

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2021-0623

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. El señor Milton Fernando Heredia Jiménez en calidad de Representante Legal de la compañía Radiodifusora AYAX del Ecuador S.A., mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-003055 de 23 de febrero de 2021, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021; y, solicita:

“(...) 5.- PETICIÓN SOLICITUD E INDICACIÓN DE LA PRETENSIÓN PROCESAL EN SEDE ADMINISTRATIVA CON PARTICULARIZACIÓN DEL ACTO QUE SE IMPUGNA.

Por todo lo señalado y en base a lo establecido en los artículos 217, 228 y 207 del Código Orgánico Administrativo y con fundamento preeminente de esta petición en lo establecido en los artículos 16 numeral 1 y 3; art. 66 Nro.15; 66 Nro.23; 66 Nro. 25; art. 66 Nro. 29 literal “d”; 76 Nro1; 76 Nro. 3; 76 Nro. 7 literal “L”; art. 82; art. 421; art. 424 inc. 2; art. 425; art. 426; art. 427 de la Constitución de la República como eje constitucional y objetivo del presente trámite SOLICITO se sirva: i.- declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución Nro. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021; ii.- y dejando por consiguiente sin efecto la descalificación de la participación de mi representada en el marco del concurso público competitivo señalado, debido a la infundada e inconstitucional supuesta inhabilidad existente; iii.- Se abstenga de ejecutar las garantías de fiel cumplimiento de oferta que fueron presentadas; y, iv.- se expida el acto administrativo correctivo correspondiente, y proceda a habilitar a mi representada para que puede seguir participando en el proceso en desarrollo y renovar así todas las frecuencias por las que participa, y de las que actualmente es concesionaria.

Todo lo cual es armónico con las acciones del Estado nacional que durante los siete años y medio de vigencia de la LOC y la vigencia del Tratado Internacional que sirve de sustento y he dejado precisado, no ha observado o cuestionado la composición accionaria de mi representada, pese a tener en sus registros, como lo tuvieron sus antecesoras, la información de sus accionistas que son los mismos desde antes que rija la LOC, evidenciado que nos hemos encontrado en el marco de la ley que, dicho sea de paso, hasta febrero de 2019 era aún más estricta de lo actuado en lo que tiene relación con extranjeros no amparados por acuerdos internacionales...”

1.2. El acto administrativo que solicita sea revisado a fin de declarar su nulidad corresponde a la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021, en la cual se resuelve:

“ARTÍCULO UNO. - Acoger el contenido del Informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones No. IPI-PPC-2020-306 de 11 de noviembre de 2020, actualizado al 10 de febrero del 2021; suscrito por la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes.

ARTÍCULO DOS. - Descalificar del “PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA LA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELECTRICO PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y

COMUNITARIOS DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA, la solicitud No. ARCOTEL-PAF-2020-93 de 26 de junio de 2020, ingresada por la participante compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A en la plataforma PAF de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, por estar inmersa en la prohibición establecida en el número 2) del numeral 1.4 “INHABILIDADES Y PROHIBICIONES” numeral 4, incurriendo en la causal de descalificación establecida en el numeral 1.7. “CAUSALES DE DESCALIFICACIÓN” literal e) “Cuando se identifique que la persona natural o jurídica o alguno de sus socios, accionistas o representante legal, incurran en alguna de las inhabilidades y prohibiciones establecidas en el punto 1.4 de estas bases;(…)”, de las “BASES PARA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELECTRICO POR PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA EL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA, EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA, PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS (...)”, aprobadas con Resolución No. ARCOTEL-2020-0192 de 15 de mayo de 2020, publicada en el Registro Oficial – Edición Especial 654 de 10 de junio de 2020, modificada el 13 de julio de 2020. Sin perjuicio de lo señalado en la presente resolución y de creerse asistido podrá impugnar en sede administrativa o judicial el presente acto administrativo, con sujeción a lo dispuesto en ordenamiento jurídico vigente...”.

Resolución que consta notifica el día 18 de febrero de 2021 a la dirección electrónica info.alfa@alfa.com.ec, fijada por la participante en la postulación al Proceso Público Competitivo mediante Oficio ARCOTEL-DEDA-2021-0418-OF.

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL RECURSO DE APELACIÓN

2.1. El artículo 10, número 1.3.1.2.3 Gestión de Impugnaciones, acápites II y III letra b), establecido en el Estatuto Orgánico de la ARCOTEL determina que es atribución y responsabilidad de la Dirección de Impugnaciones: “b. Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL. (...)”.

2.2. Con Acción de Personal No. 641 de 20 de septiembre de 2019, que rige a partir de 23 de los mismos mes y año, se designó a la Dra. Adriana Verónica Ocampo Carbo, como Directora de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

2.3. Mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-003055-E de 23 de febrero de 2021, el señor Milton Fernando Heredia Jiménez, en calidad de Gerente y Representante Legal de la Compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A. interpone recurso de apelación a la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021.

2.4. Mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-004026-E de 10 de marzo de 2021 el señor Milton Fernando Heredia Jiménez, en calidad de Gerente y Representante Legal de la Compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A. remite copia certificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del “Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los Gobiernos de la República de Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República de Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados partes del MERCOSUR y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y

de la República Bolivariana de Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina”, a fin de que se agregue como prueba al presente recurso de apelación.

2.5. La Dirección de Impugnaciones mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00230 de 22 de marzo de 2021 en el ámbito de sus competencias, admite a trámite el recurso de apelación; y, apertura el periodo de prueba por el término de veinte (20) días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la providencia esto es, el día martes 23 de marzo de 2021, mediante oficio ARCOTEL-DEDA-2021-0804-OF de misma fecha.

2.6. Con memorando No. ARCOTEL-DEDA-2021-1314-M de 19 de abril de 2021, la Unidad de Documentación y Archivo remite el expediente del trámite ARCOTEL-PAF-2020-93 correspondiente a la participación de la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A. dentro del Concurso Público de Frecuencia contenido en 1104 páginas digitales con 14 archivos Excel como anexos.

2.7. Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-005063-E de 26 de marzo de 2021, compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A. expone sus argumentos sobre la solicitud de suspensión del acto administrativo en base a lo establecido en el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo.

2.8. Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-006324-E de 19 de abril de 2021, compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A., remite copia certificada del Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los Gobiernos de la República de Argentina de la República Federativa del Brasil, de la República de Paraguay, y de la República Oriental de Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina.

2.9. Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00380 de 14 de mayo de 2021, notificada con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2021-1147-OF a la administrada, la Dirección de Impugnaciones en virtud de la solicitud de suspensión del acto expuestos por la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A., señala: *“Por lo tanto, se identifica que no concurren las dos circunstancias previstas en artículo 229 del Código Orgánico Administrativo para que proceda la suspensión de la ejecución de la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021. Adicionalmente es importante señalar, que la falta de resolución expresa al pedido de suspensión, se entenderá como negativa tácita, de la negativa expresa o tácita, no cabe recurso alguno.”*

En base a lo expuesto, se establece que el presente procedimiento administrativo ha sido sustanciado de conformidad con los preceptos constitucionales, sin que se observe omisión de solemnidad sustancial alguna, tanto más que en el desarrollo del mismo se ha dado estricto cumplimiento a las garantías básicas del debido proceso en el ámbito administrativo, por lo que se declara su validez.

III. BASE LEGAL Y COMPETENCIA PARA RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN

Para resolver el presente recurso se consideran entre otras las disposiciones contenidas en los artículos 16, 17, 76, 82, 83, 173, 226, 261, 313, 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República.

Convención de Viena y Convención Americana de Derechos Humanos

Acuerdo de Complementación Económica No. 59, suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina.

Artículo 14, 17, 23, 33, 100, 105, 106, 107, 132, 164, 165, 173, 196, 198, 228 y 229 del Código Orgánico Administrativo.

Artículo 6, 33, 84 y 110 de la Ley Orgánica de Comunicación.

Artículos 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, de la Resolución 02-03-ARCOTEL-2020 de 08 de mayo de 2020 mediante la cual se reformó el “REGLAMENTO PARA OTORGAR TÍTULOS HABILITANTES PARA SERVICIOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO” la cual, fue publicada en la Edición Especial del Registro Oficial –No. 575 de fecha 14 de mayo de 2020.

Resolución No. ARCOTEL-2020-0192 de 15 de mayo de 2020, se aprobaron las “BASES PARA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELECTRICO POR PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA EL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA, EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA, PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS”.

El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos Aprobado mediante Resolución del Directorio de ARCOTEL No. 04-03-ARCOTEL-2017 publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 13 de 14 de junio de 2017, particularmente el artículo 10, número 1.1.1.1.2. Dirección Ejecutiva, acápite II y III letras a), i), m); y, w) que establece la atribución y responsabilidad del Director Ejecutivo de la ARCOTEL: a) “Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia.”; i) 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 administrativo sancionados”; y, w) Ejercer las demás competencias establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su Reglamento General o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.”

Resolución No. 01-01-2020 de 13 de marzo de 2020, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió:

“(...) Artículo 2.- Designar al licenciado Rodrigo Xavier Aguirre Pozo, Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas aplicables.”.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO

La Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias y cumplido el procedimiento de sustanciación conforme los plazos legales, emite el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2021-00067 de 25 de mayo de 2021, concerniente al Recurso de Apelación interpuesto por el señor Milton Fernando Heredia Jiménez representante legal de la compañía

RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A., en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2021-00387 de 10 de febrero de 2021; y, en lo referente al análisis jurídico se señala lo siguiente:

4.1. ARGUMENTOS Y PETICIÓN DE LA COMPAÑÍA RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A.

El recurrente solicita se declare la nulidad de la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021, emitido dentro del Proceso Público Competitivo para la Adjudicación de Frecuencias, con los que se descalifica a la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A., bajo los siguientes argumentos:

“(...)

Por todo lo señalado y en base a lo establecido en los artículos 217, 228 y 207 del Código Orgánico Administrativo y con fundamento preeminente de esta petición en lo establecido en los artículos 16 numeral 1 y 3; art. 66 Nro.15; 66 Nro.23; 66 Nro. 25; art. 66 Nro. 29 literal “d”; 76 Nro1; 76 Nro. 3; 76 Nro. 7 literal “L”; art. 82; art. 421; art. 424 inc. 2; art. 425; art. 426; art. 427 de la Constitución de la República como eje constitucional y objetivo del presente trámite SOLICITO se sirva: i.- declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución Nro. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021; ii.- y dejando por consiguiente sin efecto la descalificación de la participación de mi representada en el marco del concurso público competitivo señalado, debido a la infundada e inconstitucional supuesta inhabilidad existente; iii.- Se abstenga de ejecutar las garantías de fiel cumplimiento de oferta que fueron presentadas; y, iv.- se expida el acto administrativo correctivo correspondiente, y proceda a habilitar a mi representada para que puede seguir participando en el proceso en desarrollo y renovar así todas las frecuencias por las que participa, y de las que actualmente es concesionaria.

Todo lo cual es armónico con las acciones del Estado nacional que durante los siete años y medio de vigencia de la LOC y la vigencia del Tratado Internacional que sirve de sustento y he dejado precisado, no ha observado o cuestionado la composición accionaria de mi representada, pese a tener en sus registros, como lo tuvieron sus antecesoras, la información de sus accionistas que son los mismos desde antes que rija la LOC, evidenciado que nos hemos encontrado en el marco de la ley que, dicho sea de paso, hasta febrero de 2019 era aún más estricta de lo actuado en lo que tiene relación con extranjeros no amparados por acuerdos internaciones...”

(...)

Como argumentos el recurrente señala que el acto administrativo comprendido en la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021, existe una de falta aplicación directa de las normas constitucionales, en el marco de lo establecido en la Ley Orgánica de Comunicaciones junto con su Reglamento y la aplicación directa del Tratado Internacional que ampara la gestión de un accionista de nacionalidad uruguaya en el capital social de la compañía participante, señalando claramente que existe una falta de aplicación de la reglamentación como norma superior jerárquica en un acto administrativo, al no considerar los principios y disposiciones que determina la Constitución de la República del Ecuador como norma jerárquica superior del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que existe un vicio de nulidad del acto administrativo.

Manifiesta que existe contradicción y violación del principio de juridicidad, del principio de buena fe, del principio de interdicción de arbitrariedad que obliga a la Administración de ARCOTEL se apliquen ineludiblemente el tratado internacional invocado y el artículo 6 del

Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación, pues no es potestad de la administración interpretar las normas constitucionales, legales y reglamentarias en forma separada del tenor literal de la Ley, sin contar con un instrumento interpretativo previo validado y expedido por la autoridad competente, invocando para el efecto el Derecho a la Seguridad Jurídica, el Principio de Imparcialidad y los principios de Seguridad Jurídica y Confianza Legítima.

Señala además que al presumir que la Ley, es conocida por todos, conforme lo determinado en el título preliminar del Código Civil, su desconocimiento no excusa a persona alguna, por lo que debe aplicarse el total de las normas invocadas que conforman el ordenamiento jurídico nacional y que para el presente caso amparan la inversión de una sociedad extranjera en el capital de la participante. Por lo que el instrumento internacional prevalece por sobre la legislación orgánica nacional y de aplicación directa como lo establece la norma constitucional para el efecto.

4.2. ANÁLISIS

La norma suprema en el artículo 83, señala los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, en cuyo numeral 1 dispone que se debe acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que las instituciones públicas se encuentran sometidas a la Norma Suprema y a la Ley, los servidores y servidoras e incluso las personas deben actuar en virtud de la potestad estatal, todas y cada una de sus acciones o decisiones deben producirse en el marco de lo prescrito en el ordenamiento jurídico.

La Constitución de la República del Ecuador en los artículos 261 y 313, dispone que el Estado central tendrá competencias exclusivas y el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, entre los cuales se encuentra el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, es la entidad competente encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, y su gestión en todo el territorio nacional, según lo señalado en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El artículo 425 de la Carta Magna, establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, encontrándose en primer lugar la Constitución, posteriormente 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.

El artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, referente al principio de juridicidad prevé que la actuación de la administración pública debe estar sometida a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios jurídicos, a la jurisprudencia aplicable. Por tanto, los funcionarios de la institución en cumplimiento del principio de legalidad, no pueden ni deben ejecutar acciones que vayan más allá del contexto legal, esto es, no deben realizar interpretaciones extensivas en el cumplimiento de sus funciones.

La Ley Orgánica de Comunicación en el artículo 110, señala que, los requisitos, criterios de evaluación y formas de puntuación del proceso público competitivo serán definidos mediante reglamento por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, manifestando:

“Art. 110.- Adjudicación por proceso público competitivo. - La adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de medios de

comunicación social privados y comunitarios de radiodifusión de señal abierta se realizará mediante un proceso público competitivo, únicamente en el caso que la demanda sea mayor al número de frecuencias disponibles en el área involucrada de asignación.

*Los requisitos, criterios de evaluación y formas de puntuación del proceso público competitivo serán definidos mediante **reglamento** por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, teniendo en consideración las normas establecidas en la presente Ley y en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

En todos los casos, como requisito indispensable para su adjudicación se requerirá la aprobación del estudio técnico; y, del plan de gestión y sostenibilidad financiera.

La Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones procederá de acuerdo a la puntuación total obtenida, a declarar un ganador en orden de prelación y realizará los trámites administrativos necesarios para la correspondiente adjudicación y suscripción del título habilitante.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

El artículo 91 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico sobre el proceso público competitivo establece:

*“**Artículo 91.-** Adjudicación por proceso público competitivo. - La adjudicación de frecuencias para los medios de comunicación privados y comunitarios mediante proceso público competitivo, con observancia de lo dispuesto en los artículos 108 y 110 de la Ley Orgánica de Comunicación, se realizará únicamente en el caso de que la demanda sea mayor al número de frecuencias disponibles en el área involucrada de asignación. (...)”*

El artículo 94 del Reglamento ibidem, determina que las bases para la adjudicación por proceso público competitivo, se adecuarán, complementarán y actualizarán, según corresponda, mediante resolución de la Dirección Ejecutiva de ARCOTEL, para la convocatoria a un proceso público competitivo.

Mediante Resolución No. ARCOTEL-2020-0192 de 15 de mayo de 2020, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones realizó la convocatoria y publicó las bases para la adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico, por proceso público competitivo para la operación de medios de comunicación social privados y comunitarios de los servicios de radiodifusión sonora de señal abierta en frecuencia modulada analógica, excepto estaciones de baja potencia.

El 26 de junio de 2020, el señor Milton Fernando Heredia Jiménez en calidad de Representante Legal de la compañía Radiodifusora AYAX del Ecuador S.A, con número de trámite ARCOTEL-PAF-2020-93, presentó su postulación en el Proceso Público Competitivo para operar un medio de comunicación social privado denominado ALFA STEREO, señalando en el formulario de participación lo siguiente:

PERSONAS JURÍDICAS	
Razón social o denominación objetiva	RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A.
Objeto de la persona jurídica	PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE COMUNICACIÓN
Nombre del representante legal de la persona jurídica	MILTON FERNANDO HEREDIA JIMÉNEZ
Número de cédula de ciudadanía o identidad del representante legal	0916886021
Número de Registro Único de Contribuyente (RUC) de la persona jurídica	0991357300001
Fecha de constitución de la persona jurídica	31/01/1996
Fecha de inscripción de la persona jurídica	16/07/1996
Plazo de duración de la persona jurídica	50

Porcentaje de acciones o participaciones, según corresponda, de los socios o accionistas de la compañía mercantil que sean personas naturales	
Nombres apellidos	ALEJANDRO ANDRES AGUILAR GENTILE
Cédula	0907938708
Porcentaje	0.02
Cuando los accionistas o socios sean personas jurídicas, se debe señalar los datos del nombramiento del representante legal.	
Compañía	RISFELAR S.A.
Nombres	MILTON FERNANDO
Apellidos	HEREDIA JIMÉNEZ
Cédula	0916886021
Fecha de nombramiento	19/06/2020
Fecha de finalización	30/04/2021

De conformidad con las bases para la adjudicación de frecuencias, se emite el Informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones IPI-PPC-2020-306, en el cual concluyó: *“En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas, análisis expuestos; y, de acuerdo a la información obtenida de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador, así como del oficio No. SCVS-SG-2020-01398-O de 14 de septiembre de 2020; y, Certificación de la Coordinación General de Desarrollo de la Información y Comunicación del CRDPIC mediante oficio No. CPDPIC-CGDIC-2020-0037-O de 30 de noviembre de 2020, se considera que la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A se encontraría incurso en la prohibición establecida en el número 2) Los medios de comunicación social de carácter nacional no podrán pertenecer en más del 49% de su paquete accionario o de participaciones de forma directa o indirecta, a organizaciones o compañías extranjeras domiciliadas fuera del Estado Ecuatoriano ni a ciudadanos extranjeros salvo aquellos ciudadanos extranjeros que residan de manera regular en el territorio nacional; (...) “del numeral 1.4 de las BASES PARA ADJUDICACION DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELECTRICO POR PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA EL SERVICIO DE RADIODIFUSION SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA*

POTENCIA PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS; incurriendo en la causal de descalificación literal e. “Cuando se identifique que la persona natural o jurídica o alguno de sus socios, accionistas o representante legal incurran en alguna de la inhabilidades y prohibiciones establecidas en el punto 1.4 de estas bases (...)”

Posteriormente, de conformidad con el numeral 4.2. de las Bases del Proceso Público Competitivo, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de ARCOTEL emite el Oficio No. ARCOTEL-CTHB-2020-2796-OF de 10 de diciembre de 2020, dando a conocer a la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A. los resultados del porcentaje alcanzado en el Proceso Público Competitivo, dentro del trámite ARCOTEL-PAF-2020-93:

Nro.	Tipo de estación (Matriz o Repetidora)	Frecuencia o Canal sugerido	Área involucrada de asignación código AOZ	Puntaje Final Dictamen Técnico	Puntaje Final Gestión Sostenibilidad Financiera	Dictamen Final Jurídico	Total
1	Matriz	104,1	FG001-1	60	37	CUMPLE	97
2	Repetidora	98,5	FP001-1	60	37	CUMPLE	97
3	Repetidora	107,3	FM001-1	60	37	CUMPLE	97
4	Repetidora	104,5	FA001-1	60	37	CUMPLE	97

Nro	Tipo de estación (Matriz o Repetidora)	Frecuencia o Canal sugerido	Área involucrada de asignación código AOZ	Puntaje Adicional Experiencia Acumulada [20 Puntos]	Puntaje Adicional [0.5 puntos por año de servicio]	Numeral 2 Art. 86 LOC [Comunitarios 25 Puntos]	*Estación Matriz sobre repetidora [20_Puntos]	Puntaje Adicional Total
1	Matriz	104,1	FG001-1	20	7,5	0	0	27,50
2	Repetidora	98,5	FP001-1	20	7,5	0	0	27,50
3	Repetidora	107,3	FM001-1	20	7,5	0	0	27,50
4	Repetidora	104,5	FA001-1	20	7,5	0	0	27,50

La Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de ARCOTEL, emite el Informe de verificación de Inhabilidades y Prohibiciones No. IPI-PPC-2020-306 de fecha de elaboración 11 de noviembre de 2020, actualizado a 10 de febrero de 2021, el mismo que señala:

*“(...) En orden de los antecedentes, consideraciones jurídicas, análisis expuestos y de acuerdo a la información obtenida de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros del Ecuador, así como del oficio No, SCVS-SG-20202-01398-O de 14 de septiembre de 2020 y certificado de la Coordinadora General de Desarrollo de la Información y Comunicación CRDPIC mediante oficio No. CRDPIC-CGDIC-2020-0037 -O de 30 de noviembre de 2020, se considera que la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A se encontraría incurso en la prohibición establecida en el número 2) **Los medios de comunicación social de carácter nacional no podrán pertenecer en más del 49% de su paquete accionario o de participantes de forma directa o indirecta a organizaciones o compañías extranjeras domiciliadas fuera del Estado Ecuatoriano ni a ciudadanos extranjeros salvo aquellos ciudadanos extranjeros que residan de manera regular en el territorio nacional(...)**, del numeral 1.4 de la BASES PARA ADJUDICACION DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELECTRICOPOR*

PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA EL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS” incurriendo en la causal de descalificación literal e, “Cuando se identifique la persona natural o jurídica o alguna de sus socios accionista o representante legal, incurran en alguna de las inhabilidades y prohibiciones establecidas en el punto 1.4 en estas bases (...)”

Mediante Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, resuelve:

“ARTÍCULO UNO. - Acoger el contenido del Informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones No. IPI-PPC-2020-306 de 11 de noviembre de 2020, actualizado al 10 de febrero del 2021; suscrito por la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes.

ARTÍCULO DOS. - Descalificar del “PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA LA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELECTRICO PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA, la solicitud No. ARCOTEL-PAF-2020-93 de 26 de junio de 2020, ingresada por la participante compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A en la plataforma PAF de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, por estar inmersa en la prohibición establecida en el número 2) del numeral 1.4 “INHABILIDADES Y PROHIBICIONES” numeral 4, incurriendo en la causal de descalificación establecida en el numeral 1.7. “CAUSALES DE DESCALIFICACIÓN” literal e) “Cuando se identifique que la persona natural o jurídica o alguno de sus socios, accionistas o representante legal, incurran en alguna de las inhabilidades y prohibiciones establecidas en el punto 1.4 de estas bases;(…)”, de las “BASES PARA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELECTRICO POR PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA EL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA, EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA, PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS (...)”, aprobadas con Resolución No. ARCOTEL-2020-0192 de 15 de mayo de 2020, publicada en el Registro Oficial – Edición Especial 654 de 10 de junio de 2020, modificada el 13 de julio de 2020. Sin perjuicio de lo señalado en la presente resolución y de creerse asistido podrá impugnar en sede administrativa o judicial el presente acto administrativo, con sujeción a lo dispuesto en ordenamiento jurídico vigente...”

Con los antecedentes expuestos se procede a analizar lo siguiente:

4.1.1. SOBRE LA PROHIBICIÓN INVERSIÓN EXTRANJERA MAYOR AL 49% PARA LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE CARÁCTER NACIONAL.

Mediante Resolución CORDICOM-PLE-2015-039 de 15 de mayo de 2015, vigente, el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación emite el listado de los 57 medios de comunicación social de carácter nacional, entre las cuales se encuentra la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A, ALFA STEREO, RADIO ALFA, tipo PRIVADO, clasificación FM, repetidoras 3, y cobertura 49.80%.

La compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A, participó en el Procedimiento Público Competitivo como medio de comunicación de carácter nacional, por la matriz y tres repetidoras, conforme el siguiente detalle:

frecuencia o frecuencias	área de cobertura a servir	estado actual	fecha de concesión	vigencia	nombre de la estación	Tipo
104,1	GUA YAQUIL-DAULE-DURAN-MILAGRO-SAMBORONDON-SALITRE (URBINA JADO)-SAN JACINTO DE YAGUACHI-LOMAS DE SARGENTILLO-NOBOL	Activo	28/06/2004	28/06/2014	ALFA STEREO	MATRIZ
104,5	AZOGUES-BIBLIAN-DELEG-CUENCA	Activo	28/06/2004	28/06/2014	ALFA STEREO	REPETIDOR
98,5	MEJIA-PEDRO MONCAYO-RUMIÑAHUI-QUITO-CAYAMBE	Activo	28/06/2004	28/06/2014	ALFA STEREO	REPETIDOR
107,3	PORTOVIEJO-BOLIVAR (MANABI)-CHONE-JIPIJAPA-JUNIN-MANTA-MONTECRISTI-ROCAFUERTE-SANTA ANA-TOSAGUA-24 DE MAYO-OLMEDO (MANABI)	Activo	28/06/2004	28/06/2014	ALFA STEREO	REPETIDOR

De acuerdo a la información pública registrada por la Superintendencia de Compañías en su sitio web oficial, consta que la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A con RUC 0991357300001, participante del Proceso Público Competitivo para medio de comunicación de carácter nacional, registra como accionistas al señor Aguilar Gentiles Alejandro Andrés con cédula de identidad No. 0907938708; y, a la SOCIEDAD EXTRANJERA RISFELAR, de nacionalidad uruguaya, según el siguiente detalle:



REPÚBLICA DEL ECUADOR

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS DEL ECUADOR
REGISTRO DE SOCIEDADES

SOCIOS O ACCIONISTAS DE LA COMPAÑÍA

No. de Expediente:

No. de RUC de la Compañía:

Nombre de la Compañía:

Situación Legal:

Disposición judicial que afecta a la compañía:

No.	IDENTIFICACIÓN	NOMBRE	NACIONALIDAD	TIPO DE INVERSIÓN	CAPITAL	MEDIDAS CAUTELARES
1	0907938708	AGUILAR GENTILES ALEJANDRO ANDRES	ECUADOR	NACIONAL	\$ 0 ⁴⁰⁰⁰	N
2	SE-G-00002364	RISFELAR	URUGUAY	EXT. DIRECTA	\$ 2.499 ⁰⁰⁰⁰	N

CAPITAL SUSCRITO DE LA COMPAÑÍA (USD)\$:

(Página web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros www.supercias.gob.ec)

La sociedad extranjera RISFELAR, con identificación S.E-G-00002364, se registra como **accionista mayoritario de la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A. con el 99.984%** de inversión extranjera directa, de nacionalidad uruguaya.

Por su parte, el señor Aguilar Gentiles Alejandro Andrés se registra como **accionista minoritario con el 0.0160 %** con un capital correspondiente a \$ 0.4000 de inversión nacional.

Al respecto, y con la finalidad de analizar la situación y naturaleza jurídica del acuerdo internacional mencionado por la administrada como fundamento para el presente recurso, la Constitución de la República del Ecuador, señala:

“Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

(...)

3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.” (Subrayado fuera del texto original)

(...)

“Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:

1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo.
(...) (Subrayado fuera del texto original)

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” (Subrayado fuera del texto original)

“Art. 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.” (Subrayado fuera del texto original)

“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos." (Subrayado fuera del texto original).

La Ley Orgánica de Comunicación al respecto establece:

“Art. 6.- Alcance territorial de los medios de comunicación social. Los medios de comunicación social adquieren carácter nacional cuando su cobertura, publicación o circulación, según corresponda, llegue a más del 30% o más de la población del país, de acuerdo al último censo nacional.

(...)

Los medios de comunicación social de carácter nacional no podrán pertenecer en más del 49% de su paquete accionario, de forma directa o indirecta, a organizaciones o compañías extranjeras domiciliadas fuera del Estado Ecuatoriano, ni a ciudadanos extranjeros, salvo aquellos ciudadanos extranjeros que residan de manera regular en el territorio nacional.”

“Art. 33.- Derecho a la creación de medios de comunicación social.- Todas las personas, en igualdad de oportunidades y condiciones, tienen derecho a formar medios de comunicación, con las limitaciones constitucionales y legales establecidas para las entidades o grupos financieros y empresariales, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas. La violación de este derecho se sancionará de acuerdo a la ley.”

En observación al ordenamiento jurídico vigente, mediante Resolución No. ARCOTEL-2020-0192 de 15 de mayo de 2020, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones aprobó y publicó las “BASES PARA LA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO POR PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA, EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA”, en las cuales, respecto de las prohibiciones e inhabilidades, dispone:

“(…)No podrán participar en los procesos públicos competitivos, o ser adjudicatarios, por si o por interpuesta persona, quienes incurran en las inhabilidades o prohibiciones establecidas en los artículos 17 numeral 3 y 312 de la Constitución de la República, último inciso del artículo 6 y artículos 33, 111 y 113 de la Ley Orgánica de Comunicación y artículo 139 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así también se debe considerar el artículo 113 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico (ROTH). De llegar a determinarse que el adjudicatario incurrió en alguna de las prohibiciones o inhabilidades establecidas en las normas antes citadas, se iniciará el proceso administrativo de terminación de la concesión y otorgamiento del título habilitante, sin perjuicio de la ejecución de la garantía de seriedad de la oferta, y el inicio de las acciones correspondientes para determinar las responsabilidades administrativas, civiles y penales a las que hubiere lugar. (...) 2) Los medios de comunicación social de carácter **nacional no podrán pertenecer en **más del 49% de su paquete accionario o de participaciones, de forma directa o indirecta, a organizaciones o compañías extranjeras domiciliadas fuera del Estado Ecuatoriano, ni a ciudadanos extranjeros, salvo aquellos ciudadanos****

extranjeros que residan de manera regular en el territorio nacional; (...). (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Para el caso en análisis, una de las prohibiciones para participar en el Proceso Público Competitivo, para los medios de comunicación social de carácter nacional, corresponde a que éstos no deben pertenecer a más del 49% de su paquete accionario o de participaciones, de forma directa o indirecta, a organizaciones o compañías extranjeras domiciliadas fuera del Estado, ni a ciudadanos extranjeros salvo aquellos que residan de manera regular en Ecuador, lo cual debe ser parte de las verificaciones que debe realizar al área técnica competente.

Al respecto, el artículo 14 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone:

“Art. 14.- Otorgamiento y renovación de títulos habilitantes.- (...) Para el otorgamiento y renovación de títulos habilitantes de los servicios de radiodifusión se estará a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica de Comunicación, su Reglamento General; y los procedimientos, requisitos, términos, plazos y condiciones que se establezcan en el Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes que emita el Directorio de la ARCOTEL.

Las personas jurídicas extranjeras prestadoras de servicios, incluidas las empresas de propiedad estatal de los países que forman parte de la comunidad internacional para la obtención de los respectivos títulos habilitantes deberán estar domiciliadas en el Ecuador; si son personas naturales, bastará con la residencia. Para el efecto será aplicable la excepción establecida en el artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Comunicación.” (...) (Subrayado fuera del texto original)

La excepción contemplada en el artículo 6 del Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación, vigente hasta el 23 de mayo de 2021, señalaba:

“Art. 6.- Medios de comunicación de carácter nacional pertenecientes a extranjeros.- En virtud del orden jerárquico de aplicación de las normas establecido en el Art. 425 de la Constitución de la República, no se aplica la prohibición de ser propietarios de medios de comunicación social de carácter nacional a compañías y ciudadanos extranjeros, prevista en el Art. 6 de la Ley Orgánica de Comunicación, a personas naturales y jurídicas nacionales de los países que hayan suscrito acuerdos o convenios de cooperación comercial o de complementación económica que hayan sido ratificados por el Estado ecuatoriano, que sirvan como marco para la creación de proyectos e iniciativas para el desarrollo de la productividad y competitividad de las Partes.”

Mediante Decreto Ejecutivo No. 32 de 24 de mayo de 2021 publicado en el Séptimo Suplemento del Registro Oficial No. 459 de 26 de mayo de 2021, se deroga el Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación; sin embargo de lo cual, es pertinente señalar, en lo que respecta al artículo 6 antes citado, el cual bajo el principio de seguridad jurídica y confianza legítima establecido en el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, bajo el criterio de certeza y previsibilidad, estuvo vigente durante el desarrollo del Proceso Público Competitivo y a la fecha de presentación del presente recurso, y siendo que el mismo fundamentaba la aplicación del orden jerárquico previsto en la Constitución de la República, corresponde considerar lo que el artículo 425 ibidem establece para el efecto, esto es que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, las autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

En este contexto, con la finalidad de analizar la situación y naturaleza jurídica del Acuerdos referidos por el recurrente, esto es el “*Acuerdo de Complementación Económica No. 59, suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República Del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina*”; y el “*Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica entre el Gobierno de la República del Ecuador y la República de Guatemala*”, relacionados con el presente caso, la ARCOTEL planteó una consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya área competente, esto es, la Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Oficio No. MREMH-DT-2021-0017-O de 05 de mayo de 2021, ha señalado en su parte pertinente que “*(...) son tratados internacionales a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentran vigentes, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y tienen carácter suprallegal.*”

Al respecto, la Convención de Viena sobre la observación, aplicación e interpretación de los tratados, en su parte pertinente establece:

“26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

29. Ambito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo. (Subrayado fuera del texto original)

Los Gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay, y de Uruguay, Estados miembros del MERCOSUR; y, los gobiernos de Colombia, Ecuador, y Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina, suscribieron el ACUERDO DE COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA No. 59, señalando el artículo 1 el objetivo y alcance del presente acuerdo:

*“**Artículo 1.-** El presente Acuerdo tiene los siguientes objetivos:*

- Establecer el marco jurídico e institucional de cooperación e integración económica y física que contribuya a la creación de un espacio económico ampliado que tienda a facilitar la libre circulación de bienes y servicios y la plena utilización de los factores productivos, en condiciones de competencia entre las Partes Contratantes;

- Formar un área de libre comercio entre las Partes Contratantes mediante la expansión y diversificación del intercambio comercial y la eliminación de las restricciones arancelarias y de las no-arancelarias que afecten al comercio recíproco;

- Alcanzar el desarrollo armónico en la región, tomando en consideración las asimetrías derivadas de los diferentes niveles de desarrollo económico de las Partes Signatarias;

- Promover el desarrollo y la utilización de la infraestructura física, con especial énfasis en el establecimiento de corredores de integración que permita la disminución de costos y la generación de ventajas competitivas en el comercio regional recíproco y con terceros países fuera de la región;

- Promover e impulsar las inversiones entre los agentes económicos de las Partes Signatarias;

- Promover la complementación y cooperación económica, energética, científica y tecnológica;

- Promover consultas, cuando corresponda, en las negociaciones comerciales que se efectúen con terceros países y agrupaciones de países extra regionales.

Artículo 2.- Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán en el territorio de las Partes Signatarias,”

Según se desprende de lo establecido el ACUERDO DE COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA No. 59., se enfoca en la creación de proyectos, iniciativas para el desarrollo de la productividad y competitividad, así como la promoción e impulso de las inversiones entre los agentes económicos de las Partes.

El Acuerdo Nacional de Complementación Económica No. 59, fue firmado por el Ecuador el 18 de octubre de 2004, e incorporado a la legislación nacional ecuatoriana mediante Decreto No. 2675-A de 18 de marzo de 2005, publicado en el Registro Oficial No. 555 de 31 de marzo de 2005, el mismo que establece:

“Art. 1.- Incorporar a la legislación nacional el Acuerdo de Complementación Económica No. 59 entre los gobiernos de la República de Argentina, República Federativa del Brasil, República del Paraguay y República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los gobiernos de las repúblicas de Colombia, Ecuador y Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina, en los términos constantes en el Anexo 1, así como el Primer Protocolo Adicional del Régimen de Solución de Controversias, que consta en el Anexo 2.” (Subrayado y negrita fuera del texto original)

En concordancia, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en los numerales 1 y 3 de su artículo 13, señala que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” (lo subrayado)

“3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

De igual manera, en el literal b) del artículo 29 de la Convención ibidem, se señala:

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de

acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;” (Subrayado y negrita fuera del texto original)

Por lo tanto, de conformidad con el orden jerárquico de aplicación de las normas, esto es, la Constitución; los tratados y convenios internacionales, se considera que de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena, sobre la observancia de los tratados, esto es que **una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado**; y, siendo que, el Acuerdo Comercial de Complementación Económica No. 59 entre los gobiernos de la República de Argentina, República Federativa del Brasil, República del Paraguay y República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los gobiernos de las repúblicas de Colombia, Ecuador y Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina; y, el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica entre el Gobierno de la República del Ecuador y la República de Guatemala, en calidad de tratados internacionales, ha sido incorporado a la legislación nacional.

Las normas deben ser aplicadas en forma integral, tomando en consideración el orden jerárquico de aplicación, en el presente caso, para el análisis de las prohibiciones de la participante se debe observar la Constitución de la República del Ecuador, los Tratados Internacionales que incluye el Acuerdo de Complementación Económica No. 59 entre los gobiernos de la República de Argentina, República Federativa del Brasil, República del Paraguay y República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los gobiernos de las repúblicas de Colombia, Ecuador y Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina; la Ley Orgánica de Comunicación, así como las Bases que se subsumen a la norma, para determinar si el administrada incurría en la prohibición establecida en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Comunicación para participar en el Proceso Público Competitivo, observando lo siguiente:

- Si el medio de comunicación social de carácter nacional pertenece en más del 49% de su paquete accionario o de participaciones, de forma directa o indirecta, a organizaciones o compañías extranjeras domiciliadas fuera del Estado Ecuatoriano.
- Verificar si el paquete accionario o de participaciones de las compañías o ciudadanos extranjeros pertenece a países con los cuales se ha suscrito acuerdos o convenios de cooperación comercial o de complementación económica que hayan sido ratificados por el Estado Ecuatoriano.
- Si los acuerdos o convenios ratificados por el Estado Ecuatoriano, sirven como marco para la creación de proyectos e iniciativas para el desarrollo de la productividad y competitividad de las Partes, concernientes al presente caso.

De la lectura del Informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones IPI-PPC-2020-306 de fecha de elaboración 11 de noviembre de 2020, actualizado a 10 de febrero de 2021, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes resuelve descalificar a la compañía participante RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A, se aprecia que en su contenido y conclusiones no se analiza integralmente la normativa aplicable, pues en sus conclusiones únicamente señala que la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A, se encontraría inmersa en la prohibición establecida en el número 2) *del numeral 1.4. de las “BASES PARA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELECTRICO POR PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA EL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE SEÑAL ABIERTA EN FRECUENCIA MODULADA ANALÓGICA, EXCEPTO ESTACIONES DE BAJA POTENCIA, PARA LA OPERACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PRIVADOS Y COMUNITARIOS”* que indican: “Los medios de comunicación social de carácter nacional no podrán pertenecer en más del 49% de su paquete accionario o de participaciones, de forma directa o indirecta, a organizaciones o

compañías extranjeras domiciliadas fuera del Estado Ecuatoriano, ni a ciudadanos extranjeros, salvo aquellos ciudadanos extranjeros que residan de manera regular en el territorio nacional”; incurriendo por lo tanto en la causal de descalificación literal e. “Cuando se identifique que la persona natural o jurídica o alguno de sus socios, accionistas o representante legal, incurran en alguna de las inhabilidades y prohibiciones establecidas en el punto 1.4 de estas bases; (...).” del numeral “1.7. CAUSALES DE DESCALIFICACIÓN” de las citadas Bases.” (Subrayado y negrita fuera del texto original)

Consecuentemente, se desprende de la revisión del expediente de la participante, que el acto administrativo que se recurre correspondiente a la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021; y, el informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones No. IPI-PPC-2020-306 actualizado al 10 de febrero del 2021 en la cual se resuelve la descalificación de compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A. del Proceso Público Competitivo para la Adjudicación de Frecuencias, no efectúa el análisis integral respecto de la prohibición señalada en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Comunicación; conforme la normativa constitucional, legal y reglamentaria aplicable, para lo cual deberá considerar el argumento del postulante respecto a la aplicación de los tratados internacionales; por consiguiente, los informes de verificación de inhabilidades y prohibiciones, no pueden fundamentarse, únicamente, en lo establecido en las Bases del Proceso Público Competitivo, lo cual deriva en una evidente falta de motivación, lo cual incide directamente en la validez del acto administrativo. Al respecto, sobre la motivación, este principio y derecho constitucional se encuentra contenido en el artículo 76, numeral 1 y 7, literal c) y l) de la Constitución y prescribe que las decisiones y resoluciones de los poderes públicos deben cumplir con parámetros mínimos, que determinen normas, así como las razones de su aplicación.

En este sentido, se recuerda que tanto el artículo 424 como el 425 de la Constitución de la República, respectivamente, señalan que: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”; “ 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.”.

Al respecto, sobre la motivación, este principio y derecho constitucional se encuentra contenido en el artículo 76, numeral 1 y 7, literal c) y l) de la Constitución y prescribe que las decisiones y resoluciones de los poderes públicos deben cumplir con parámetros mínimos, que determinen normas, así como las razones de su aplicación.

En concordancia con lo anterior, es preciso citar lo dispuesto en el Código Orgánico Administrativo COA:

“Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código.

La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.”

“Art. 17.- Principio de buena fe. Se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

“Art. 23.- Principio de racionalidad. La decisión de las administraciones públicas debe estar motivada.” (Énfasis agregado)

“Art. 33.- Debido procedimiento administrativo. Las personas tienen derecho a un procedimiento administrativo ajustado a las previsiones del ordenamiento jurídico.” (Énfasis agregado)

“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.**

Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.

Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.” (Énfasis agregado)

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. (...). (Énfasis agregado)

“Art. 106.- Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.

La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo. (...).” (Énfasis agregado)

“Art. 107.- Efectos. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables. (...).

El órgano que declare la nulidad del procedimiento administrativo dispondrá la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual de no haberse incurrido en el vicio que motiva la declaración de nulidad del procedimiento.” (Énfasis agregado)

“Art. 228.- Nulidad del acto administrativo. Si la nulidad se refiere al acto administrativo se la declarará observando las siguientes reglas:

(...)

2. Disponer que el órgano competente, previa la realización de las actuaciones adicionales que el caso requiera, corrija los vicios que motivan la nulidad y emita el acto administrativo sustitutivo, en el marco de las disposiciones que se le señalen. En este supuesto, los servidores públicos que hayan intervenido en la expedición del acto declarado nulo no pueden intervenir en la ejecución de la resolución del recurso.”

Todo lo anterior conlleva a concluir que la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021; y, el informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones No. IPI-PPC-2020-306 de 11 de noviembre de 2020, actualizado al 10 de febrero del 2021, incurren en una evidente nulidad debido a la falta de motivación, al no observar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias respecto al caso fáctico en análisis, y con ello

determinar, si se configuran o no las prohibiciones e inhabilidades que correspondan al presente caso.

Es preciso señalar que de la revisión realizada en su base de datos de frecuencias asignadas en el Proceso Público Competitivo, cuyos resultados se encuentran publicados en la página web de la ARCOTEL, se ha constatado que la Matriz frecuencia 104,1 MHz en el área de operación zonal FG001-1, no tuvieron propuestas de otros competidores; y, en lo que respecta a la Repetidora frecuencia 98,5 en el área de operación zonal FP001-1, Repetidora frecuencia 107,3 en el área de operación zonal FM001-1; y, Repetidora frecuencia 104.5 MHz en el área de operación zonal FA001-1, no existen ganadores debido a que no alcanzaron el puntaje necesario dentro del presente proceso de adjudicación de frecuencias.

La Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, en la parte final de su Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2021-00067 de 25 de mayo de 2021 establece las siguientes conclusiones y recomendación:

“V. CONCLUSIONES

1.- La Constitución de la República, señala que la Carta Magna y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, y en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, las autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

2.- El Acuerdo Nacional de Complementación Económica No. 59, fue firmado por el Ecuador el 18 de octubre de 2004, e incorporado a la legislación nacional ecuatoriana mediante Decreto No. 2675-A de 18 de marzo de 2005, publicado en el Registro Oficial No. 555 de 31 de marzo de 2005; se enfoca en la creación de proyectos, iniciativas para el desarrollo de la productividad y competitividad, así como la promoción e impulso de las inversiones entre los agentes económicos de las Partes.

3. La compañía extranjera de nacionalidad uruguaya está amparada por ser parte de los países suscriptores del “Acuerdo de Complementación Económica No. 59, suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República Del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina”, que sirve como marco para la creación de proyectos e iniciativas para el desarrollo de la productividad y competitividad de las Partes.

4.- Consecuentemente, el INFORME DE VERIFICACION DE INHABILIDADES Y PROHIBICIONES No. IPI-PPC-2020-306 actualizado a 10 de febrero de 2021 que sirvió como antecedente del Resolución ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021, emitidos por la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, no observa ni analiza integralmente el ordenamiento jurídico en esencial la Constitución, los Tratados y Convenios ratificados por el Ecuador, la Ley Orgánica de Comunicación; y, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

VI RECOMENDACIÓN

Con base en los antecedentes, fundamentos jurídicos y análisis precedente, se recomienda al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en uso de sus atribuciones, ACEPTAR el Recurso de Apelación; y, en consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021; y, por lo tanto, dejar sin efecto el informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones No. IPI-PPC-2020-306 de 11 de noviembre de 2020, actualizado al 10 de febrero del 2021, que sirvió de habilitante para el acto administrativo señalado; y, DISPONER a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes realice un nuevo informe de verificación de inhabilidades y prohibiciones, aplicando de forma integral la Constitución de la República del Ecuador, el Acuerdo de Complementación Económica No. 59 entre los gobiernos de la República de Argentina, República Federativa del Brasil, República del Paraguay y República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los gobiernos de las repúblicas de Colombia, Ecuador y Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina; la Ley Orgánica de Comunicación, así como las Bases del Proceso Público Competitivo y emitir una nueva resolución según corresponda la misma que deberá ser debidamente motivada. Se deberá conservar aquellos actos administrativos, diligencias, informes técnicos y de más documentos contenido se ha mantenido igual.

Por las consideraciones expuestas, al amparo de lo previsto en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador; 147, 148, números 1 y 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, Resolución No. ARCOTEL-01-01-2020 de 13 de marzo de 2020, emitida por Directorio de la ARCOTEL; el suscrito Director Ejecutivo, máxima autoridad de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL:

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2021-00067 de 25 de mayo de 2021, emitido por la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 2.- ACEPTAR el Recurso de Apelación presentado por el señor Milton Fernando Heredia Jiménez en calidad de Representante Legal de la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A.; y, en consecuencia, **DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. ARCOTEL-2021-0387 de 10 de febrero de 2021; y, por lo tanto, dejar sin efecto el Informe de Verificación de Inhabilidades y Prohibiciones No. IPI-PPC-2020-306 de 11 de noviembre de 2020 actualizado al 10 de febrero del 2021.

Artículo 3.- DISPONER a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes realice un nuevo informe de verificación de inhabilidades y prohibiciones, analizando de forma integral la Constitución de la República del Ecuador, los tratados internacionales, incluido el Acuerdo de Complementación Económica No. 59 entre los gobiernos de la República de Argentina, República Federativa del Brasil, República del Paraguay y República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los gobiernos de las repúblicas de Colombia, Ecuador y Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina; la Ley Orgánica de Comunicación, el Reglamento para otorgar Títulos Habilitantes, así como las Bases del Proceso Público Competitivo; y, proceda a emitir la resolución debidamente motivada que en derecho corresponda. Se deberá conservar aquellos actos administrativos, diligencias, informes técnicos y de más documentos cuyo contenido se ha mantenido igual.

Artículo 4.- ENCÁRGUESE a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, para que, en el ámbito de sus competencias, ejecute todas las acciones administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Resolución.

Artículo 5.- DISPONER a la Coordinación Administrativa Financiera, que en caso de haberse ejecutado la garantía de seriedad de la oferta correspondiente a las estaciones Matriz frecuencia 104,1 MHz en el área de operación zonal FG001-1, Repetidora frecuencia 98,5 en el área de operación zonal FP001-1, Repetidora frecuencia 107,3 en el área de operación zonal FM001-1; y, Repetidora frecuencia 104.5 MHz en el área de operación zonal FA001-1, presentada por la Compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A., proceda a devolver los valores por este concepto.

Artículo 6.- DISPONER a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL que requiera a la participante la renovación de dichas garantías por el tiempo que corresponda dentro del Proceso Público Competitivo.

Artículo 7.- NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a la RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A., en la dirección de correo electrónico, señalado para el efecto dentro del Recurso de Apelación, esto es: info.alfa@alfa.com.ec, y callawyer57@gmail.com.

Artículo 8.- INFORMAR a la compañía RADIODIFUSORA AYAX DEL ECUADOR S.A., el derecho que tienen de impugnar la presente resolución en sede administrativa y jurisdiccional en el término y plazo establecido en la ley.

Artículo 9.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones proceda a notificar con la presente resolución a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, e informe a la Coordinación General Jurídica; Coordinación General Administrativa Financiera, Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL.

Notifíquese y Cúmplase. -

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, 27 de mayo de 2021.

Rodrigo Xavier Aguirre Pozo
DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES,
ARCOTEL

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
Ab. Priscila Llongo Simbaña SERVIDOR PÚBLICO	Dra. Adriana Ocampo Carbo DIRECTORA DE IMPUGNACIONES	Ab. Virna Vásquez Soria COORDINADORA GENERAL JURÍDICA