

RESOLUCIÓN No. 339-12-CONATEL-2010

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONATEL

CONSIDERANDO:

Que, el Art 226 de la Constitución de la República establece *"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."*;

Que, el Art. 76 de la misma norma establece que *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso..."*;

Que, los Arts. 13 y 14 del Decreto Ejecutivo No. 008, publicado en Registro Oficial número 10 de 24 de Agosto de 2009, disponen: *"Art. 13.- Fusiónesse el Consejo Nacional de Radio y Televisión -CONARTEL- al Consejo Nacional de Telecomunicaciones-CONATEL."* *"Art 14.- Las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones constantes en leyes, reglamentos y demás instrumentos normativos y atribuidas al CONARTEL serán desarrolladas, cumplidas y ejercidas por el CONATEL, en los mismos términos constantes en la Ley de Radiodifusión y Televisión y demás normas secundarias."*;

Que, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en Resolución número 246-11-CONATEL-2009, publicada en Registro Oficial número 34 de 25 de Septiembre de 2009, autorizó al Secretario Nacional de Telecomunicaciones para sustanciar, de manera directa, los reclamos, apelaciones y demás recursos administrativos que se presentaron ante el CONARTEL y que no han sido resueltos, como aquellos que se presenten ante el CONATEL, para que una vez evacuado el procedimiento, poner a consideración y probación del CONATEL la resolución correspondiente;

Que, el Art. 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, dispone que *"El plazo de instalación será de un año. De no efectuársela, la concesión revertirá al Estado, previa la resolución correspondiente."*

Que, el Art. 38 del Reglamento para Sistemas de Audio y Video por Suscripción, publicado en Registro Oficial 325 de 24 de Noviembre de 1999, dispone que *"El término de las concesiones y revocatoria de la autorización para instalar, operar y explotar un sistema de Audio y Video por suscripción se sujetará a las disposiciones vigentes del Art. 67 reformado de la Ley de Radiodifusión y Televisión."*

Que, el Art. 67, literal d) y el inciso segundo, de la Ley de Radiodifusión y Televisión reza que *"La concesión de canal o frecuencia para la instalación y funcionamiento de una estación de radiodifusión y televisión, termina: (...) d) Por incumplimiento en la instalación dentro del plazo, que de conformidad con el Reglamento, concediere el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones. (...) Para que proceda la terminación de la concesión, el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, notificará al concesionario para que, en el término de treinta días, ejerza su defensa y presente las pruebas que la Ley le faculta. Con estos antecedentes, este organismo emitirá su resolución en el término de quince días, la que le será notificada al concesionario en el término de tres días. El concesionario tendrá derecho, en el término de ocho días, a solicitar que el Consejo revea su decisión, el cual podrá ratificarla, revocarla o modificarla, en el término de quince días. Si esta segunda resolución le es también desfavorable, el concesionario podrá recurrir ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, conforme a la Constitución Política de la República y la Ley. La omisión del Consejo en pronunciarse en dicho término dará derecho al concesionario para interponer este recurso."*

Que, el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone: *“Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.”*

Que, la Dirección General de Gestión de los Servicios de Telecomunicaciones en Memorando número DGGST-2010-0371 informa que el sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, denominado AEROZAR, que sirve a la ciudad de Puerto Ayora, Provincia de Galápagos, no opera de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión. Además se constata que el concesionario no cumplió con la regla contenida en el Art. 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, referente al plazo en que debió iniciar operaciones.

Que, con fecha 05 de Mayo de 2006 se suscribió contrato a favor del señor Holguer Kennedy Velastegui Ramírez, con el fin que el prenombrado instale opere y explote un sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, con 31 canales, denominado AEROZAR, en la ciudad de Puerto Ayora, Provincia de Galápagos.

Que, mediante comunicación dirigida a la Superintendencia de Telecomunicaciones recibida en esa Institución con fecha 20 de Noviembre de 2008, el señor Holguer Kennedy Velastegui Ramírez solicita se realice la inspección del funcionamiento de AEROZAR en razón de encontrarse sirviendo a la ciudad de Puerto Ayora, a fin que realizada esta diligencia se suscriba el acta de inicio de operaciones.

Que, en Oficio número DIG-2008-0032 de 30 de Diciembre de 2008, aparece la respuesta dada por la Delegación Regional Galápagos de la Superintendencia de Telecomunicaciones al pedido formulado por el concesionario de inspección a sus instalaciones y firma del acta de inicio de operaciones. En dicho documento se negó dicha solicitud por no hallarse cumplidas las exigencias legales.

Que, por medio de Oficio No. ITC-1333 de 30 de Abril de 2008, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió al CONARTEL un listado de las estaciones de radiodifusión y televisión que no operan desde su concesión, entre las que consta el sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, denominado AEROZAR, por lo que recomendó al ex Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión inicie el trámite de terminación de contrato de autorización suscrito el 05 de Mayo de 2006, y la respectiva reversión de la frecuencia al Estado.

Que, en Memorando número DIG-2009-0354 de la Delegación Regional de Galápagos de la Superintendencia de Telecomunicaciones dirigido al Intendente Técnico de control, fechado el 12 de Mayo de 2009 se lee que *“Actualmente el sistema se encuentra operando al margen de la suscripción del acta de puesta en operación, factores por lo que es indispensable contar con el pronunciamiento definitivo del CONARTEL a fin de ejecutar el control de conformidad.”*

Que, por medio oficio número ITC-2010-0896 de 31 de Marzo de 2010, la Intendencia Técnica de Control de la Superintendencia de Telecomunicaciones envía a la Presidencia del CONATEL el informe técnico número IN-DIG-2010-0038, efectuado tras una inspección al sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, denominado AEROZAR.

En este documento se concluye que *“AEROZAR se encuentra operando con el head end ubicado en lugar diferente a lo autorizado, motivo por el cual no se ha firmado el acta de puesta en operación.”*

Que, del análisis de los documentos aparece que el concesionario suscribió su contrato para instalar, operar y explotar el sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, con 31 canales, denominado AEROZAR, en la ciudad de Puerto Ayora, Provincia de Galápagos, 05 de Mayo de 2006, razón por la cual, al

tenor de lo establecido en el Art. 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, debía iniciar operaciones hasta el 05 de Mayo de 2007, dado que la norma mencionada dispone: *"El plazo de instalación será de un año. De no efectuársela, la concesión revertirá al Estado, previa la resolución correspondiente."*

Plazo que en ningún caso es susceptible de ser prorrogado, conforme lo analiza la Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en Oficio número 08763 de 13 de Agosto de 2009, publicado en Registro Oficial 69 de 18 de Noviembre del mismo año, refiriéndose a este tema, dijo: *"1.- De las normas analizadas se desprende que la posibilidad de prorrogar el plazo de instalación, fue eliminada del texto de la ley y en consecuencia no procede prorrogar o ampliar dicho plazo, lo que determina que el periodo de tiempo que establece el actual artículo 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, debe ser entendido como un límite máximo para que el concesionario efectúe la instalación de la estación, conforme consta además en la cláusula novena del formato de contrato aprobado por el CONARTEL."*

Hecha esta primera precisión es importante determinar si el concesionario se halla en operación, desde el punto de vista jurídico

Que, conforme quedó anotado anteriormente, mediante comunicación dirigida a la Superintendencia de Telecomunicaciones recibida en esa Institución con fecha 20 de Noviembre de 2008, el señor Holguer Kennedy Velastegui Ramírez solicita se realice la inspección del funcionamiento de AEROZAR en razón de encontrarse sirviendo a la ciudad de Puerto Ayora, a fin que realizada esta diligencia se suscriba el acta de inicio de operaciones.

Dicha comunicación debe ser tenida como aviso de inicio de operaciones, en la forma establecida en el inciso primero del Art. 29 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión, que reza: *"El concesionario notificará por escrito a la Superintendencia de Telecomunicaciones la fecha de inicio de emisiones de prueba de la estación, por lo menos con 15 días de anticipación. La Superintendencia de Telecomunicaciones realizará las inspecciones y comprobación técnica necesarias para determinar las características de instalación y operación de la estación. De no existir observación alguna al respecto solicitará al concesionario el título de propiedad de los equipos y una vez presentado procederá a la devolución de la correspondiente garantía. ."*

Sin embargo, considerando la fecha en que fue realizada la comunicación, se tiene que la misma fue extemporánea, pues el año de plazo que el concesionario tenía para realizar este acto feneció el 05 de Mayo de 2007; plazo que como queda indicado es de naturaleza improrrogable. En consecuencia, se debe considerar que el concesionario no inició operaciones en el plazo establecido en el Art. 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, por lo que el sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, con 31 canales, denominado AEROZAR, que presta servicios a la ciudad de Puerto Ayora, Provincia de Galápagos, ha incurrido en causal de terminación anticipada y unilateral del contrato determinada en el literal d) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

Que, la Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en Oficio número 08763 de 13 de Agosto de 2009, publicado en Registro Oficial 69 de 18 de Noviembre del mismo año, dice:

"A efectos de determinar la correcta aplicación del artículo 29 del reglamento, es pertinente distinguir el caso del concesionario que de conformidad con esa norma reglamentaria ha notificado a la SUPERTEL el inicio de emisiones de prueba, de aquel que no lo ha hecho."

Si el concesionario ha efectuado la notificación, la Superintendencia debe realizar las inspecciones y comprobación técnica respectivas dentro del plazo de 15 días, y en el evento de que existan observaciones, deberá conceder al concesionario plazo para subsanarlas, por hasta los 90 días que prevé el artículo 29 del reglamento. Este plazo no está incluido dentro del plazo de un año establecido para la instalación, ni debe considerarse como una prórroga del mismo."

En el evento en que el concesionario no hubiere notificado a la SUPERTEL el inicio de emisiones de prueba, una vez vencido el plazo legal de instalación, habría lugar a la reversión de la frecuencia, observando al efecto la disposición del literal d) del artículo 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión y Televisión, que establece como causa de terminación del contrato, el incumplimiento en la instalación dentro del plazo. No procede en consecuencia en este caso, que la Superintendencia efectúe inspección alguna, ni es procedente conceder el plazo previsto en el inciso segundo del artículo 29 del reglamento "

En el presente caso nos hallamos frente al segundo supuesto: el concesionario no notificó con el inicio de sus operaciones dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que suscribió sus contrato, razón por la cual se debe observar lo dispuesto en el literal d) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

Por tanto, si bien en la práctica es posible que el concesionario se halle operando, desde el punto de vista jurídico dicha operación no se produjo nunca, ya que el concesionario no cumplió con los plazos legales.

La Absolución de la Procuraduría General del Estado arriba citada es de obligatoria observación para el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, conforme lo establecido en el número 3 del Art. 237, el cual dispone que corresponde al Procurador General del Estado "*El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.*"

Que, por otra parte, las operaciones que realiza el concesionario –de manera extracontractual ya-, no se ajustan a los parámetros autorizados, toda vez que el informe técnico número IN-DIG-2010-0038, efectuado tras una inspección al sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, denominado AEROZAR, se observa lo siguiente.

DATOS DEL HEADEND		
	AUTORIZADO	UTILIZADO
Dirección del Headend:	CERRO CROCKER	Barrio "El Mirador"
Longitud:	90° 19' 27 00" W	90° 19' 41,9" W
Latitud:	00° 38' 28.00" S	00° 42' 46,6" S
Altura:	864 m snm	153 m snm
Área de Servicio:	Puerto Ayora	Puerto Ayora
Número de canales:	31 canales internacionales	31 canales (7 NACIONALES, 2 LOCALES, 22 INTERNACIONALES)

De donde se deriva que el concesionario tiene ubicado el Headend en el Barrio "El Mirador", sitio diferente al autorizado en el contrato de concesión, el Cerro Crocker, pues se observa que los parámetros referentes a dirección, longitud, latitud y altura autorizados para el Headend son por completo diferentes a los empleados de manera efectiva por el concesionario.

En razón de las divergencias en las fechas de inicio de operación y en el lugar de instalación del headend, no se ha suscrito el acta de inicio de operaciones por parte de la SUPERTEL.

Esta falta constituye violación al Art 23 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, norma que indica que "*El plazo de instalación será de un año. De no efectuársela, la concesión revertirá al Estado, previa la resolución correspondiente.*" Para que la instalación del sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, denominado AEROZAR, pueda considerarse como "*efectuada*", debe cumplir con los requerimientos y parámetros fijados en el contrato. Al no ser así, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones considera que no se ha efectuado tal instalación y en consecuencia que dicho sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción, no inició sus operaciones en el plazo de un año, conforme manda la disposición citada.



Que, la Contraloría General del Estado en el Informe Final del Examen de Auditoría, signado con el número DA1-0034-2007 de 08 de Noviembre de 2007, señaló una serie de recomendaciones a fin de transparentar la gestión de las telecomunicaciones. En lo referente a las áreas de radiodifusión y televisión, entre tales recomendaciones se halla la número 15, en la cual, se indica a los miembros del CONARTEL que "Aplicarán las disposiciones previstas en la Ley y su Reglamento, en los casos en que los concesionarios no cumplan con los plazos previstos en la Ley y los contratos, para la instalación y operación de las estaciones, *revirtiendo al Estado las respectivas frecuencias.*"

De dónde se desprende que la Contraloría General del Estado comparte el criterio arriba mencionado dictado por la Procuraduría General del Estado.

Lo determinado en la Recomendación citada debe ser atendido de manera ineludible, atento lo establecido en el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: "Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, *deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.*"

Razón por la cual se debe proceder conforme lo establecido en el inciso segundo del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, norma que es aplicable al caso en razón que el Art. 38 del Reglamento para Sistemas de Audio y Video por Suscripción, publicado en Registro Oficial 325 de 24 de Noviembre de 1999, dispone que "El término de las concesiones y revocatoria de la autorización para instalar, operar y explotar un sistema de Audio y Video por suscripción se sujetará a las disposiciones vigentes del Art. 67 reformado de la Ley de Radiodifusión y Televisión."

Que, la concesión de la que goza la recurrente se funda en un contrato, el cual, según la regla del Art. 1561 del Código Civil es una ley para las partes y el Art. 1562 añade que "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella".

De dicha norma se deriva, así como de los antecedentes que obran en los considerandos precedentes se tiene que el concesionario inobservó obligaciones que imponen la ley y el contrato, razón por la cual es procedente dar inicio al proceso de terminación anticipada y unilateral del mismo.

Que, la Dirección General Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, en Memorando número DGJ-2010-1198, recomendó se "debería proceder a iniciar el proceso de terminación anticipada y unilateral del contrato de concesión suscrito a favor del señor Holguer Kennedy Velastegui Ramirez, con el fin que el prenombrado instale opere y explote un sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, con 31 canales, denominado AEROZAR, en la ciudad de Puerto Ayora, Provincia de Galápagos, toda vez que el concesionario incurrió en la causal para ello establecida en la letra d) del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión."; y,

Que, sobre la base de los fundamentos de derecho invocados los alegatos de hecho y pruebas presentadas por la concesionaria se observa que la petición formulada es improcedente.

De conformidad con las atribuciones que le confieren la Ley de Radiodifusión y Televisión, su Reglamento General y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 8 emitido por el señor Presidente Constitucional de la República, publicado en el Registro Oficial No. 10 el 24 de agosto del 2009; y,

En ejercicio de sus atribuciones.

RESUELVE:

ARTÍCULO UNO.- Avocar conocimiento del Informe Técnico constante en Memorando número DGGST-2010-0371 de 13 de Abril de 2010 emitido por la Dirección General de los Servicios de Telecomunicaciones y del Informe Jurídico constante en el Memorando número DGJ-2010-1198, emitido por la Dirección General Jurídica de la SENATEL 09 de Julio de 2010.

ARTÍCULO DOS.- Iniciar el proceso de terminación del contrato suscrito a favor del señor Holguer Kennedy Velastegui Ramírez, con el fin que el prenombrado instale opere y explote un sistema codificado terrestre analógico de audio y video por suscripción en la banda 2500 – 2686 MHz, con 31 canales, denominado AEROZAR, en la ciudad de Puerto Ayora, Provincia de Galápagos, celebrado el 05 de Mayo de 2006.

ARTÍCULO TRES.- Según lo establecido en el penúltimo inciso del Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, se otorga al señor Holguer Kennedy Velastegui Ramírez el término de treinta días, contados a partir de la fecha en que sea notificada con la presente Resolución, a fin que ejerza su defensa y presente las pruebas que la Ley le faculta, ante el Consejo Nacional de Telecomunicaciones. El concesionario deberá ingresar los escritos que presente dentro del trámite **24703**.

ARTÍCULO CUATRO.- De conformidad con lo establecido en el número 2 del Art. 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se declara que esta Resolución da inicio al procedimiento administrativo, el concesionario podrá hacer efectivo contra la misma el derecho determinado en el artículo anterior, sin perjuicio de que pueda ejercitar cualquier otro recurso que estime procedente

ARTÍCULO CINCO.- Notifíquese con esta Resolución al señor Holguer Kennedy Velastegui Ramírez, a la Superintendencia de Telecomunicaciones y a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

La presente resolución es de ejecución inmediata

Dado en Quito, el 20 de julio de 2010



Ing. Jaime Guerrero Ruiz
PRESIDENTE DEL CONATEL



Dr. Eduardo Aguirre Valladares
SECRETARIO DEL CONATEL