exige una autorización previa por parte de ARCOTEL para su perfección.*

6. *Respecto de la prohibición de transferencia de la concesión y la prohibición de transferencia de acciones de las personas jurídicas concesionarias, no habría lugar a la imposición de una multa en tanto que la transferencia de acciones no se consideraría como causal de terminación del contrato de concesión; más aún cuando la multa no está previamente establecida en la norma, es decir, falta a los principios de legalidad y tipicidad.*

7. *El acto administrativo motivo de la impugnación realiza el análisis debidamente fundamentado con respecto a los argumentos y documentos presentados lo que determina la presencia total de este requisito esencial del acto administrativo, lo que la doctrina denomina motivación in aliunde, por tanto la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero de 2019, ha sido dictada con estricto apego al ordenamiento jurídico, está motivada pues existe coherencia lógica entre los elementos fácticos, jurídicos.*

Por las razones expuestas, se recomienda al Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en uso de sus atribuciones ACEPTE el Recurso de Apelación en contra del acto administrativo contenido en la Resolución No. ARCOTEL-2019-0135 de 27 de febrero de 2019, emitida por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL y por consiguiente este acto administrativo sea REVOCADO.".

IV. RESOLUCIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al amparo de lo previsto en el artículo 10, numerales 1.3.1.2 acápites II y III numeral 2) del Estatuto Orgánico de Gestión organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, así como la Resolución No. ARCOTEL -2017-0733 de 26 de julio de 2017, artículo 1, letra a) b) y c); y el suscrito Coordinadora General Jurídico de la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2019-00080 de 24 de junio de 2019.

Artículo 2.- ACEPTAR el recurso de apelación presentado por el señor José Walter Viteri Gerente General de la Compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., concesionario de la radiodifusión denominada "DINAMIK 99.7 MHz", para servir a la ciudad de Alamor, provincia de Loja, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2019-00135 de 27 de febrero de 2019, a través del escrito ingresado a esta Entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-005381-E de 15 de marzo de 2019.

Artículo 3.- REVOCAR las resoluciones Nos. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018; y. ARCOTEL-2019-0157 de 27 de febrero de 2019.

Artículo 4.- DEJAR SIN EFECTO, la multa impuesta 130.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (Ciento treinta dólares 00/100), mediante resolución No. ARCOTEL-2018-0896 de 23 de octubre de 2018.

Artículo 5.- ENCÁRGUESE de la ejecución de esta Resolución el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, Autoridad Administrativa que deberá ejecutar todas las acciones administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Resolución.

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

EL GOBIERNO DE TODOS

Artículo 6.- INFORMAR al señor José Walter Viteri Gerente General de la Compañía DINAMIKFM CIA. LTDA., concesionario de la radiodifusión denominada "DINAMIK 99.7 MHz", para servir a la ciudad de Alamor, provincia de Loja, que la presente Resolución puede ser impugnada de conformidad a lo que establece el artículo 219 del Código Orgánico Administrativo.

Artículo 7.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones notifique el contenido de este acto administrativo al señor José Walter Viteri en calidad de Gerente General de la compañía DINAMIKFM CÍA LTDA., en la ciudad de Cuenca en la calle Cornelio Merchán 269 y Av. José Peralta; y, en el correo electrónico info@lexsolutionsecuador.com, direcciones señaladas por la recurrente en su escrito de impugnación para recibir notificaciones; y, a la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación General Administrativa Financiera, Coordinación Técnica de Control; Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes; a la Dirección de Impugnaciones del ARCOTEL, para los fines pertinentes. **Notifíquese y Cúmplase. -**

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 24 JUN. 2019

Abg. Fernando Torres Núñez
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO
POR DELEGACIÓN DEL DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL

ELABORADO POR:	APROBADO:
Abg. Nataly Aguilar SERVIDOR PÚBLICO	Abg. Diego Campoverde DIRECTOR DE IMPUGNACIONES