

**RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-RPAS-2023-0030
ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN
Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**

**ING. MARÍA TERESA AVILÉS BURBANO MSc.
DIRECTORA TÉCNICA ZONAL 2
-FUNCIÓN SANCIONADORA-
COORDINACIÓN ZONAL 2**

CONSIDERANDO:

CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

De conformidad con lo que determina el artículo 260 del Código Orgánico Administrativo y luego de haber cumplido con la etapa de instrucción administrativa se procede a dictar el presente acto administrativo que resuelve el procedimiento administrativo sancionador en base a lo siguiente:

1. IDENTIFICACIÓN DEL PRESUNTO RESPONSABLE. -

1.1. INFORMACIÓN GENERAL

Los datos generales son:

SERVICIO CONTROLADO:	RADIODIFUSIÓN SONORA EN FRECUENCIA MODULADA
NOMBRE - RAZÓN SOCIAL:	RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. *
NÚMERO DE RUC:	1391747039001*
REPRESENTANTE LEGAL:	NUSSBAUM RUF BERNARDO*
NOMBRE COMERCIAL	RADIO MAS CANDELA FM *
DIRECCIÓN:	12 DE MARZO/PEDRO GUAL 1008 Y GARCÍA MORENO*
CIUDAD:	PORTOVIEJO
PROVINCIA:	MANABÍ
DIRECCIONES DE CORREO ELECTRÓNICO:	mascandelafm@gmail.com admin@mascandela.com andradelenin1@gmail.com

* Fuente: Página Web del Servicio de Rentas Internas (SRI). Recuperado el 31 de agosto de 2023 de: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>

1.2. TÍTULO HABILITANTE (VENCIDO)

Contrato suscrito el 23 de mayo de 1995 mediante el cual se autorizó a favor de la RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., la instalación y operación de una estación de radiodifusión sonora a denominarse "MÁS CANDELA" 107.7 MHz, repetidora de la ciudad de Quito.

Con oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2021-0976-OF de 29 de abril de 2021, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes en delegación de la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, notificó al señor Bernardo Nussbaum, representante legal de RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., la finalización de prórroga del contrato de concesión suscrito el 23 de mayo de 1995 y vigente hasta el 23 de mayo de 2015, respecto a la frecuencia repetidora 107.7 (MHz) antes indicada correspondiente a la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., disponiéndole a la citada ex concesionaria dejar de operar y transmitir programación regular, a partir de la notificación del referido oficio; en razón de que, con Resolución ARCOTEL-2021-0247 de 10 de febrero de 2021, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes en su calidad de Delegado del Director Ejecutivo de la ARCOTEL, adjudicó a favor del señor CHARLES EDISSON ESCOBAR TERÁN la

Página 1 de 16

concesión de frecuencias y sus correspondientes áreas de cobertura principal en Quito y demás zonas de cobertura señaladas en el artículo dos de la citada resolución, para el funcionamiento de una estación matriz del sistema de radiodifusión sonora denominado "RADIO EVOLUCIÓN" en la frecuencia 107.7 MHz.

Con oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2023-1189-OF de 21 de abril de 2023, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, en delegación de la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, dispone al señor Bernardo Nussbaum, representante legal de RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. lo siguiente:

"Por lo expuesto, y una vez que ha sido levantada la medida cautelar vigente hasta el 21 de junio de 2022, ejecutoriada el 09 de agosto de 2022, en ejercicio de las atribuciones, responsabilidades y delegación de la Dirección Ejecutiva de esta Agencia, se le insiste en dar cumplimiento inmediatamente a lo dispuesto en el oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2021-0976-OF de 29 de abril de 2021, esto es, dejar de operar y transmitir programación regular en razón de la finalización de prórroga del contrato de concesión suscrito el 23/05/1995 y vigente hasta el 23/05/2015, con la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., respecto a la frecuencia repetidora 107.7 MHz de la ciudad de Quito." (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original)

2. SINGULARIZACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMETIDA. -

2.1. FUNDAMENTOS DE HECHO

En el Informe de Control Técnico No. IT-CZO2-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021, elaborado por el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, se concluye lo siguiente:

"7.1. Con base en los monitoreos que se detallan en el presente informe, se determina que la estación de radiodifusión denominada "MÁS CANDELA" de la RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. continúa operando hasta la presente fecha; y por tanto, se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7 MHz en la ciudad de Quito."

2.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con la finalidad de determinar la presunta infracción y sanción, se deben considerar los siguientes fundamentos jurídicos:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*"Artículo 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. **Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.**" (Lo resaltado en negrilla me pertenece)*

"Artículo 261.- El Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones."

*"Artículo 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, **controlar** y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- **Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley (...)**" (Lo resaltado en negrilla me pertenece)*

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dispone:

“Artículo 116.- Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad. - El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.- La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes.” (Lo subrayado y resaltado fuera del texto original)

“Artículo. 18.- Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico. El espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable. Su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.” (Lo subrayado y resaltado fuera del texto original)

“Artículo 119.- Infracciones de tercera clase. (...) b. **Son infracciones de tercera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes** comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) **2. Explotación o uso de frecuencias sin la obtención previa del título habilitante o concesión correspondiente,** así como la prestación de servicios no autorizados por prestadores que posean títulos habilitantes para otros servicios.” (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original)

“Artículo 121.- Clases. Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera: (...) **3. Infracciones de tercera clase.** - La multa será de entre el 0,071% y el 0,1 % del monto de referencia.”

“Artículo 132.- Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas.- Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados. El infractor deberá cumplirlos de forma inmediata o en el tiempo establecido en dichos actos. En caso de que el infractor no cumpla voluntariamente con el pago de la multa impuesta, la multa se recaudará mediante el procedimiento de ejecución coactiva, sin perjuicio de la procedencia de nuevas sanciones, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley. - La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución.”

“Artículo 144.- Competencias de la Agencia. - Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) **4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones,** incluyendo el servicio de larga distancia internacional, **con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes.**” (Lo resaltado fuera del texto original)

LEY ORGANICA DE COMUNICACIÓN

“Art. 112.- Terminación de la concesión de frecuencia. - La concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión de señal abierta terminará por las siguientes causas: 1. **Por vencimiento del plazo de la concesión;**(...)” (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original)

REGLAMENTO PARA OTORGAR TÍTULOS HABILITANTES PARA SERVICIOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS: (...)

Cuarta.- Las estaciones de radiodifusión sonora, televisión abierta cuyos títulos habilitantes vencieron antes y a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación, continuarán operando hasta que la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Comunicación, su reglamento general de aplicación y políticas emitidas por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, resuelva lo pertinente, en función de los procesos públicos correspondientes que convoque y se ejecuten. (...)” (Lo subrayado fuera del texto original)

2.3. TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

En el presente caso, se considera que el presunto incumplimiento corresponde al dispuesto en el **numeral 2, letra b, del artículo 119** de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual se cita a continuación:

“Artículo 119.- Infracciones de tercera clase. (...)

b. Son infracciones de tercera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...)

2. Explotación o uso de frecuencias sin la obtención previa del título habilitante o concesión correspondiente, así como la prestación de servicios no autorizados por prestadores que posean títulos habilitantes para otros servicios.(...)” (Lo resaltado fuera del texto original)

2.4. ACTO DE INICIO

El **Acto de Inicio No. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005** de 10 de marzo de 2023, se puso en conocimiento de **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.** a través de su representante legal mediante oficio Nro. ARCOTEL-CZO2-2023-0087-OF de 10 de marzo de 2023, mismo que consta en el expediente, y que fuere enviado a través del Sistema de Gestión documental Quipux, así como también a las direcciones de correo electrónico señaladas por el administrado para notificaciones.

En el numeral 7 del citado **Acto de Inicio**, se establece lo siguiente:

“7. EMISIÓN DEL ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

*En orden a los antecedentes, disposiciones jurídicas precedentes, considerando que el **Informe de Control Técnico Nro. IT-CZO2-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021**, elaborado por el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, concluye: “(...) 7.1. Con base en los monitoreos que se detallan en el presente informe, se determina que la estación de radiodifusión denominada “MÁS CANDELA” de la RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. continúa operando hasta la presente fecha; y, por tanto, se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7 MHz en la ciudad de Quito. (...)”; se emite el presente Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, por la verificación del hecho de que la compañía “RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.”, **se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico, sin la obtención previa del título habilitante o concesión correspondiente inobservando lo establecido en los artículos 83 numeral 1 y 313 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 18 y 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, artículo 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.**”* (Lo resaltado fuera del texto original)

3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE INICIO

RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., dio contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador **No. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005** de 10 de marzo de 2023, con hoja de trámite registrada con **Documento Nro. ARCOTEL-DEDA-2023-004211-E** de 23 de marzo de 2023, manifestando en lo principal, lo siguiente:

A fojas 4, 5, 6 manifiesta:

“Al respecto de lo mencionado por la Compañía “RADIODIFUSORA MASCANDELA SA” de la Estación de Radiodifusión Sonora en Frecuencia Modulada denominada “MASCANDELA S, A.”, a través de su Representante Legal, Ing. Bernardo Nussbaum Ruf, cabe señalar que mediante memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2022-0134-M de 27 de enero de 2022, el Responsable del Proceso de Gestión Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, pone en conocimiento la funcionaria Responsable de Ejecución de Actuaciones Previas, que:

"Con memorando Nro. ARCOTEL-CCDE-2021-0895-M de 07 de mayo de 2021, la Dirección Técnica de Control Del Espectro Radioeléctrico, en referencia al oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2021-0976-0F de 29 de abril de 2021 (adjunto), comunicó a esta dependencia entre otras cosas, lo siguiente:

"(...) se da por terminado el contrato de concesión suscrito el 23/05/1995 y vigente hasta el 23/05/2015, respecto a la citada frecuencia repetidora correspondiente a la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S, A" y en consecuencia se dispone a la ex concesionaria de las referidas frecuencias, deje de operar y transmitir programación regular, a partir de la notificación del presente oficio.

(...)

Con el antecedente citado, personal técnico de la Coordinación zonal 2, realizó la verificación de operación de la estación de radiodifusión denominada "MÁS CANDELA" de la concesionaria RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., producto de lo cual generó el informe de control técnico No. IT-CZ02-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021, que en su parte concluyente determinó:

"7.1. Con base en los monitoreos que se detallan en el presente informe, se determina que la estación de radiodifusión denominada "MAS CANDELA" de la RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. continúa operando hasta la presente fecha; y por tanto, se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7 MHz en la ciudad de Quito".

(...)

Mediante memorando Nro. ARCOTEL-CZ02-2022-1479-M de 02 de septiembre de 2022, el Responsable del Proceso de Gestión Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, remite el informe de control técnico Nro. ITCZ02-C-2022-0459 de 28 de julio de 2022, que en 10 principal concluye:

6. CONCLUSIÓN. Con base en los resultados de los monitoreos que se detallan en el presente informe, se determina que la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7 MHz en la ciudad de Quito, en el periodo comprendido del 01 de enero de 2019 al 28 de julio de 2022, a través de la estación de radiodifusión denominada "MÁS CANDELA".

(...)

Con memorando Nro. ARCOTEL-CJDP-2022-0402-M de 02 de septiembre de 2022, el Director de Patrocinio y Coactivas Subrogante, en atención a la disposición contante en el Memorando No. ARCOTEL-CJUR-2022-0552-M, de 02 de septiembre de 2022, suscrito por el Coordinador jurídico Subrogante; atendiendo los pedidos realizaos a través de los Memorandos Nos. ARCOTEL-CZ02-2022-0789-M de 19 de mayo de 2022 y ARCOTEL-CZ02-2022-1470-M de 01 de septiembre de 2022, actualizando la información constante en el memorando ARCOTEL-CJDP-2021-0680-M, de 21 de septiembre de 2021, informó lo siguiente:

(...)

Esta Agencia, actuando en defensa de los intereses del Estado ecuatoriano, interpuso la acción extraordinaria de protección para ante la Corte Constitucional, la misma que fue tramitada con el número 2999-21-EP. Con auto dictado el 17 de diciembre de 2021, se "INADMITIÓ" la acción planteada.

Esta situación procesal, fue comunicada al juez de Instancia, según escrito presentado el 15 de mayo de 2022; por lo que, con auto dictado de 21 de junio de 2022, el juez Constitucional de la Unidad judicial de Garantías Penales con sede en el Cantón Chone, dispuso: "...el levantamiento de la medida cautelar y el archivo del proceso.". Por lo expuesto, la situación jurídica de lo dispuesto en sentencia constitucional, no ha variado a la presente fecha.

Con los antecedentes expuestos y de la información que obra en el presente expediente se desprende que a través del oficio Nro. ARCOTEL-CIIB-2021-0976-0F de 29 de abril de 2021 la Compañía "RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A" de la Estación de Radiodifusión Sonora en Frecuencia Modulada denominada "MASCANDELA S. A. ", a través de su Representante Legal, Ing. Bernardo Nussbaum Ruf, fue comunicada de que se dio por terminado el contrato de concesión suscrito el 23/05/1995 Y vigente hasta el 23/05/2015, respecto a la citada frecuencia repetidora correspondiente a la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S. A., y en consecuencia se dispuso a la ex concesionaria, dejar de operar y transmitir programación regular, a partir de la notificación del mencionado oficio. Estableciéndose un presunto incumplimiento según determinado en el Artículo 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que en su parte pertinente, dispone:

"(...) Artículo 18.- Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico. El espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable. Su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...)"

A fojas 19, 20, 21, y 22 manifiesta:

En el presente caso es necesario realizar un análisis cronológico de los hechos que se han suscitado a raíz de la última convocatoria a un proceso público competitivo de concesión de frecuencias.

Dentro del mencionado proceso público competitivo el 07 de julio de 2020, mediante trámite No. ARCOTEL-PAF-2020-467, la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., presentó su postulación cumpliendo para el efecto estrictamente con todos y cada uno de los requisitos establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Sin embargo, de lo expuesto de forma arbitraria la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mediante Oficio No. ARCOTEL-CTHB-2020-1259-0F de 28 de julio de 2020, emitido por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, envió el Informe Consolidado de Revisión de Presentación de Requisitos Mínimos, en la cual me informó lo siguiente: "No se encuentra completa la documentación de requisitos mínimos establecidos para las frecuencias detalladas a continuación por lo que de acuerdo con el literal A) del punto 1.7 de las presentes Bases, se procederá a la descalificación de la solicitud".

Por lo que con documento ingresado con trámite N° ARCOTEL-DEDA-2020-010797-E de 12 de agosto del 2020, se presentó el correspondiente Recurso Extraordinario de Revisión.

Sin embargo, mediante Resolución N° ARCOTEL-2020-0600 de 27 de noviembre de 2020, el Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en su parte conclusiva manifestó lo siguiente: " ... En base a los antecedentes, fundamentos jurídicos y análisis precedente, se recomienda al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones NEGAR el recurso extraordinario de revisión, presentado por el señor Bernardo Nussbaum Ruf, representante legal de la Compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A, mediante escrito ingresado en esta entidad con el documento N° ARCOTEL-DEDA-2020-010797-E de 12 de agosto del 2020 y se RATIFIQUE el oficio N° ARCOTEL-CTHB-2020-1259-0F de 28 de julio de 2020 emitido por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de ARCOTEL. - RESUELVE: Artículo 1. - Avocar conocimiento y acoger el informe jurídico N°ARCOTEL-CjDI-2020-00121 de 27 de noviembre del 2020. Artículo 2.- NEGAR el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el señor Bernardo Nussbaum Ruf, representante legal de la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., mediante escrito presentado en esta entidad con el documento N°ARCOTEL-DEDA-2020-010797-E de 12 de agosto de 2020 y RATIFICAR el oficio N°ARCOTEL-CTHB-2020-1259-0F- de 28 de julio de 2020, emitido por el Coordinador Técnico de títulos habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.- Artículo 3.- Informar al señor Bernardo Nussbaum Ruf representante legal de la Compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A tiene derecho a impugnar la presente resolución en sede jurisdiccional en el plazo determinado en la ley.- Artículo 4.- DISPONER a la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, notifique el contenido de la presente resolución al señor Bernardo

Página 6 de 16

Nussbaum Ruf representante legal de la Compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A en el correo electrónico admin@mascandela.com dirección señalada por el recurrente en el escrito de interposición del recurso extraordinario de revisión de conformidad con las normas del Código Orgánico Administrativo, a la Coordinación General jurídica, a la Coordinación General Administrativa Financiera, a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, a la Coordinación Técnica de Control, a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL."

Ante lo cual se planteó una acción de protección, mediante la cual se solicitó se declaren vulnerados los derechos constitucionales como es el principio de igualdad y se declare inconstitucional el contenido en la resolución de 27 de noviembre del 2020 emitida por el Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, solicitando además que como medida cautelar se sirva disponer lo siguiente: "... que ARCOTEL se abstenga de asignar la frecuencia, matriz y sus respectivas repetidoras que a la fecha tenía la COMPAÑÍA MAS CANDELA hasta que no se resuelva la Acción Constitucional presentada aceptando la documentación presentada por MAS CANDELA calificándola en igualdad de condiciones que las de la empresa Radiodifusora Sol Equinoccial S.A."

Dentro del mencionado proceso en audiencia realizada el 15 de enero de 2021, se resolvió: "QUE ARCOTEL SE ABSTENGA DE ASIGNAR LA FRECUENCIA MATRIZ Y SUS RESPECTIVAS REPETIDORAS QUE ACTUALMENTE TIENE LA COMPAÑÍA MAS CANDELA CALIFICANDOLA EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LAS DE LA EMPRESA RADIODIFUSORA SOL EQUINOCCIAL S.A. y NO SE OTORGUE LA FRECUENCIA A OTRA INSTITUCIÓN."

Decisión ratificada por la Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí mediante sentencia emitida el 11 de mayo de 2021.

Por lo que la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., continuó haciendo uso legal de las frecuencias, en cumplimiento de lo dispuesto dentro de la Acción de Protección antes citada, ya que la medida cautelar citada en párrafos anteriores y vigente a partir del 15 de enero de 2021, claramente señalaba que las frecuencias que se encontraba utilizando la compañía que represento no podían ser adjudicadas y por ende conforme lo señalaban las bases del proceso público competitivo del año 2020, correspondía continuar utilizándolas hasta que producto del concurso o una vez que se tenga una decisión judicial en firme y ejecutoriada; se disponga lo que corresponda respecto de las mismas.

Es importante considerar que la medida cautelar dispuesta, fue levantada mediante providencia de 21 de junio de 2022; por lo que llama la atención sobremanera que el 18 de mayo de 2022, se haya iniciado una actuación previa por la supuesta utilización ilegal de la frecuencia 107,7 MHz de la ciudad de Quito, por parte de la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., ya que conforme se demostró en párrafos anteriores a esa fecha se encontraba vigente la medida cautelar emitida dentro de la Acción de Protección, es decir la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., usa de forma legítima las frecuencias asignadas.

Actuación previa que utilizó como fundamento informes técnicos y jurídicos elaborados durante el periodo que se encontraba vigente la medida cautelar, pero que sin embargo a pesar de tener pleno conocimiento de la vigencia de la misma, siempre la desconocieron y sobre todo hicieron caso omiso a la medida cautelar otorgada y que permitía a la compañía radiodifusora MAS CANDELA S.A., continuar haciendo un uso legítimo de las frecuencias que venía operando, producto del título habilitante otorgado el 23 de mayo de 1995.

Así también el ACTO DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZ02-AI-2023-005 de 10 de marzo de 2023, tiene como principal fundamento el Informe de Control Técnico Nro. IT-CZ02-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021, elaborado por el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, mismo que concluye:

"(...) 7.1. Con base en los monitoreos que se detallan en el presente informe, se determina que la estación de radiodifusión denominada "MAS CANDELA" de la RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. continúa operando hasta la presente fecha; y, por tanto, se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7 MHz en la ciudad de Quito. (...). siendo el periodo de monitoreo del mencionado informe

Página 7 de 16

del 01 de abril al 22 de junio de 2022; periodo durante el cual como se ha indicado y demostrado en más de una ocasión en el presente documento se encontraba vigente la medida cautelar dispuesta por el Juez de Chone, mediante sentencia emitida y notificada el 15 de enero de 2021 y ratificada por la Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí; es decir que la compañía **RADIODIFUSORA MAS CANDELA**, se encontraba haciendo un uso legítimo de las frecuencias al encontrarse amparada por la decisión de la Autoridad correspondiente.

Es decir que la operación reportada en el Informe de Control Técnico Nro. IT-CZ02-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021, correspondía a que efectivamente la compañía radiodifusora **MASCANDELA S.A.**, se encontraba amparada para poder realizar un uso legítimo de las frecuencias y por ende mi representada no ha incurrido en ninguna actividad que podría ser considerada como una infracción a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Siendo importante considerar que luego del 21 de junio de 2022, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dispuso únicamente que se deje de operar las frecuencias de Guayaquil, Santo Domingo y Cuenca, lo cual se lo cumplió de forma inmediata, mientras que para la frecuencia de Quito, no se ha recibido hasta la presente fecha disposición alguna, por lo que a fin de garantizar la continuidad del servicio, en las demás repetidoras asignadas y respecto de las cuales no se ha recibido disposición alguna por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se ha continuado transmitiendo y generando programación regular hecho por demás conocido y aceptado por la propia Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, tanto así que hasta la fecha se está facturando el uso mensual de varias frecuencias incluida la de la ciudad de Quito, y en el caso de esta última inclusive se ha solicitado la renovación de la garantía presentada dentro del proceso público competitivo del año 2020, encontrándonos al día en estos pagos; por lo que llama la atención que a pesar de que como se ha demostrado en líneas anteriores, no haber recibido la disposición de apagar la misma ahora se nos pretenda imponer una Sanción Administrativa por su utilización. (El énfasis y subrayado me corresponde).

Es preciso considerar que el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, dispone que la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración; ya que en el presente caso al no manifestar nada en relación a la frecuencia de Quito, ha sido la propia Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones quien ha generado la expectativa de que la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.**, pueda seguir operando la misma; actividad que se la realiza amparado en el artículo 39 de la norma *Ibídem*, ya que no se ha recibido disposición expresa a partir del 21 de junio de 2022, para que la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.** deje de transmitir programación regular en la frecuencia 107,7 MHz de la ciudad de Quito, como si ha sucedido con otras frecuencias.

Debiendo considerarse que en el caso de que la falta de notificación se deba a un error cometido por el servidor responsable de notificar decisión alguna respecto de la frecuencia señalada en el párrafo anterior, esto no tiene por qué devenir en la imposición de una Sanción Administrativa, lo cual afectaría a la compañía que represento, ya que como se lo ha señalado en reiteradas ocasiones y así se ha demostrado, mi representada ha sido siempre cumplidora de lo dispuesto por la Autoridad competente, además que el Código Orgánico Administrativo de forma expresa dispone que **los administrados no debemos ser perjudicados por los errores cometidos por la administración.** (El énfasis y subrayado me corresponde)”

3.2. DILIGENCIAS EVACUADAS EN EL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN.-

- En el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2023-0235 de 02 de junio de 2023, elaborado por el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, desde el ámbito técnico en el numeral 5 Conclusiones, al respecto indica:

“(…)

- a) Con base en lo desarrollado en los literales del a) al f) del numeral 3.1 del presente informe, se determina que el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 elaboró el Informe de Control Técnico Nro. IT-CZO2-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021 en atención a lo requerido por la Dirección Técnica de Control

Página 8 de 16

del Espectro Radioeléctrico en Memorando Nro. ARCOTEL-CCDE-2021-0895-M de 07 de mayo de 2021; posteriormente, procedió conforme las directrices emitidas por la Coordinación Técnica de Control en Memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2021-1937-M de 31 de agosto de 2021; y, finalmente, suministró a la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 las respuestas recibidas por parte de las Unidades pertinentes de la ARCOTEL, para el análisis jurídico respectivo.

b) La compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., en la página 20/25 de su escrito de contestación registrado mediante Documento Nro. ARCOTEL-DEDA-2023-004211-E de 23 de marzo de 2023, indica: "(...) la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., continuó haciendo uso legal de las frecuencias, en cumplimiento de lo dispuesto dentro de la Acción de Protección antes citada, ya que la medida cautelar citada en párrafos anteriores y vigente a partir del 15 de enero de 2021, claramente señalaba que las frecuencias que se encontraba utilizando la compañía que represento no podían ser adjudicadas y por ende conforme lo señalaban las bases del proceso público competitivo del año 2020, correspondía continuar utilizándolas (...).Es importante considerar que la medida cautelar dispuesta, fue levantada mediante providencia de 21 de junio de 2022 (...)"

Por tanto, dado que la Dirección de Patrocinio y Coactivas, con Memorando Nro. ARCOTEL-CJDP-2021-0680-M de 21 de septiembre de 2021, informó: "...que el representante legal de la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., presentó una Acción de Protección, con fecha 20 de diciembre de 2020, la misma que fue signada con el número 13282-2020-01205 (...)", no es procedente un pronunciamiento técnico de los descargos presentados, así como tampoco el realizar un análisis de las atenuantes y agravantes. (Las negrillas y lo subrayado fuera de texto original)

• En el Informe Jurídico No. IJ-CZO2-C-2023-017 de 09 de junio de 2023, elaborado por el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en el numeral 5 respecto al análisis de atenuantes y agravantes, desde el ámbito jurídico e indica:

"(...) Conforme lo sustanciado en la etapa de instrucción del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005, de fecha 10 de marzo de 2023, en virtud de que la administración emitió el oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2021-0976-OF de 29 de abril de 2021, realizó el informe técnico Nro. IT-CZO2-C-2021-0427 de fecha 23 de junio de 2021, y dispuso el inicio de una actuación previa y de un procedimiento administrativo sancionador, mientras se encontraba vigente la medida cautelar otorgada a favor de la compañía radiodifusora MASCANDELA S.A., la misma que fue levantada y se dictó su archivo, con auto de 21 de junio de 2022, conforme razón sentada por la Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el Cantón Chone, no procede el análisis de las atenuantes y agravantes establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.(...)" (Las negrillas y lo subrayado fuera de texto original)

Por estas circunstancias y con sustento en lo señalado en el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2023-0235 de 02 de junio de 2023, elaborado por el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL y el Informe Jurídico No. IJ-CZO2-C-2023-017 de 09 de junio de 2023 realizado por el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, detallados en líneas anteriores, dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, no procede el análisis de las atenuantes y agravantes establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La Compañía Radiodifusora MASCANDELA S.A., mediante ingreso, Documento Nro. ARCOTEL-DEDA-2023-009054-E de 14 de junio de 2023, presenta su pronunciamiento sobre el Informe Técnico No. IT-CZO2-C-2023-0235 de 02 de junio de 2023, elaborado por el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL y el Informe Jurídico No. IJ-CZO2-C-2023-017 de 09 de junio de 2023 realizado por el Área Jurídica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL emitidos dentro del Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005 de 10 de marzo de 2023, manifestando en lo principal:

A fojas 6 manifiesta:

"(...) "Artículo 179.- Caducidad. Una vez iniciadas las actuaciones previas sobre algún asunto determinado, la decisión de inicio del procedimiento administrativo se notificará a la persona interesada en el plazo de seis meses contados desde el acto administrativo con el que se ordenan

las actuaciones previas, a cuyo término caduca el ejercicio de la potestad pública sancionadora, determinadora o cualquier otra, de carácter gravoso.”. (Énfasis fuera de texto)

Toda vez que el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005, señala que el inicio de la Actuación Previa No. AP-CZO2-2022-036 es del 18 de mayo de 2022, es decir que ha transcurrido en exceso el plazo establecido en el párrafo anterior, ya que los seis meses con los que contaba la administración para notificar la decisión de inicio del procedimiento administrativo sancionador caducaron el 18 de noviembre de 2022; en virtud de lo cual conforme lo señala la norma ha caducado el ejercicio de la potestad pública sancionadora, correspondiendo en este caso de conformidad con el número 5 del artículo 201 del Código Orgánico Administrativo disponer la terminación del procedimiento administrativo, al haber conforme se ha demostrado caducado la potestad pública sancionadora.(...)”

ANÁLISIS:

Respecto a la aplicación de las infracciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se tiene que la Procuraduría General del Estado mediante el oficio No. 00597 de 12 de septiembre de 2018, emitió su criterio en respuesta al oficio No. ARCOTEL-ARCOTEL-2018-0286-OF de 23 de agosto de 2018, mediante el cual se realizó la siguiente consulta:

“(...) ¿Si los artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones hablan de infracciones de Primera, Segunda, Tercera y Cuarta clase y la prescripción extintiva de la facultad sancionadora prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo - COA aplica a infracciones Leves, Graves y Muy Graves, la aplicación de la figura legal de prescripción prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo en los proceso (sic) administrativos sancionadores tramitados en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, debería ser aplicada por la Autoridad de Telecomunicaciones, estableciendo ARCOTEL una equivalencia entre las infracciones de la LOT (Primera, Segunda, Tercera y Cuarta clase) y las infracciones del COA (Leves, Graves y Muy Graves); o si, para el caso concreto de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones la prescripción simplemente no existe en virtud de la derogatoria expresa del artículo 135 de la mencionada Ley.” (...)

En este sentido, la respuesta de la Procuraduría General del Estado fue:

“(...) Del análisis jurídico efectuado se observa que, existe falta de armonía entre los artículos 117, 118, 119, (sic,) y 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que tipifican infracciones administrativas de primera, segunda, tercera y cuarta clase con sus correspondientes sanciones, por una parte; y, por otra el artículo 245 del COA que, al reglar la prescripción del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora establece plazos distintos según se trate de infracciones leves, graves o muy graves.

Es pertinente considerar adicionalmente que, la infracción administrativa y la correspondiente sanción, son elementos que integran la tipificación en la forma prevista por el artículo 29 del COA, cuyo inciso final prohíbe en esta materia la aplicación analógica y la interpretación extensiva. (El énfasis y subrayado me pertenece)

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de conformidad con la Disposición Transitoria Novena del Código Orgánico Administrativo, compete a la Asamblea Nacional armonizar y adecuar el ordenamiento jurídico al Código Orgánico Administrativo, que permita subsanar cualquier falta de armonía normativa con otras leyes específicas que prevean la tipificación de sanciones para efectos de la aplicación de los plazos de prescripción establecidos en el artículo 245 del COA, en concordancia con lo previsto en su artículo 29 (...).”

Es necesario puntualizar que el propio Procurador General del Estado en el texto del Oficio No. 00597 de 12 de septiembre de 2018, menciona que al oficio No. ARCOTEL-2018-0286-OF de 23 de agosto de 2018, se acompaña el criterio jurídico institucional No. ARCOTEL-CJUR-2018-0004 de 2 de julio de 2018, suscrito por el Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL, que contiene el análisis jurídico sobre el tema materia de consulta. Adicionalmente, el Procurador expresa que:

“(…) De los antecedentes expuestos se aprecia que, su nueva consulta trata sobre la aplicación del artículo 245 del Código Orgánico Administrativo, (...). El artículo 245 del Código Orgánico Administrativo, (en adelante COA), sobre cuya aplicación trata la consulta, establece tres distintos plazos de prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora; según se trate infracciones leves, graves o muy graves, respectivamente, como se aprecia de su tenor: (...) En relación al artículo 245 del COA, el Coordinador General Jurídico de la entidad consultante manifiesta que: “(...) **se debe considerar que el citado artículo 245 desarrolla tres puntos para aplicar la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora, basados en clases de infracciones, leves, graves y muy graves, lo cual difiere con el desarrollo de las infracciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...)**” Cita los artículos 117, 118, 119 y 120 de esa Ley Orgánica (...)” que establecen la clasificación de las infracciones específicas en materia de telecomunicaciones; y sobre dicha base concluye lo siguiente:

En orden a los antecedentes y análisis expuestos, es criterio de la Coordinación General que la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo COA, no aplica a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en consideración a que las infracciones previstas en los artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones son tipificadas como Primera Clase, Segunda Clase, Tercera Clase y Cuarta Clase y no como leves, graves y muy graves; sin embargo, al haberse derogado de manera expresa el artículo 135 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, quedaría en un vacío el tiempo de prescripción de estas 4 clases de infracciones (...).”

En este sentido el errado argumento de la compañía radiodifusora MASCANDELA S.A., carece de lógica jurídica y no es procedente.

3.3. CONCLUSIÓN, PRONUNCIAMIENTO O RECOMENDACIÓN DEL DICTAMEN Nro. FI-CZO2-D-2023-014 DE 16 DE JUNIO DE 2023

En la etapa de instrucción del **procedimiento administrativo sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005** de 10 de marzo de 2023, el órgano instructor realizó el análisis de las pruebas de cargo y de descargo presentadas en el presente procedimiento administrativo sancionador. La Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, concluyó y recomendó en su parte pertinente lo siguiente:

“Conforme lo sustanciado en la etapa de instrucción del **procedimiento administrativo sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005** de 10 de marzo de 2023, verificadas las disposiciones legales establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como analizadas las pruebas de cargo y descargo en el presente procedimiento administrativo sancionador, la Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, luego del análisis respectivo, en primera instancia se debe considerar que el juzgamiento de la presunta conducta infractora por la cual se dio inicio al procedimiento en cuestión ocurre en razón de los hechos reportados con memorando **Nro. ARCOTEL-CZO2-2022-0134-M** de 27 de enero de 2022, suscrito por el Responsable del Proceso de Gestión Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, de acuerdo con el Informe de Control Técnico **Nro. IT-CZO2-C-2021-0427** de 23 de junio de 2021, imputado a la compañía radiodifusora MASCANDELA S.A., en el numeral 7 concluye manifestando entre otros asuntos que: “(...) 7.1. Con base en los monitoreos que se detallan en el presente informe, se determina que la estación de radiodifusión denominada “MÁS CANDELA” de la RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. continúa operando hasta la presente fecha; y, por tanto, se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7 MHz en la ciudad de Quito (...)”.

Es necesario señalar que tanto el oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2021-0976-OF de 29 de abril de 2021, mediante el cual el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes notificó a la compañía radiodifusora MASCANDELA S.A., la finalización de prórroga del contrato de concesión de la frecuencia 107.7 MHz, con área de operación MEJÍA-PEDRO MONCAYO RUMIÑAHUI-QUITO-CAYAMBE, el informe de control técnico Nro. IT-CZO2-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021, el memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2021-1937-M de 31 de agosto de 2021, y las actuaciones previas que dieron origen al acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador, fueron notificados, y realizados respectivamente, mientras se encontraba vigente la medida cautelar otorgada por el Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el Cantón Chone, a favor de la compañía radiodifusora MASCANDELA S.A., misma que fuere

Página 11 de 16

levantada y archivada mediante auto de 21 de junio de 2022, conforme las copias certificadas de las sentencias y de medidas cautelares emitidas dentro del juicio Nro. 13282-2020-01205 y que constan del expediente. (Lo subrayado me pertenece).

La Función Instructora de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, afirma además que en la sustanciación del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se ha asegurado el derecho al debido proceso del administrado consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, de manera particular, las garantías básicas constantes en el artículo 76 de la Carta Fundamental, de manera particular el número 7, letras b), c) y h), se ha actuado conforme lo dispone el artículo 226, y se ha garantizado el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento administrativo sancionador establecido en el artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como también, se han respetado las formalidades y el procedimiento establecidos en la Constitución, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, reglamentos y normas aplicables; por lo que, no habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar la validez de todo lo actuado, se recomienda declarar la validez del presente Procedimiento Administrativo Sancionador.

*Adjunto al presente Dictamen se remite el expediente administrativo correspondiente al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador **Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005** de 10 de marzo de 2023, para conocimiento y análisis por parte de la Función Sancionadora de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones previo a emitirse la Resolución que en derecho corresponde. Por lo expuesto, se recomienda a la Función Sancionadora acoger el presente Dictamen y se **abstenga de sancionar** a la compañía radiodifusora MASCANDELA S.A.”*

Adjunto al Dictamen, la Función Instructora remitió el expediente administrativo correspondiente al **Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005** de 10 de marzo de 2023, previo a emitirse la respectiva Resolución por parte de la Función Sancionadora de la Coordinación Zonal 2.

4. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE:

El procedimiento administrativo sancionador inicia con fundamento en el hecho reportado en el **Nro. IT-CZO2-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021**, elaborado por el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en el que se concluye en su parte pertinente, lo siguiente:

“7.1. Con base en los monitoreos que se detallan en el presente informe, se determina que la estación de radiodifusión denominada “MÁS CANDELA” de la RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. continúa operando hasta la presente fecha; y por tanto, se encuentra haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7 MHz en la ciudad de Quito.”

El 09 de marzo de 2021 dentro del proceso 13282-2020-01205, la “UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CHONE”, dictaminó:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, ACEPTA la ACCION DE PROTECCIÓN N°13282-2020-01205 propuesta por el señor NUSSBAUM RUF BERNARDO, con cédula de ciudadanía 1703840981, ecuatoriano, de 61 años de edad, de estado civil soltero, en calidad de GERENTE GENERAL DE LA COMPAÑÍA RADIOFUSURA MASCANDELA S.A., con domicilio en la calle Pedro Gual Número 1008 intersección García Moreno frente al Almacén MR. COMPU de la ciudad de Portoviejo, con cobertura en esta ciudad de Chone con la frecuencia 96.9 , en contra de RODRIGO XAVIER AGUIRRE POZO, en su calidad de DIRECTOR EJECUTIVO DE LA AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL y el Procurador General Del Estado; por existir la concurrencia del requisito para la procedencia de la acción señalado en el numeral 1 del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en los siguientes términos: 1.- Declarar la existencia de un acto administrativo que menoscabó y anuló el ejercicio y goce del reconocimiento del DERECHO A LA IGUALDAD reconocido en la Constitución de la República del Ecuador.- 2. Declarar la vulneración del DERECHO A IGUALDAD al señor NUSSBAUM RUF BERNARDO, en calidad de GERENTE GENERAL DE LA COMPAÑÍA RADIOFUSURA MASCANDELA S. A.- a) Se

Página 12 de 16

resuelve la vulneración del derecho constitucionales como es el PRINCIPIO DE IGUALDAD y SE DECLARA INCONSTITUCIONAL EL CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN de fecha Distrito Metropolitano de Quito, a 27 de noviembre del 2020- emitida por RODRIGO XAVIER AGUIRRE POZO , en su calidad de DIRECTOR EJECUTIVO DE LA AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL, en la que resuelve NEGAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION Y QUE RATIFICA EL OFICIO N°ARCOTEL-CTHB-2020-1259-OF de fecha 28 de julio del 2020, emitido por el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en la que DESCALIFICAN su PARTICIPACION.- **COMO MEDIDA CAUTELAR SE DISPONE LO SIGUIENTE: QUE ARCOTEL SE ABSTENGA DE ASIGNAR LA FRECUENCIA, MATRIZ Y SUS RESPECTIVAS REPETIDORAS QUE ACTUALMENTE TIENE LA COMPAÑÍA MAS CANDELA CALIFICANDOLA EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LAS DE LA EMPRESA RADIODIFUSORA SOL EQUINOCCIAL S.A Y NO SE OTORQUE LA FRECUENCIA A OTRA INSTITUCION.**- Como medida de REPARACIÓN INTEGRAL y en ejercicio de aplicación del Art. - 5 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se dispone que **RODRIGO XAVIER AGUIRRE POZO, en su calidad de DIRECTOR EJECUTIVO DE LA AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL o de quien se encuentre a cargo actualmente, dé cumplimiento a todo lo ordenado en la presente sentencia.**-” (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original), lo cual fuere ratificado por la sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, mediante sentencia emitida el 11 de mayo de 2021.

Conforme se desprende del Sistema SATJE, **con auto dictado el 21 de junio de 2022 por el Juez Constitucional de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Cantón Chone se revocó la medida cautelar otorgada a RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., en atención a que la ARCOTEL dio cumplimiento a lo dispuesto por el juez constitucional.**

Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone lo siguiente: **“Art. 35.- Revocatoria.- La revocatoria de las medidas cautelares procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en esta ley o se demuestre que no tenían fundamento. En este último caso, la persona o institución contra la que se dictó la medida podrá defenderse y presentar los hechos o argumentos que sustenten la revocatoria de la medida cautelar. Para que proceda la revocatoria, la institución o persona a quien se haya delegado o las partes, deberán informar a la jueza o juez sobre la ejecución de las medidas. (...)”** (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original)

La revocabilidad de una medida cautelar deviene como consecuencia de la mutabilidad y la provisionalidad de la misma, entendiéndose que las circunstancias que motivaron pueden variar, ya que estas responden a un determinado hecho que para el juzgador existe al momento de su adopción. Es por esto que **las medidas cautelares están siempre destinadas a durar un tiempo determinado.**

En consecuencia de lo expuesto la medida cautelar en alusión en el caso en análisis se encontró vigente desde el 09 de marzo de 2021 hasta el 21 de junio de 2022. El inicio del procedimiento administrativo sancionador se dictó sobre la base del informe de control técnico No. IT-CZO2-C-2021-0427 de 23 de junio de 2021, es decir fecha en la cual se encontraba vigente la medida cautelar otorgada dentro del Juicio Nro.13282-2020-01205 a favor de RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., por lo que a la fecha de la realización de las acciones de control por parte del área técnica de la ARCOTEL no podía configurarse aún la infracción.

Por lo tanto, no corresponde que la Autoridad se abstenga de sancionar al no proceder la valoración de atenuantes y agravantes en el presente procedimiento administrativo sancionador, sino la revisión de la existencia de la infracción por iniciarse el procedimiento administrativo sancionador cuando se encontraba vigente una medida cautelar dispuesta por un juez constitucional.

Sin embargo de lo expuesto, una vez revocada la medida cautelar no existe amparo jurídico para que RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. continúe haciendo uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7MHz en la ciudad de Quito. Cabe indicarse que la constante presentación de recursos administrativos no suspende la ejecutividad de los actos administrativos. Por lo que la interposición de recursos, no afecta la ejecutividad del acto administrativo emitido por la ARCOTEL, específicamente se hace mención a la Resolución Nro. ARCOTEL-2021-0247 de 10 de febrero de 2021, la cual se encuentra en conocimiento de

RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. y mediante la cual se adjudicó a favor del señor CHARLES EDISSON ESCOBAR TERAN la concesión de frecuencias con cobertura principal en Quito y demás zonas de cobertura señaladas en el artículo dos de la citada Resolución, para el funcionamiento de una estación matriz del sistema de radiodifusión sonora denominado "RADIO EVOLUCIÓN" en la frecuencia 107.7 MHz.

Se debe indicar que el artículo 40 del Código Orgánico administrativo dispone: "*Art. 40.- Abstención de conductas abusivas del derecho. Las personas ejercerán con responsabilidad sus derechos, evitando conductas abusivas. Se entiende por conducta abusiva aquella que, fundada en un derecho, causa daño a terceros o al interés general.- Las personas se abstendrán de emplear actuaciones dilatorias en los procedimientos administrativos; de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos; o formular afirmaciones temerarias u otras conductas contrarias al principio de buena fe.*"

Cabe recalcar que la Resolución ARCOTEL-2021-0247 se emitió el 10 de febrero de 2021 por lo que la frecuencia 107.7 (MHz) en Quito y demás zonas de cobertura, ya se encontraba adjudicada al señor CHARLES EDISSON ESCOBAR TERAN, esto es previo a la vigencia de la medida cautelar ordenada por el juez constitucional, por lo que una vez revocada la medida RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. no tiene amparo legal para incumplir la disposición de cese de operaciones en la frecuencia 107.7MHz ordenada por la Autoridad de Telecomunicaciones, a lo cual se ha efectuado una insistencia con oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2023-1189-OF de 21 de abril de 2023, mediante el que la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, en delegación de la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, dispone al señor Bernardo Nussbaum, representante legal de RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A. lo siguiente:

*"Por lo expuesto, y **una vez que ha sido levantada la medida cautelar vigente hasta el 21 de junio de 2022**, ejecutoriada el 09 de agosto de 2022, en ejercicio de las atribuciones, responsabilidades y delegación de la Dirección Ejecutiva de esta Agencia, **se le insiste en dar cumplimiento inmediatamente a lo dispuesto en el oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2021-0976-OF de 29 de abril de 2021, esto es, dejar de operar y transmitir programación regular en razón de la finalización de prórroga del contrato de concesión suscrito el 23/05/1995 y vigente hasta el 23/05/2015, con la compañía RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A., respecto a la frecuencia repetidora 107.7 MHz de la ciudad de Quito.**"* (Lo resaltado y subrayado fuera del texto original)

5. LAS MEDIDAS CAUTELARES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFICACIA

En el presente caso, la Autoridad competente de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, no ha adoptado ninguna de las medidas cautelares establecidas en el artículo 189 del Código Orgánico Administrativo.

6. NO ACEPTACIÓN DE HECHOS DISTINTOS. -

Se deja expresa constancia que en la presente Resolución no se han aceptado hechos distintos a los determinados en el curso del procedimiento administrativo sancionador.

7. AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER.-

Con providencia **Nro. ARCOTEL-CZO2-PR-2023-119 de 30 de junio de 2023** la Función Sancionadora de la ARCOTEL amplió el plazo para resolver por 2 meses a partir del 30 de junio de 2023, lo cual fue debidamente notificado al representante legal de la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.**

8. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE. -

El artículo 10 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que el organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador es el competente para aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley, el presente Reglamento General y en los títulos habilitantes; puede contar con oficinas desconcentradas y que la competencia para el

Página 14 de 16

ejercicio de la potestad sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda.

Así también, en el artículo dos de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0682 de 26 de agosto de 2019, la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL dispuso a los/las Directores/as Técnicos Zonales de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en su parte pertinente, lo siguiente: “(...) *que a más de las atribuciones y responsabilidades establecidas en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos, ejerzan la función sancionadora respecto de los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes a su jurisdicción, conforme lo establecido en los artículos 248 y 260 del Código Orgánico Administrativo; para el efecto, deberán emitir y suscribir todos los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de dichas funciones.*”, por lo que la Directora Técnica Zonal 2 es competente para ejercer la función sancionadora respecto de los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes a su jurisdicción.

Con acción de personal No. 249 de 08 de septiembre de 2020, el Director Ejecutivo de la ARCOTEL designó a la Mgs. María Teresa Avilés Burbano en calidad de DIRECTORA TÉCNICA ZONAL 2 de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Con base en las anteriores consideraciones y análisis, en ejercicio de sus competencias y atribuciones legales, observando los requisitos y formalidades del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Código Orgánico Administrativo, esta Autoridad expide el presente acto administrativo en el que:

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER PARCIALMENTE, el **DICTAMEN No. FI-CZO2-D-2023-014 DE 16 DE JUNIO DE 2023**, emitido por el Responsable de la Función Instructora de los procedimientos administrativos sancionadores de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

Artículo 2.- DECLARAR LA INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN en el proceso administrativo sancionador **Nro. ARCOTEL-CZO2-AI-2023-005** de 10 de marzo de 2023, seguido en contra de la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.** por haberse iniciado cuando se encontraba vigente una medida cautelar dentro del proceso del 13282-2020-01205, en la “UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CHONE”, la cual estuvo vigente desde el 09 de marzo de 2021 hasta el 21 de junio de 2022.

Artículo 3.- DISPONER, a la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.**, observe las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General de aplicación, y demás normativa vigente aplicable.

Artículo 4.- DISPONER, a la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.**, cumpla con las disposiciones emitidas por la Autoridad de Telecomunicaciones competente, incluida la dispuesta en con oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2023-1189-OF de 21 de abril de 2023.

Artículo 5.- DISPONER, a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes para que a través de la Dirección de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, efectúe el cálculo de los valores que la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.** podría adeudar al Estado ecuatoriano por concepto de uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 107.7MHz en la ciudad de Quito en razón de la terminación de la prórroga de su contrato de concesión; y en caso de determinarse valores pendientes de pago se notifique a la Coordinación General Administrativa Financiera para la gestión de cobro que corresponda.

Artículo 6. INFORMAR, a la compañía **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.**, que tiene derecho a impugnar este acto administrativo y presentar los recursos de apelación o extraordinario de revisión ante la Máxima Autoridad, previstos en el Código Orgánico Administrativo en la vía administrativa o ante los correspondientes órganos de la Función Judicial conforme lo dispuesto en el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador.

Artículo 7.- DISPONER a la servidora pública responsable de efectuar las notificaciones de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, notifique con el contenido de la presente Resolución al prestador del servicio de radiodifusión abierta **RADIODIFUSORA MASCANDELA S.A.**, a través de su Representante Legal señor NUSSBAUM RUF BERNARDO, a las direcciones de correo electrónico registradas en la ARCOTEL e indicadas para notificaciones: mascandelafm@gmail.com; admin@mascandela.com; andradelenin1@gmail.com, así como también a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, Coordinación General Administrativa Financiera, Dirección de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, y a la Responsable de la Unidad de Comunicación Social de la ARCOTEL para su publicación en la página web institucional.

Notifíquese y Cúmplase. –

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 31 de agosto de 2023.

**ING. MARÍA TERESA AVILÉS BURBANO MSc.
DIRECTORA TÉCNICA ZONAL 2
-FUNCIÓN SANCIONADORA-
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**