

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2022-0026

LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONSIDERANDO:

I. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Los actos administrativos que solicita sean revisados corresponde a los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021.

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.

2.1. El señor Jorge Fernando Ayala Rojas representante legal de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTOSEIS F.M. CIA. LTDA, mediante escrito ingresado en esta Entidad con No. ARCOTEL-DEDA-2021-009256-E de 09 de junio de 2021, presenta Recurso Extraordinario de Revisión en contra los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021.

2.2. El administrado mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-009717-E de 18 de junio de 2021, solicita se revoque la orden de ejecución de las garantías presentadas dentro del Proceso Público Competitivo.

2.3. La Dirección de Impugnaciones mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-00484 de 24 de junio de 2021 notificada con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2021-1409-OF, admite a trámite el recurso extraordinario de revisión; apertura el periodo de prueba por el término de veinte días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la providencia; de conformidad con el artículo 198 del Código Orgánico Administrativo y se solicita a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de ARCOTEL, remita un informe detallado de los resultados obtenidos en el Proceso Público Competitivo del trámite No. ARCOTEL-PAF-2020-11; y, se evacúa la prueba anunciada por parte del administrado que corresponde al expediente completo que sirvió de antecedente para la emisión de los memorandos ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021.

2.4. El recurrente mediante escrito ingresado a la Entidad con No. ARCOTEL-DEDA-2021-010302-E de 30 de junio de 2021, remite la razón de inscripción y nombramiento del Gerente General de la compañía.

2.5. Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-0588 de 23 de agosto de 2021 notificada con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2021-1821-OF, se corre traslado al recurrente la prueba de oficio que corresponde al "Informe Consolidado de Revisión de Presentación de Requisitos Mínimos", remitido con memorando No. ARCOTEL-CTHB-2021-1803-M de 01 de julio de 2021, por la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de ARCOTEL, para que se pronuncie sobre su contenido, de conformidad con el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo; se amplía el plazo para resolver por el periodo extraordinario de un mes de conformidad con el artículo 204 ejusdem; y, se incorpora la documentación al expediente que corresponde:

- a. Memorando No. ARCOTEL-PPC-2021-1006-M de 30 de junio de 2021,
- b. Memorando No. ARCOTEL-CTHB-2021-1803-M de 01 de julio de 2021.
- c. Memorando No. ARCOTEL-DEDA-2021-2470-M de 05 de julio de 2021.

2.6. Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2021-0593 de 26 de agosto de 2021 notificada con oficio No. ARCOTEL-DEDA-2021-1832-OF, se corrige el error que por un lapsus calami se incorpora al documento, referente al año, siendo lo correcto “PROVIDENCIA No. ARCOTEL-CJDI-2021-0588”.

2.7. El recurrente mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-013742-E de 26 de agosto de 2021, se pronuncia en referencia a la prueba de oficio que corresponde al “Informe Consolidado de Revisión de Presentación de Requisitos Mínimos”.

En base a lo expuesto, se establece que el 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 PRESENTE RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.

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

Artículos 2, 14, 16, 17, 20, 22, 33, 100, 101, 104, 105, 106, 107, 219, 220 y todas las normas del procedimiento administrativo establecidas en el Libro II del Código Orgánico Administrativo.

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, mediante la cual se aprobaron las “BASES PARA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO 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 reformado mediante Resolución 13-13-ARCOTEL-2019 de 30 de agosto de 2019, publicado en el Registro Oficial 60 de 15 de octubre de 2019, particularmente el artículo 10, número 1.1.1.1.2. Dirección Ejecutiva, acápite II y III letras a), i), m); se establece que es 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*; m) *Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones*”.

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, y el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos,

mediante Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, delegó atribuciones a las distintas unidades de la ARCOTEL, dentro de las cuales se establecen las siguientes para el Coordinador General Jurídico: ***“Artículo 30.- Delegar al Coordinador General Jurídico.- “(...) b) Conocer y resolver los recursos y reclamos administrativos así como las solicitudes de revocatoria y de revisión de oficio planteados en contra de los actos administrativos emitidos por las unidades administrativas de la ARCOTEL, con excepción de los recursos administrativos señalados en el literal b), del artículo 12 del presente instrumento y de aquellas derivadas de actos administrativos referentes al servicio móvil avanzado, al servicio de telefonía móvil, servicio de telefonía fija y a los medios de comunicación social de carácter nacional. (...) d) Suscribir todo tipo de acto administrativo y de simple administración necesario para la gestión de la Coordinación a su cargo, en el ámbito de sus competencias. (...)”.*** (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Mediante Resolución No. 02-02-2021 de 28 de mayo de 2021, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resuelve designar al Dr. Andrés Rodrigo Jácome Cobo, Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Mediante Acción de Personal No. 400 de 11 de noviembre de 2021, se designó al Dr. Juan Carlos Soria Cabrera como Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

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. (...)”.***

Mediante Acción de Personal No. 464 de 10 de diciembre de 2021, se designó a la Ab. Daniel Navas Silva, como Director de Impugnaciones Encargado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

El presente procedimiento administrativo ha sido sustanciado por la Dirección de Impugnaciones, y es resuelto por el Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, como delegado de la máxima autoridad de la institución, en ejercicio de sus atribuciones legales.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO

La Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, en el ámbito de sus competencias emite el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2022-00001 de 11 de enero de 2022, concerniente al Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el señor Jorge Fernando Ayala Rojas representante legal de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTOSEIS F.M. CIA. LTDA, en contra de los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021, y en lo referente al análisis jurídico se determina:

4.1. ARGUMENTOS Y PETICIÓN DE LA ADMINISTRADA

La administrada mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-009256-E de 09 de junio de 2021 interpone recurso extraordinario de revisión, bajo los siguientes argumentos:

“(...) Mediante oficio S/N de 01 de abril de 2021, mi representada CERCA, CORPORACIÓN ECUATORIANA DE RADIODIFUSIÓN FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CÍA.

LTDA., requirió al ARCOTEL la devolución de las garantías rendidas en el último concurso de frecuencias.

(...)

ERROR DE HECHO. –

Los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M, de 25 de mayo de 2021, suscrita por el Mgs. Galo Cristóbal Procel Ruiz, COORDINADOR TÉCNICO DE TÍTULOS HABILITANTES DE LA ARCOTEL, fueron expedidos con evidente error de hecho y vulnerando las garantías básicas y fundamentales del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, puesto que se fundamenta en el “INFORME CONSOLIDADO DE REVISIÓN DE PRESENTACIÓN DE REQUISITOS MÍNIMOS”, signado con Nro. IC-RM-PPC-2020-0516, suscrito por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones -ARCOTEL, derivando en una consecución de actuaciones administrativas atentatorias a mi representada, puesto que no se inició ningún procedimiento administrativo sancionatorio al amparo de lo establecido en el Código Orgánico Administrativo -COA-, no se permitió el derecho a la legítima defensa a mi representada, y en el caso sub judice la formación de voluntad administrativa únicamente se sustenta en un acto de simple administración, lo cual, se enmarca en las causales de nulidad del acto administrativo, y que me permito realizar las siguientes puntualizaciones.

a) Se origina de modo principal en un acto de simple administración. –

El artículo 105 número 8 del COA, establece como causal de nulidad que el acto administrativo (memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M, de 25 de mayo de 2021) tengan como fundamento o se origine principalmente en un acto de simple administración. Sobre este particular, es transcendental indicar que los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M, de 25 de mayo de 2021, no poseen una correcta motivación, al puesto que se basan en el “INFORME CONSOLIDADO DE REVISIÓN DE PRESENTACIÓN DE REQUISITOS MÍNIMOS”, signado con Nro. IC-RM-PPC-2020-0516 (acto de simple administración), sin que dicho informe y peor aún los actos administrativos impugnados, garanticen el legítimo derecho a la defensa, como garantía básica del debido proceso consagrado en la Constitución de la República del Ecuador². Siendo pertinente señalar que de acuerdo a lo prescrito en los artículos 195 y 256 del COA, en los procedimientos administrativos sancionatorios la carga de la prueba le corresponde a la administración pública.

(...)

Dicho informe, es el único sustento para a través de los actos impugnados se requiera la ejecución de las garantías que afianzaban la seriedad de la oferta, sin que exista un procedimiento administrativo sancionatorio, en el cual se haya permitido el derecho a la defensa de mi representada con la presentación de pruebas de manera oportuna que justifiquen la supuesta acción u omisión cometida, por lo cual los actos administrativos impugnados, carecen de motivación y son atentatorios a las garantías básicas del debido proceso.

(...)

Es preciso señalar que los actos administrativos impugnados adolecen de errores de hecho, en virtud que a más de basarse en un informe (acto de simple administración) y dejar de observar las garantías básicas del debido proceso como el derecho a la defensa de mi representada, así como presentar los argumentos y pruebas de descargo pertinentes dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio.

En correlación, los actos administrativos recurridos derivan en errores de derecho insubsanables, puesto que la ARCOTEL, con todos los hechos suscitados, inobserva la aplicación de las garantías básicas del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, omite el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio acorde a lo prescrito en el artículo 250 del Código Orgánico Administrativo, siendo menester invocar el aforismo jurídico “error juris non inducit malam fidem”, el error de Derecho no supone mala fe; por lo que, se debe revocar el acto administrativo que produce una afectación a mi representada.

(...)

El Objeto del contrato de la póliza de seguros de Seriedad de Oferta tiene que ver con ofertas presentadas por contratistas dentro de un proceso de Contratación Pública como Licitación o Concursos de precios y no con características o condiciones que deba tener un adjudicatario con respecto a un Proceso de Adjudicación de Frecuencias.

(...)

PRETENSIÓN En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión, respetuosamente solicito a su Autoridad: 1. Se declare la NULIDAD de los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M, de 25 de mayo de 2021, suscritos por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, por haber sido emitidas con evidentes errores de hecho y derecho, contraviniendo las disposiciones de la Constitución y la ley; así como, se originó en un acto de simple administración. (...)

La recurrente en el escrito ingresado a la Entidad con No. ARCOTEL-DEDA-2021-013742-E de 26 de agosto de 2021, manifiesta:

“(...) Concluyendo que, no existe norma legal que tipifique como infracción el no presentar completa la documentación de requisitos mínimos establecidos para la adjudicación de frecuencias; y, que la sanción correspondiente ante dicha acción u omisión sea la ejecución de las garantías de seriedad de las ofertas rendidas por CERCA, CORPORACIÓN ECUATORIANA DE RADIODIFUSIÓN FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CÍA. LTDA., con lo cual queda evidenciado que las disposiciones de los actos impugnados son NULAS de pleno derecho.

Adicionalmente, las garantías de seriedad rendidas fueron presentadas con el fin de afianzar las ofertas presentadas, sin que puedan ser ejecutadas al arbitrio de la Administración que no ha demostrado una afectación por el cometimiento de infracción alguna, tratando de beneficiarse de manera irregular a costa del administrado. (...)

4.2. ANÁLISIS

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.

El artículo 425 de la Carta Magna establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, referente al principio de juridicidad el cual 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 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.

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.

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.

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 que la adjudicación de frecuencias se realizara mediante proceso público competitivo; y, 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 18 de junio de 2020, la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, como persona jurídica participante, con trámite No. ARCOTEL-PAF-2020-11 presentó su postulación al Proceso Público Competitivo, para operar un medio de comunicación social privado, denominado HOT 106 RADIO FUEGO F.M, estación Matriz, frecuencia 106.1 MHz, área de operación zonal FP001-1, y la estación repetidora 1000.9 MHz, área de operación zonal FT001-1.

De conformidad con las bases para la adjudicación de frecuencias, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes emite el Informe Consolidado de Revisión de Presentación de Requisitos Mínimos No. IC-RM-PPC-2020-0516 de 17 de julio de 2020, el mismo que concluye que no se encuentra completa la documentación de requisitos mínimos establecidos para las frecuencias

solicitadas, por lo que de acuerdo al literal a) del punto 1.7 de las Bases del Proceso Público Competitivo, se procederá a la descalificación del participante.

Mediante oficio No. ARCOTEL-CTHB-2020-1217-OF de 28 de julio de 2020, se notifica a la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, con el Informe Consolidado de Revisión de Presentación de Requisitos Mínimos No. IC-RM-PPC-2020-0516 de 17 de julio de 2020, el mismo que determina que no se encuentra completa la documentación de requisitos mínimos.

La Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emite el Dictamen Técnico de Ejecución de Garantías de Seriedad de la Oferta No. DTEGSO-PPC-2021-153 de 18 de mayo de 2021, el mismo que concluye:

“(...) Descalificar del ‘PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA LA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO 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 Nro. ARCOTEL-PAF-11, ingresada por el participante CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA., por no haber cumplido con la presentación del requisito mínimo f).*

Disponer a la Coordinación General Administrativa Financiera proceda a gestionar la ejecución de la garantía de seriedad de la oferta para medios de comunicación privados presentadas por el participante.”

El Dictamen Jurídico de Ejecución de Garantías de Seriedad de la Oferta No. DJEGSO-PPC-2021-140 de 21 de mayo de 2021, concluye:

“En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y en virtud del oficio No. ARCOTEL-CTHB-2020-1217-OF de 28 de julio de 2020, de la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, se concluye que a la solicitud presentada a la ARCOTEL con número de trámite ARCOTEL-PAF-2020-11, por la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA. dentro del “PROCESO PÚBLICO COMPETITIVO PARA LA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO 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”, correspondería ejecutar la garantía, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1.8. 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”, esto es: “a. En caso de que el interesado haya sido descalificado por no haber cumplido con la presentación de los requisitos mínimos para la participación en el proceso público competitivo (...).”

Mediante memorando No. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M de 25 mayo de 2021, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de ARCOTEL, autoriza la ejecución de la garantía de seriedad de la oferta de CERCA, CORPORACIÓN ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA., con número ARCOTEL-PAF-2020-11, por no haber cumplido

con la presentación de requisitos mínimos; la garantía de seriedad de la oferta original fue ingresada a la ARCOTEL con No. ARCOTEL-DEDA-2020-007077-E de 19 de junio de 2020.

Mediante memorando No. ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M de 25 mayo de 2021, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de ARCOTEL, autoriza la ejecución de la garantía de seriedad de la oferta de CERCA, CORPORACIÓN ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA., con número ARCOTEL-PAF-2020-11, por no haber cumplido con la presentación del requisito mínimo, la garantía de seriedad de la oferta original fue ingresada a la ARCOTEL con No. ARCOTEL-DEDA-2020-007078-E de 19 de junio de 2020.

La Coordinación General Administrativa de ARCOTEL, mediante oficios Nros. ARCOTEL-CAFI-2021-0336-OF, y ARCOTEL-CAFI-2021-0337-OF de fecha 01 de junio de 2021, se notifica al Banco del Pacífico S.A, la ejecución de las garantías de seriedad de la oferta, para lo cual se remiten la resolución de descalificación del participante e informes de sustento.

Con los antecedentes expuestos se procede analizar lo siguiente:

IMPUGNACIÓN DE LOS MEMORANDOS No. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, Y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M DE FECHA 25 DE MAYO DE 2021, EMITIDOS POR LA COORDINACIÓN TÉCNICA DE TÍTULOS HABILITANTES DE ARCOTEL.

En primer lugar, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 16 establece que todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a la creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico.

El artículo 17 señala que el Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, 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; facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada; y, no permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

En concordancia con la norma constitucional, la Ley Orgánica de Comunicación, en el artículo 33 establece el derecho a la creación de medios de comunicación y la igualdad de oportunidades y condiciones que tienen las personas para formar medios de comunicación con las limitaciones constitucionales y legales establecidas para el efecto, y para ello, el artículo 110 ibidem, señala que 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, siendo los requisitos, criterios de evaluación y formas de puntuación del proceso público competitivo definidos mediante reglamento por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, teniendo en consideración la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El artículo 94 del Reglamento para otorgar Títulos Habilitantes, 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 convocatoria a un proceso público competitivo. Además, el reglamento señala que en el caso de que el peticionario no presente uno de los requisitos mínimos previstos en los literales precedentes, será causal de descalificación del proceso público competitivo.

De las normas citadas se desprende que los requisitos, criterios de evaluación y formas de calificación de puntaje de las postulaciones presentadas en el proceso público competitivo de frecuencias se determinan en la ley, en el Reglamento y las Bases que para el efecto emita ARCOTEL.

Al respecto del argumento señalado por el administrado de que no se inicia ningún procedimiento administrativo sancionatorio, el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo establece el principio de tipicidad, señalando que las infracciones administrativas son las acciones u omisiones que se encuentran previstas en la ley, a cada infracción le corresponde una sanción.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones a partir del artículo 116 correspondiente al régimen sancionatorio, tipifica cada una de las infracciones, aplicables a poseedores y no poseedores de títulos habilitantes, y la correspondiente sanción. Cuando exista la presunción del cometimiento de alguna de las infracciones tipificadas, la administración aplicará de manera obligatoria lo establecido en el Código Orgánico Administrativo, en la parte pertinente al procedimiento sancionador, debiendo ajustarse al debido procedimiento, según lo dispone el artículo 33 de la norma ibidem; y dando cumplimiento al artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador. Es decir, el ejercicio de la potestad sancionadora requiere ser sustanciado a través del procedimiento legalmente previsto en el Código Orgánico Administrativo.

En lo que se refiere al caso en particular, la compañía CERCA, CORPORACIÓN ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA., se encontraba participando en el Proceso Público Competitivo de adjudicación de frecuencias, cuyo procedimiento fue determinado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, debiendo cumplir con los lineamientos y disposiciones para dicho concurso que se encuentra establecido en 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 guardan relación y concordancia con la normativa legal vigente.

El numeral 1.3 de las referidas Bases para la Adjudicación de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico por Proceso Público Competitivo, indica que los participantes se encuentran obligados a cumplir estrictamente lo dispuesto, tomando en consideración que se ha emitido en observancia del ordenamiento jurídico vigente aplicable. Además, señala que es responsabilidad de los participantes revisar cuidadosamente las bases y los documentos emitidos para el proceso público competitivo, cumplir los requisitos establecidos y demás documentación, en concordancia con el numeral 1.7. ibidem que establece como causal de descalificación del participante, cuando: *"No cumpla con la presentación de alguno de los requisitos mínimos establecidos en el Reglamento para Otorgamiento de Títulos Habilitantes y señalados en las bases para el proceso público competitivo."*

No obstante, como lo determina la normativa esta tipificación de las infracciones que hace la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre los procedimientos sancionadores, se aparta de las causales de ejecución de la garantía, que en el numeral **1.8 de las referidas bases determina que la garantía de seriedad de la oferta será ejecutada por ARCOTEL, en caso de que el interesado haya sido descalificado por no haber cumplido con la presentación de los requisitos mínimos** para la participación en el proceso público competitivo, puesto que, la compañía CERCA, CORPORACIÓN ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA., libre y voluntariamente se postuló en el proceso público competitivo; y, por lo tanto, las reglas y procedimiento de dicho concurso se encuentra en las

referidas bases, que han sido durante todo el tiempo de conocimiento público y que hasta la presente fecha se encuentran publicadas en la página oficial de ARCOTEL.

Según se desprende del Informe Consolidado de Revisión de Presentación de requisitos mínimos No. IC-RM-PPC-2020-0516 de 17 de julio de 2020, la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, no adjunta la declaración responsable de los accionistas; es importante señalar que, dentro del presente recurso extraordinario de revisión, la recurrente no presenta prueba que demuestre que cumplió con la presentación de la documentación, como se determina en el referido informe:

SOLICITUD. (...).					
f.	Declaración responsable para la participación en el proceso público competitivo, (...). Nota: En el caso de personas jurídicas la declaración responsable se debe verificar que coincida con el representante legal y número de accionistas.		X		SE ADJUNTA LA DECLARACIÓN RESPONSABLE DEL REPRESENTANTE LEGAL, PERO NO SE ADJUNTA LA DECLARACIÓN RESPONSABLE DE LOS ACCIONISTAS
	Para el caso de procesos públicos competitivos relacionados con medios de			X	

(Informe Consolidado de Revisión de Presentación de requisitos mínimos No. IC-RM-PPC-2020-0516)

El oficio No. ARCOTEL-CTHB-2020-1217-OF de 28 de julio de 2020, acto administrativo notificado en legal y debida forma, descalifica la participación de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, realizada mediante trámite No. ARCOTEL-PAF-2020-011 de 18 de junio de 2020, por no cumplir con la entrega completa de la documentación de requisitos mínimos.

Es importante señalar que, la Dirección de Patrocinio y Coactivas mediante memorando No. ARCOTEL-CJDP-2021-0324-M de 12 de mayo de 2021, manifiesta que, de la información constante, tanto en el Sistema Informático de Patrocinio, como en el Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE, la compañía no ha presentado acción judicial; así mismo, la Dirección de Impugnaciones con memorando No. ARCOTEL-CJDI-2021-0611-M de 12 de mayo de 2021 indica que no se registra impugnación en contra del acto administrativo No. ARCOTEL-CTHB-2020-1217-OF de 28 de julio de 2020.

Por lo que, de conformidad con el artículo 218 del Código Orgánico Administrativo el oficio No. ARCOTEL-CTHB-2020-1217-OF de 28 de julio de 2020, ha causado estado en vía administrativa por cuanto, ha fenecido el plazo para interponer el recurso de apelación y no se ha ejercido el derecho. Por otro lado, la administración pública ha procedido de conformidad con el ordenamiento jurídico en cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, principalmente lo referente al derecho a la defensa, a pesar de que la participante fue notificada en legal y debida forma con el informe de requisitos mínimos, no impugnó el acto administrativo en sede administrativa o judicial.

Es importante señalar que la administrada en el presente recurso extraordinario de revisión impugna los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021, que corresponde a actos de simple administración.

El memorando No. ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de 25 de mayo de 2021, autoriza la ejecución de la garantía de seriedad de la oferta presentada por el participante **ARROBA SORIA CARLOS ENRIQUE**, con trámite No. ARCOTEL-PAF-2020-503, acto de simple administración que no se

relaciona con la participación de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTOSEIS F.M. CIA. LTDA, en el Proceso Público Competitivo, así como la información y argumentos señalados en el presente recurso extraordinario de revisión, por lo que, es improcedente declarar la nulidad de este acto.

El Código Orgánico Administrativo COA, se publica en el Registro Oficial Suplemento 31, el día 07 de julio de 2017, y de conformidad con la disposición final de la norma entra en vigencia el 07 de julio de 2018, con el objeto de regular el ejercicio de la función administrativa de los órganos que conforman el sector público.

El artículo 89 del Código Orgánico Administrativo, indica que las actuaciones administrativas son: los actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos, hechos administrativos, y actos normativos de carácter administrativo. Así mismo establece que el acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa.

Así también, el artículo 120 de la norma ibidem, señala:

“Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.”. (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, son emitidos por la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, con los cuales autoriza a la Coordinación General Administrativa Financiera de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la ejecución de la garantía de seriedad de la oferta, presentada por la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTOSEIS F.M. CIA. LTDA, es decir, cumple con los lineamientos del acto de simple administración, ya que es la declaración de la función administrativa de manera interna, que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.

La norma ibidem en el artículo 217 dispone:

“Impugnación. En la impugnación se observarán las siguientes reglas:

- 1. **Solo el acto administrativo puede ser impugnado** en vía administrativa por las personas interesadas, con independencia de que hayan comparecido o no en el procedimiento, mediante el recurso de apelación.*
- 2. **El recurso extraordinario de revisión cabe, exclusivamente, respecto del acto administrativo** que ha causado estado en vía administrativa en los supuestos previstos en este Código.*
- 3. La elección de la vía judicial impide la impugnación en vía administrativa.*
- 4. El error en la denominación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación, siempre que resulte indudable la voluntad de impugnar el acto administrativo.*

***Los actos de simple administración por su naturaleza no son propiamente impugnables**, salvo el derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un acto de simple administración, necesario para la formación de la voluntad administrativa.”*

En concordancia con el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo que indica las causales de nulidad del **acto administrativo**, es decir la normativa claramente establece que los actos de simple administración no son impugnables.

Se puede interponer un recurso extraordinario de revisión, cuando el **acto administrativo** ha causado estado siempre y cuando se verifique que al dictarse se ha incurrido en evidente y manifiesto error de hecho y/o error de derecho que afecte la cuestión de fondo, según lo determina el artículo 232 del Código Orgánico Administrativo.

La administrada interpuso el presente recurso extraordinario de revisión sustentándose en la causal 1 y 2 del artículo 232 del Código Orgánico Administrativo, que se refiere a error de hecho y error de derecho, normativa que determina que la persona interesada puede interponer un recurso extraordinario de revisión del **acto administrativo** que ha causado estado, como ya ha quedado establecido en el análisis los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021, son actos de simple administración que por su naturaleza no son impugnables, por lo que, es improcedente determinar el error de hecho y de derecho.

La Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, en la parte final de su Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2022-00001 de 11 de enero de 2022 establece las siguientes conclusiones y recomendación:

"V. CONCLUSIONES

- 1. La Ley Orgánica de Comunicación en el artículo 110 dispone 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.*
- 2. El artículo 94 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, establece que, si el peticionario no presenta uno de los requisitos mínimos, será causal de descalificación del proceso público competitivo.*
- 3. 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, indica como causal de descalificación, cuando el participante no cumpla con la presentación de alguno de los requisitos mínimos establecidos en el Reglamento para Otorgamiento de Títulos Habilitantes y señalados en las bases para el proceso público competitivo.*
- 4. La compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTOSEIS F.M. CIA. LTDA, no presenta la declaración responsable de los accionistas, siendo requisito que debe cumplir el solicitante, de conformidad con el numeral 2.2, literal f) de las bases, por lo que, mediante oficio No. ARCOTEL-CTHB-2020-1217-OF de 28 de julio de 2020, se descalifica la participación de la presenta con trámite No. ARCOTEL-PAF-2020-011 de 18 de junio de 2020, sin embargo, a pesar que la recurrente ha sido notificada en legal y debida forma no interpone acción administrativa y judicial.*
- 5. Los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021, corresponde a actos de*

simple administración que no pueden ser impugnados de conformidad con el artículo 217 del Código Orgánico Administrativo.

VI. RECOMENDACIÓN

En base a los antecedentes, fundamentos jurídicos y análisis precedente, se recomienda al Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, NEGAR el recurso extraordinario de revisión, presentado por el señor Jorge Fernando Ayala Rojas representante legal de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTOSEIS F.M. CIA. LTDA, mediante escrito ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-009256-E de 09 de junio de 2021, en contra de los memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1405-M de fecha 25 de mayo de 2021, actos de simple administración emitidos por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de ARCOTEL”.

Por las consideraciones expuestas, al amparo de lo previsto en el artículo 10, numeral 1.3.1.2, acápites II y III, numerales 2 y 11 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL; y, artículo 30 literales b) y d) de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, el suscrito Coordinador General Jurídico, en calidad de delegado del Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL.

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento del recurso extraordinario de revisión signado con trámite No. ARCOTEL-DEDA-2021-009256-E de 09 de junio de 2021, interpuesto por el señor Jorge Fernando Ayala Rojas representante legal de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, en base a la Acción de Personal No. 400 de 11 de noviembre de 2021.

Artículo 2.- ACOGER el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2022-00001 de 11 de enero de 2022, emitido por la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 3.- NEGAR el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el señor Jorge Fernando Ayala Rojas representante legal de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, mediante escrito ingresado en esta entidad con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2021-009256-E de 09 de junio de 2021, por cuanto, la recurrente al no presentar la declaración responsable de los accionistas fue descalificada del Proceso Público Competitivo, por lo que, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones mediante memorandos Nros. ARCOTEL-CTHB-2021-1403-M, y ARCOTEL-CTHB-2021-1404-M de fecha 25 de mayo de 2021, solicita la ejecución de la garantía de seriedad de la oferta, actos impugnados en el presente recurso siendo actos de simple administración, y de conformidad con el artículo 217 del Código Orgánico Administrativo por su naturaleza no son propiamente impugnables.

Artículo 4.- INFORMAR al señor Jorge Fernando Ayala Rojas representante legal de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, que en caso de no estar de acuerdo con la presente resolución tiene derecho a impugnar la misma en sede judicial, en el término y plazo establecido en la ley competente.

Artículo 5.- NOTIFICAR el contenido de la presente resolución al señor Jorge Fernando Ayala Rojas representante legal de la compañía CERCA, CORPORACION ECUATORIANA DE RADIODIFUSION FUEGO RADIO HOT CIENTO SEIS F.M. CIA. LTDA, en el correo electrónico: buromunozmontalvo@gmail.com, dirección señalada por el recurrente para recibir notificaciones.

Artículo 6.- DISPONER que, a través de la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a informar a la Coordinación General Jurídica; Coordinación General Administrativa Financiera, Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, 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, 14 de enero de 2022.

Dr. Juan Carlos Soria C. Mgs.
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO
DELEGADO DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

ELABORADO POR:	REVISADO POR:
Ab. Priscila Llango Simbaña SERVIDOR PÚBLICO	Ab. Daniel Navas Silva DIRECTOR DE IMPUGNACIONES (E)