

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

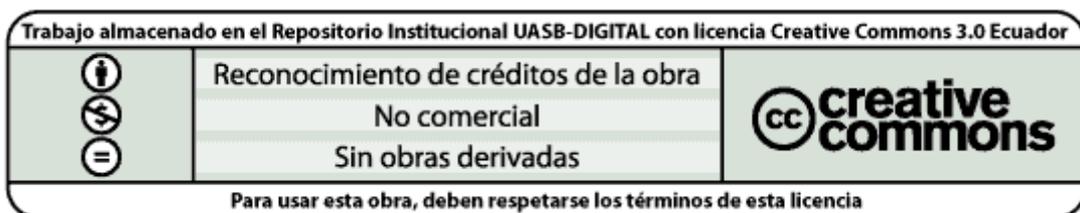
Mención en Derecho Administrativo

**Gestión y prestación del servicio público de telecomunicaciones
en Ecuador desde la nueva perspectiva constitucional**

Autora: Paola Cosíos González

Tutor: Dr. Luis Benalcázar

Quito, 2016



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, Paola Cosíos González, autor/a de la tesis intitulada “Gestión y Prestación del Servicio Público de Telecomunicaciones en Ecuador desde la nueva perspectiva constitucional” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Máster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador Pautas para la elaboración de la tesis de maestría 6 durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

RESUMEN

(Abstract)

El presente ejercicio de investigación pretende ser un referente teórico que dilucide interrogantes existentes sobre si el derecho preferencial o prioritario que tiene el Estado en la gestión de las telecomunicaciones resulta beneficioso para los usuarios, o por el contrario si con ello, al existir un monopolio legal, se limita el desarrollo de nuevos servicios y la eficiencia en la prestación de los actuales.

Con el objetivo señalado hemos desarrollado la investigación en tres capítulos que contienen varios acápites. En primer lugar se ha trabajado en los contenidos académicos y doctrinarios que permitan entender los conceptos de servicio público, la forma de prestación de esos servicios y la posibilidad de delegación de esa gestión, así como, las telecomunicaciones entendidas como una actividad que debe ser prestada a través del servicio público.

En el segundo capítulo analizamos el régimen jurídico que ha regulado el tema de las telecomunicaciones en el país, que se han considerado históricamente un servicio público. El modelo de prestación de ese servicio ha variado en diversas épocas, primero mediante un régimen de exclusividad regulada, luego mediante el régimen de libre competencia, y a partir del año 2008 como un sector estratégico, prioritario para el Estado con un modelo definido para su prestación, mediante empresas públicas.

El tercer capítulo es dedicado a la regulación actual de las telecomunicaciones, la forma en la que se presta en estos momentos, haciendo un especial análisis del servicio móvil avanzado que merece un estudio separado debido a la forma de gestión particular que ha tenido y tiene ese servicio.

DEDICATORIA

A mis Padres, ejemplo de bondad y sabiduría;
Maestros de justicia, Escultores de ideales.

A mi Esposo, compañero de ilusiones;
Catalizador de sueños y proyectos;
Alma aventurera con corazón de tibio cristal.

A mis Hijos, razón de vivir y de soñar,
de pensar y de luchar.
Quimeras que se hicieron realidad.

AGRADECIMIENTO

Mi especial agradecimiento al doctor Luis Benalcazar, tutor de la presente tesis, por su constante acompañamiento en la elaboración de este trabajo investigativo.

A los docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar por los conocimientos transmitidos, que sin duda me han fortalecido desde el punto de vista personal y profesional.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	7
Capítulo Uno	9
1. El servicio público de las telecomunicaciones y su delegación	9
1.1. Nociones sobre el Servicio público	9
1.2. La prestación de servicios públicos de manera indirecta	16
1.3. Las telecomunicaciones como servicio público	22
Capítulo Dos	27
2. El servicio público de las telecomunicaciones en Ecuador	27
2.1. El Régimen de exclusividad regulada	27
2.2. Régimen de competencia en el servicio de telefonía móvil en Ecuador.	37
2.3. La telecomunicaciones como sector estratégico en Ecuador desde la Constitución de 2008.....	44
Capítulo Tres	54
3. Regulación Legal de las telecomunicaciones en Ecuador, en la actualidad. ...	54
3.1. La regulación y control de las telecomunicaciones en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones	54
3.2. La prestación del servicio público de telecomunicaciones en Ecuador, en la actualidad.....	65
3.3. La prestación del Servicio Móvil Avanzado en Ecuador, en la actualidad ..	81
Conclusiones y Recomendaciones	88
Bibliografía	92

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo tiene como finalidad efectuar un análisis de la delegación por parte del Estado al sector privado de la gestión y provisión de las telecomunicaciones como sector estratégico y servicio público, tomando en consideración que la norma constitucional establece que es el Estado, a través de empresas públicas o mixtas en las que tenga mayoría accionaria constituidas para el efecto, el que debe asumir la provisión; y, únicamente por excepción, ante circunstancias de necesidad, con la finalidad de satisfacer el interés público, colectivo o general, o cuando no exista la capacidad técnica o económica, puede intervenir en la ejecución o gestión la iniciativa privada o la economía popular y solidaria.

El actual diseño estatal se construyó dando principal importancia y tratamiento preferente a ciertos sectores y servicios, que por su naturaleza e influencia decisiva en la sociedad han sido considerados como “Sectores Estratégicos” y “Servicios Públicos”, entre los cuales se encuentran la energía, las telecomunicaciones, el agua, que son actividades y servicios esenciales para el desarrollo de la sociedad, pues la vida de las personas descansa sobre aquellos y es responsabilidad del Estado que funcionen adecuadamente y lleguen a todos los integrantes de la sociedad, sin discriminación ni exclusión alguna.

En el caso puntual de las telecomunicaciones, su prestación se encuentra sujeta a un régimen jurídico determinado y exige el cumplimiento de principios que buscan proteger al usuario, más aun tomando en cuenta que este sector se ha convertido en un elemento básico y verdadero motor para el desarrollo de las actividades económicas y sociales, sobre todo en los últimos años, ante el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación, cuyo acceso constituye un derecho constitucionalmente protegido.

El papel asumido por el Estado como el agente económico más importante que asigna y extrae recursos, ha sido analizado desde dos perspectivas ideológicas diametralmente opuestas. En tal sentido, para algunos la prestación de servicios públicos directamente por parte del estado es considerada como el mecanismo idóneo para que éste garantice el cumplimiento de sus fines, que dicho sea de paso debe reflejar los propósitos generales o metas que la sociedad se ha trazado; para otros en cambio no es más que una intromisión en asuntos que no le corresponden, pues el

papel del Estado debe limitarse a ejercer su facultad de regulación, administración y control, puesto que su intervención en el mercado distorsiona la competencia, al propiciar el establecimiento de monopolios que perjudican al usuario, que pierde la posibilidad de elegir libremente al prestador de servicios que le ofrezca la mejor opción por calidad y eficiencia, con tarifas justas y razonables.

Para la realización de este trabajo se han utilizado amplias fuentes bibliográficas, a fin de, en un primer momento, lograr una definición clara de algunos conceptos que sirvan de elementos teóricos que sustenten la investigación con la rigurosidad académica debida, así mismo, se ha recurrido a la investigación histórica de las diferentes leyes y reglamentos que regularon el sector de las telecomunicaciones a lo largo de la historia de nuestro país, a proyectos de Ley que se han tramitado en el Órgano Legislativo ecuatoriano y a fallos del anterior Tribunal Constitucional, hoy Corte Constitucional, así como a referentes teóricos de cada uno de los elementos doctrinarios estudiados a lo largo del trabajo, finalmente se recurrió al análisis de datos estadísticos oficiales que han permitido dilucidar de mejor manera el tema investigado.

El presente ejercicio de investigación pretende ser un referente teórico que dilucide interrogantes existentes sobre si el derecho preferencial o prioritario que tiene el Estado en la gestión de las telecomunicaciones resulta beneficioso para los usuarios, o por el contrario si con ello, al existir un monopolio legal, se limita el desarrollo de nuevos servicios y la eficiencia en la prestación de los actuales.

También busca establecer cuáles son las circunstancias excepcionales que permitirían al Estado delegar a la iniciativa privada la prestación de dicho servicio público y las formas administrativas que tiene para hacerlo, precautelando que no se menoscabe el derecho de los ciudadanos a contar con servicios de calidad y a exigir la reparación por la deficiencia en su prestación.

Capítulo Uno

1. El servicio público de las telecomunicaciones y su delegación

1.1. Nociones sobre el Servicio público

Para poder desarrollar de manera adecuada nuestra investigación es indispensable que, en primer lugar, desarrollemos los contenidos conceptuales que nos permitirán analizar la cuestión propuesta con el suficiente rigor académico, cumpliendo el método investigativo a fin de lograr el sustento doctrinario que nos ayude a comprobar nuestra hipótesis.

Teniendo en cuenta lo dicho es necesario analizar el concepto de servicio público, concepto que puede tener variadas acepciones pues la legislación y en general la doctrina no utiliza estos términos de manera unívoca. Nosotros empezaremos indicando que el concepto de servicio público, en el ámbito de nuestra investigación, nació en el Derecho Francés como un criterio de interpretación de la regla de separación de las autoridades administrativas, de las judiciales¹ y aunque a través de la historia han existido diversas y variadas teorías sobre el servicio público, con una vasta cantidad de definiciones que, sin lugar a duda, dependen y reflejan el pensamiento ideológico de cada época, sujetas a conceptos de orden político, jurídico o económico, todas tienen un denominador común que es “la satisfacción de necesidades esenciales o básicas colectivas”. Sin embargo, lo que ha ido cambiando en el tiempo es la titularidad sobre la prestación de los servicios públicos, rotando indistintamente entre el Estado y los particulares.

La teoría del servicio público, desde el punto de vista del derecho, se atribuye al profesor francés León Duguit, quien, con fundamento en la idea de la solidaridad social y la convivencia humana, propuso que debe existir una asignación de obligaciones tanto a los gobernantes como a los gobernados. Así, las obligaciones o deberes de los gobernantes, vienen a ser los servicios públicos, de tal suerte que mientras “la solidaridad social aumenta los deberes de los gobernantes y, por ende,

¹ Miguel Acosta Romero, *Teoría general del Derecho Administrativo* (México, Editorial Porrúa, 1997), 955.

los servicios públicos cuyo aseguramiento, organización y control queda a cargo del Estado.”².

La idea de la solidaridad que soporta la teoría de Duguit se encuentra en un camino intermedio entre las teorías liberales, en donde el Estado se reduce a su mínima expresión y se encuentra a servicio del privado; y, las teorías totalitarias según las cuales, el Estado asume todos los aspectos de la sociedad y pone al individuo al servicio de aquél. La idea del solidarismo permite entender que el Estado se preocupa por satisfacer las necesidades generales de la población, mediante la prestación directa de servicios públicos o bien mediante particulares bajo un régimen de delegación y control por parte del Estado.

La teoría de Duguit, cambió la percepción que hasta entonces se tenía respecto del Derecho Administrativo, el Tratadista Francés, cuestionó las vigentes ideas que sostenían que el poder soberano del estado era el fundamento de todo el derecho, para afirmar que “El Estado no es un poder que manda, es un grupo de individuos que tiene una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos.”³.

Duguit considera anacrónicos a los conceptos de soberanía y de derecho subjetivo absoluto, pues esas concepciones, van en contra de los ideales mismos de la Revolución Francesa, opina que la terminología de soberanía nacional deriva de una adaptación de la soberanía real, según lo cual, se traspasa la voluntad del rey como generador de la ley a la voluntad de la nación como fundamento de ésta. La señalada adaptación conceptual se constituye en una fórmula artificial, sin razón en las nuevas condiciones sociales. La soberanía nacional, según el autor “da lugar a la tiranía de las mayorías, por lo que cambió el sujeto pero conservó su fórmula: fuerza y poder.”⁴.

Según lo dicho lo correcto es hablar no de poder sino de función que proviene de un mandato. El gobernante, en lugar de ser un soberano absoluto, es el depositario de una función social que es la de gestionar, operar y administrar una serie de

² León Duguit, *Manual de Derecho Constitucional*, Trad. José G. Acuña. (Madrid: Librería Española y Extranjera, 1926), 71.

³ León Duguit, *Las transformaciones del Derecho Público*, Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén (Madrid: Librería Española y Extranjera, 1926), 85.

⁴ Antonio Barreto, *La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta*, Revista Opinión Jurídica (Medellín: Universidad de Medellín, 2011), 69.

servicios públicos para garantizar el bienestar para los gobernados. De esa manera lo que existe es una es una obligación del Estado en beneficio del ciudadano⁵.

Por otro lado, Duguit también considera que la concepción de un ser humano como ente individual y aislado no existe, pues el ser humano es un ser social, no es posible hablar de derecho sin la existencia de una sociedad, esta teoría propone que la función social sustituye al derecho subjetivo, y se transforma en el fundamento de la relación Estado - Ciudadano.

La función social del Estado es la organización, administración y gestión del funcionamiento de los servicios públicos que según su definición son “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado, y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”⁶.

Esta corriente, también se denominó Escuela de Burdeos y alcanzó gran legitimidad entre los estudiosos del Derecho Administrativo, pues permitía crear nuevas atribuciones y funciones a favor del Estado que debían ser ejecutadas por el poder público, limitando el accionar individual propio del Estado liberal francés, en aquella época.

La teoría del servicio público considera que las atribuciones de los poderes públicos no podían considerarse ilimitadas y aceptó “que las obligaciones de los ciudadanos comunes sean sometidas al Derecho Privado, mientras que las obligaciones de los gobernantes sean sometidas a las del Derecho Público.”⁷. De esa manera el servicio público se convierte en uno de los objetos centrales del estudio del Derecho Administrativo.

Posteriormente, las ideas de Gastón Jéze permitieron delimitar de mejor manera la teoría del servicio público. Jéze consideró que el servicio público consiste en disponer que una determinada necesidad colectiva sea satisfecha con la prestación de un servicio público, mediante un régimen especial de procedimientos de derecho

⁵ Barreto, 70-75.

⁶ León Duguit, *Las transformaciones del Derecho público y privado*, (Buenos Aires: Heliastra S. R.L, 1921), 37.

⁷ Andrés Jácome, “Propuesta de lineamientos generales y políticas públicas que permitan la creación de un régimen jurídico apropiado para la prestación de servicios convergentes en el Ecuador”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 12.

público, la existencia de reglas y teorías jurídicas especiales, que tienen por objeto facilitar y garantizar la regulación y prestación continua del servicio⁸.

Huariou concibió al servicio público como el “fin exclusivo del actuar de la Administración y lo definió como un servicio técnico, de naturaleza regular y continua, cuya finalidad es la satisfacción del interés general, de orden público y asegurado su prestación por una organización pública.”⁹.

Las ideas hasta aquí analizadas permiten reconocer algunos de los elementos que constituyen el concepto del servicio público, en primer lugar, resulta indispensable que exista una necesidad de carácter general, sin embargo, a pesar de la aparente claridad de este primer elemento, Agustín Gordillo hace notar que este criterio aislado sería insuficiente, pues existe un sinnúmero de actividades que son prestadas por el sector privado y son un servicio público y cita como ejemplo las panaderías o comercios de expendio de alimentos, que brindan un servicio público y son eminentemente atendidos por privados; aclara que este objeto del servicio público, ósea el atender una necesidad general, sin un régimen de derecho público que lo determine como tal, no es un servicio público, en sus palabras es “el legislador... quien aprecia cuándo hay en la sociedad una tal necesidad que deba ser atendida mediante el procedimiento del servicio público.”¹⁰.

De esa caracterización surge un segundo elemento que la doctrina acepta como esencial al servicio público, ese elemento es el que indica que el servicio público debe estar sometido a un régimen de derecho público, pues al atender una necesidad general parte de un bien común, este servicio debe ser dotado de unos medios exorbitantes para asegurar su cumplimiento y su generalidad, uniformidad y continuidad.

Fernández, define a estos últimos conceptos como caracteres esenciales, sin los cuales el mismo se desnaturalizaría, y explica que:

Consiste la generalidad o universalidad del servicio público, en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio. La igualdad o

⁸ Gastón Jéze, *Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores*, (México: Editorial Jurídica Universitaria S. A, 2007), 140 – 141.

⁹ Jácome, 13

¹⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: La Defensa del usuario y el administrado, Tomo 2*, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), 291-292

uniformidad estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos los usuarios del servicio público, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma...merced al carácter esencial de la continuidad, el servicio público no debe interrumpirse dentro de los horarios o circunstancias previstos en su propia regulación, o sea, prestarse conforme al calendario-horario predeterminado para su prestación.¹¹.

Dijimos que es el legislador el que determina las actividades que deben ser sometidas a un régimen jurídico especial, las cuales están destinadas a cubrir una necesidad general priorizada para el cumplimiento de los objetivos del Estado. Sin embargo podemos señalar que es indispensable que exista una actuación estatal para que existan servicios públicos, pues solo mediante la intervención del Estado se puede crear un régimen jurídico especial que regule estas actividades y dote al ente regulador de actuaciones especiales y exorbitantes.

Esas actuaciones especiales y exorbitantes permiten el aseguramiento de la cobertura a las necesidades generales, por parte de los servicios públicos, entre ellas podemos indicar las siguientes: a) Los servicios públicos no pueden ser suspendidos ni aun mediante el derecho de huelga; b) La posibilidad de limitar la propiedad privada, a fin de garantizar el cumplimiento de esos servicios, por ejemplo mediante expropiaciones o servidumbres; c) Que se pueda requerir el cumplimiento de manera obligatoria, aun mediante la fuerza pública; d) Que existan contratos administrativos que regulen la relación entre un prestador particular y el Estado; e) Que exista la posibilidad de establecerse tarifas, precios o tasas y que sean reguladas por el poder público; y f) Que las controversias surgidas en la prestación se abstraigan de la jurisdicción ordinaria y se sometan a la jurisdicción contencioso administrativa¹².

El tercer elemento que caracteriza a un servicio público, es el de quien presta ese servicio, pues puede ser prestado directamente por la administración o de manera indirecta mediante la delegación a un particular.

La prestación directa del servicio público se realiza mediante las instituciones estatales, sean estas las del gobierno central o sea por entidades autárquicas que se

¹¹ José Fernández Ruiz, *Disertación sobre el servicio público*, En Foro Revista de Derecho No, 13 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2010), 13

¹² Gordillo, 293

encargan de su cumplimiento o en su defecto mediante personas jurídicas creadas por la administración para prestar ese servicio.

Por otro lado, la prestación de manera indirecta se configura cuando la administración decide otorgar una delegación para que un servicio público sea prestado por un particular, por ejemplo mediante un régimen de concesión o autorización, dicha delegación también podría realizarla la ley directamente. En estos dos casos estaríamos hablando de un servicio público propio.

Cabe anotar que aun cuando se acepta generalmente que el servicio público está sometido a un régimen de derecho público, la doctrina reconoce el concepto de servicio público impropio, el cual, se trata de una actividad cumplida por particulares, que aunque no necesariamente la ley lo reconoce como un servicio público, es regulado y reglamentado por el poder público.

En estos casos no es la ley la que reconoce el servicio público como tal, sino una autorización de carácter administrativo, mediante la cual una actividad privada se brinda al público “con obligación de realizarla en servicio de quienquiera que lo solicite, y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que incluye, por regla general, la fijación de una tarifa obligatoria”¹³.

Los servicios públicos impropios tienen en común con los servicios públicos propios el hecho de que buscan satisfacer de manera continua necesidades colectivas, pero no son prestados ni concedidos por el Estado, más bien son brindados por los privados, pero regulados y reglamentados por el Estado. Como afirma Calafell, este tipo de servicio constituye una actividad privada situada entre las actividades públicas y el comercio privado puro, lo que necesita un régimen de regulación especial¹⁴.

Como hemos dicho el servicio público se justifica por una finalidad de cobertura de una necesidad social, de ahí que no todas las actividades privadas puedan ser consideradas servicios públicos impropios, que también han sido denominados por la doctrina como servicios públicos virtuales o actividades de interés público. Entendiendo que la satisfacción de necesidades colectivas no es monopolio del Estado, existen estas otras actividades que son realizadas por particulares y cumplen esa misma función, como la provisión de alimentos.

¹³ Fernández, 15

¹⁴ Jorge Enrique Calafell, *Los servicios públicos*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, (México: Universidad Iberoamericana, 1989), 196.

Sabemos que una necesidad se convierte en servicio público cuando los poderes públicos deciden asumir y garantizar bajo su responsabilidad la cobertura de esa necesidad, es decir, mientras el poder público no decida incluir una u otra actividad en esa clasificación, la misma no se considerará como servicio público. Sin embargo, debido al interés del Estado de garantizar el derecho del ciudadano y el correcto cumplimiento del mismo, se puede considerar la existencia de cierto tipo de actividades que de no ser reguladas y controladas de la debida manera pondrían en riesgo el señalado derecho y su efectivo goce, de ahí que surja la necesidad de considerar a esas labores como actividades de interés general y se sometan a un régimen jurídico especial de regulación, que podría darse como hemos indicado mediante una autorización del Estado.

La autorización señalada no es en sí mismo una concesión, pues dicha actividad no le corresponde al Estado, por lo que no podría entregarla a un privado para la ejecute, cosa que abordaremos a detalle en el siguiente acápite. Sin embargo es necesario señalar que ese acto administrativo de autorización se convierte en una suerte de permiso que el Estado concede para que particulares desarrollen sus actividades bajo un paraguas normativo que le permita al Estado intervenir y suspender esa actividad a fin de evitar el perjuicio de los ciudadanos en caso de que esa actividad se preste de manera inadecuada.

Luego de determinados los elementos que conforman el servicio público, nos queda por recoger una definición que nos sirva de primer elemento conceptual para nuestra investigación, en tal virtud podemos hacer nuestra la definición planteada por Fernández quien señala:

Es toda actividad técnica destinada a satisfacer, de manera uniforme y continua, una necesidad de carácter general, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.¹⁵

Por ser de trascendental importancia para nuestra investigación en el siguiente acápite nos dedicaremos a analizar con mayor profundidad el tercer elemento de los

¹⁵ Fernández, 17

servicios públicos, es decir, quién presta el servicio, especialmente cuando el mismo es prestado por un particular.

1.2. La prestación de servicios públicos de manera indirecta

Dijimos en el acápite anterior que los servicios públicos pueden prestarse de manera directa por la administración, esto se da cuando la gestión de los servicios públicos la realiza la misma administración o mediante otra persona jurídica dependiente de ella, de tal manera que aquella asume toda la carga económica de la prestación del servicio. Pero también existe la posibilidad de que la gestión no la realice directamente la administración, sino que delegue o contrate a particulares para que sean ellos los que brinden el servicio y asuman la gestión del mismo, en ese caso son ellos quienes asumen en todo o en parte el riesgo económico de la prestación del servicio¹⁶.

Al respecto Garrido Falla, puntualiza que en la gestión directa se incluyen todas las formas en las que la administración brinda el servicio, incluidas las administraciones territoriales, y una de sus características es que la administración actúa con su propia estructura, organización, funcionarios o servidores públicos, y elimina por completo la intervención de los particulares, además todo el capital necesario para la prestación del servicio es aportado por la misma administración y por ende asume todo el riesgo de la actividad¹⁷.

El servicio público prestado de manera directa incluye la gestión indiferenciada, es decir cuando la administración actúa mediante sus órganos ordinarios y su propia burocracia; los órganos creados específicamente para la prestación del servicio, como el caso de agencias específicas sin personalidad jurídica propia, aunque normalmente con autonomía financiera; y, el servicio personificado que consiste en la creación de personas jurídicas, aun de derecho privado pero que pertenecen a la administración pública, encargados de la gestión del servicio público, lo cual no implica que estas entidades tengan competencia para el ejercicio de autoridad.

¹⁶ José María Boquera, *Derecho Administrativo*, Volumen I, 3ra Edición (Madrid: Editorial Instituto de Estudios de Administración Local, 1979), 234- 235.

¹⁷ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Reimpresión de la 7ma edición (Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1986.), 26.

En Ecuador, como se explicará más adelante, a partir de la expedición de la Constitución de la República en el año 2008 y la Ley Orgánica de Empresas Públicas en el año 2009, se creó un modelo de empresas estatales de derecho público, sujetas a un régimen jurídico específico.

Cuando la administración cede la gestión a particulares sea a personas naturales o jurídicas de derecho privado, existe lo que la doctrina denomina prestación indirecta del servicio público. En ese caso, lo que existe es una delegación por parte de la administración al particular o una relación contractual, que supone la intervención del particular en el quehacer de la administración que es el titular del servicio, mediante una relación jurídica específica. Al respecto, como el mismo Garrido señala: la titularidad se mantiene en manos de la administración quien solo cede la gestión; el riesgo económico corre a cargo de los particulares; y, se basa en instrumentos jurídicos específicos¹⁸.

Como hemos indicado en el acápite anterior el concepto jurídico de servicio público surgió en Francia, como una propuesta de régimen jurídico propio y distinto del derecho privado con fundamento en la idea del interés general y legitimando la actividad prestacional del Estado; esas mismas ideas permitieron pensar en formas de vinculación de los particulares con la administración, basadas en las ideas del colectivismo y del solidarismo.

Esta teoría permitió que el servicio público y sus instrumentos se legitimen sustantivamente con principios, procedimientos propios y diferentes al derecho de los particulares, así surge la idea del contrato administrativo concesional como un instrumento de naturaleza distinta a la del contrato civil, lo que para el derecho significa que estos contratos están sometidos al derecho público en cuanto a procedimientos, principios, reglas, y a la solución de los litigios derivados del mismo, por la justicia contencioso administrativa, es decir, se someten a un régimen jurídico especial en donde el interés privado se encuentra subordinado al interés general¹⁹.

Los contratos administrativos en ese contexto surgen como una clase de contrato, con características especiales, como el hecho de que una parte es una

¹⁸ Garrido, 26.

¹⁹ Jaime Santofimio Gamboa, *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, (Madrid: Universidad Carlos III De Madrid, 2010), 83-87.

persona jurídica estatal, el objeto del contrato es un fin público y conlleva la existencia de cláusulas exorbitantes a favor del Estado, reguladas por la Ley.

El contrato administrativo es una típica modalidad de colaboración de los particulares con la administración pública, a fin de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos y un instrumento para permitir el accionar de la administración frente a la prestación de servicios públicos por parte de particulares²⁰.

El contrato administrativo de delegación cuya especie más antigua es el de la concesión se aplica a la ocupación de espacio público, la concesión de obras públicas, o la conexión de servicio público.²¹ Esta figura jurídica es plenamente justificada, debido a que la misma surge para satisfacer una necesidad general, fundamento de la teoría de los servicios públicos.

La concesión es un tipo de contrato que es propio y típico de los servicios públicos y de la administración, que permite la gestión indirecta de esos servicios e implica que la administración pueda encomendar a un particular, hacer funcionar un servicio y explotarlo o elaborar obras para esos propósitos, mediante condiciones especiales acordadas y contenidas en el contrato, con caracteres financieros y comerciales específicos para garantizar las inversiones necesarias por parte del concesionario, sin que el Estado pierda la titularidad del servicio, todo ello con sujeción, tanto a las reglas del derecho público, como a los principios y normas del derecho privado que sean pertinentes.

La concesión consiste en transferir competencias a personas que no forman parte de la Administración Pública, en virtud de lo cual se amplía su esfera jurídica. De esa manera lo que existe es un impulso de una actividad económica para que sea ejercida por parte de prestadores privados, pues al concesionario se le conceden ciertos derechos para realizar esta actividad, caracterizada por el riesgo que corre el concesionario, pues debe responder con su patrimonio, pero también se beneficiará de la posible rentabilidad que generará.

La concesión es la forma típica de gestión indirecta de los servicios públicos, mediante la transferencia de facultades originariamente administrativas. Algunos autores coinciden en que cuando existe este tipo de gestión indirecta el concesionario sustituye al Estado, y el mismo, se somete a las reglas impuestas por la

²⁰ Santofimio, 110.

²¹ Jacqueline Morand, *Curso de Derecho Administrativo*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 465.

administración, en lo que respecta al régimen de tarifas, de obras y de precios públicos.

Galindo resume adecuadamente las características de la concesión e indica que la misma tiene un carácter *intuitio personae*, pues la gestión delegada debe realizarse por el concesionario seleccionado sin que pueda transferirse, sin contar con el consentimiento de la administración; no despoja al Estado de las facultades, ni de las responsabilidades que tiene respecto de la prestación del servicio; se aplican cláusulas exorbitantes, que hemos mencionado, y según las cuales la administración puede modificar los términos en los que se celebró el contrato, siempre y cuando medie la necesidad de cobertura del interés general; la responsabilidad del concesionario es principal, pero el Estado siempre será responsable solidariamente; la concesión no puede ser renunciada unilateralmente por el prestador indirecto del servicio²².

Por otro lado, debemos señalar que no existe consenso en la doctrina respecto de otras figuras jurídicas que permiten la delegación de actividades a particulares, nos referimos específicamente a las autorizaciones, sean estas mediante permisos o licencias. Al respecto nos parece acertada la explicación que Santofimio realiza, el mencionado autor hace notar que la concesión administrativa es un concepto jurídico autónomo derivado de los elementos propios de la teoría del servicio público, indica que existen actuaciones jurídicas del Estado vinculadas a su actividad interventora, en donde lo que existe es la presencia ordenadora de la administración en la actividad propia de los privados que nada tiene que ver con los servicios públicos, explica que en esos casos pueden existir autorizaciones, sean licencias o permisos, pero que su finalidad es la regulación de una actividad económica privada, en aras de precautelar el bien común²³.

Queda claro entonces que, no puede existir una delegación de facultades por parte de la administración en actividades que no le pertenecen materialmente y que por su naturaleza le corresponde al accionar del particular, pues en esos casos el principio aplicable es el de la libertad y la iniciativa privada y no el derecho público. Cuando el Estado no es el titular de la actividad, puede emitir actos administrativos de autorización, en ejercicio de su facultad de regular y limitar el derecho subjetivo

²² Yomisel Galindo, *Un enfoque jurídico del transporte aéreo de pasajeros en Cuba*, (Bayamo: Universidad Granma, 2010), 23.

²³ Santofimio, 22-33

para proteger el interés general y el bien común. Es decir, al no ser el ejercicio de la libertad económica un derecho subjetivo absoluto, el Estado conforme las limitaciones del mandato legal puede intervenir para regular esa actividad, pero de ninguna manera para delegar atribuciones pues no es titular de ellas.

Existe la posibilidad de que la administración emita actos que materialmente contienen una habilitación para el uso de un bien público, en ese caso estaríamos hablando de un acto eminentemente concesional que puede ser considerado como una autorización, permiso o licencia. Dichos actuaciones tienen la calidad de actos administrativos, por ende son unilaterales y pueden configurar concesiones; es decir, la habilitación que permite al particular “la explotación de bienes públicos, prestación de servicios o ejecución de obras públicas, en donde eventualmente resulten involucrados derechos subjetivos que ameriten licencias o permisos, y los mismos se entiendan concedidos con el acto concesional”²⁴.

Este tipo de actos administrativos derivan de la concepción del poder público entendido como un fenómeno de fuerza, como explica Efraín Pérez, la autorización que no es propiamente un contrato, deriva de las figuras de lo que se denomina la policía administrativa, que entiende que la autorización levanta un impedimento para el ejercicio de un derecho que está subordinado a un acto permisivo por parte de la administración²⁵; o, en su defecto puede existir una prohibición preventiva para realizar una actividad que afecta al interés común y es necesario que exista una autorización para poder ejecutarla.

La doctrina tiene criterios diversos respecto de que si la autorización otorga un nuevo derecho al particular o por el contrario, como indica García de Enterría, consiste en una eliminación de las titularidades privadas previas y el traspaso de la titularidad al Estado conforme el imperio de la Ley, quien puede autorizar posteriormente a un particular el acceso a ese sector²⁶.

²⁴ Santofimio, 31.

²⁵ Efraín Pérez, *La delegación de los servicios públicos, en Curso de Derecho Público*. Última Consulta 23 de julio de 2015. <http://www.estade.org/documentos/Temas%20de%20Economia%20y%20Politica/La%20Delegacion%20de%20Servicios%20Publicos.docx>

²⁶ García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 2 (Madrid: Thomson Civitas, Madrid, 2004), 147.

Tampoco existe una definición específica y unívoca de lo que se debe considerar permiso o licencia, que son según nuestro criterio especies del género de la autorización.

Podríamos acoger lo señalado por Pérez, quien manifiesta que el permiso es un acto unilateral que habilita a un particular a ejercer un derecho sobre una actividad que tiene una restricción debido a la protección del interés general; mientras que la licencia otorga un derecho y una capacidad de gestión a un particular, de manera más bien parecida a la concesión, pero de manera unilateral²⁷.

Sin embargo de las explicaciones expuestas en este trabajo, es necesario indicar que los términos concesión, autorización, licencia o permiso suelen ser utilizados de manera polisémica en las distintas legislaciones a nivel internacional, debido tal vez a la ligereza de los legisladores que las utilizan, en muchos casos, de manera indistinta, por lo que correspondería analizar cada caso según la legislación que regule la materia.

Con ello nuestra conclusión sobre este tema es que mientras la concesión es un contrato administrativo, por ende hay una relación bilateral, que cede a un particular la capacidad de gestión de un servicio público y le otorga derechos y obligaciones que previamente no tenía respecto de esos servicios, la autorización puede conceder un permiso, levantar una restricción u otorgar una gestión a un particular, pero siempre de manera unilateral.

Antes de continuar con el siguiente elemento conceptual de nuestra investigación, nos parece necesario realizar una precisión adicional, respecto de la gestión de los servicios públicos, hemos dicho que la misma se puede realizar de manera directa e indirecta y que las formas directas son por actividad de la propia administración o mediante una persona jurídica creada por la administración para tal efecto, sin embargo algunos autores señalan que existe la posibilidad de una forma mixta de gestión de estos servicios.

La forma mixta de gestión de servicios, sería típicamente la constitución de personas jurídicas, sociedades mercantiles, en las que la administración pública participa en concurrencia con otras personas naturales o jurídicas privadas. La administración puede participar en el capital social y en la dirección y gestión de la actividad de esa persona jurídica. En estos casos la administración y el particular

²⁷ Pérez, 2.

participan de la explotación de un servicio público y ambos asumen el riesgo, pudiendo establecerse, inclusive un beneficio o riesgo mayor a favor de una de las partes.

Otra modalidad podría ser la de alianza estratégica, que consiste en un acuerdo entre dos entidades para alcanzar fines conjuntos mediante ventajas competitivas creadas producto de la alianza. Esta modalidad podría entenderse como una forma de asociación entre las personas jurídicas públicas y privadas, “con la finalidad de ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar metas de productividad, competitividad y/o eficiencia, en todos los ámbitos de sus actividades”²⁸.

1.3. Las telecomunicaciones como servicio público

El concepto de telecomunicaciones es más un concepto de tipo técnico que jurídico, se trata de un término que tiene su origen en la telegrafía, con los primeros mensajes enviados utilizando dicha tecnología a inicios de la década de los años 1830²⁹. Sin embargo, es en el año de 1904 cuando el Ingeniero francés Edouard Estaunié utiliza el término, en el libro “*Traité pratique de télécommunication électrique (télégraphie-téléphonie)*”, derivándolo de los vocablos latinos *tele*, que significa distancia y *communicare* que significa comunicación, es decir la connotación que se le otorgó desde esa fecha a las telecomunicaciones es el de “comunicación a la distancia”. Estaunié las definió como el “intercambio de información por medio de señales eléctricas”³⁰.

²⁸ Ecuador, “Reglamento Alianzas Estratégicas y Consorcios Parques Urbanos”, Resolución N. Dir-002-Eppuep-2013 de la Empresa Pública de Parques Urbanos y Espacios Públicos, Registro Oficial Suplemento 425 (Quito: 24 de marzo de 2015), Apartado 2.2, Artículo 2.

²⁹ "En 1831 Joseph Henry diseñó un primer telégrafo electromagnético que más adelante se combinó con el sistema de Morse; y, en 1837, año de oro para la telegrafía alámbrica, cristalizaron todos los esfuerzos anteriores, y, a falta de uno, aparecieron simultáneamente tres sistemas telegráficos distintos, de los cuales uno solo iba a prevalecer. En Inglaterra, Cook y Wheatstone instalaron una línea de más de un kilómetro y medio de extensión a lo largo del ferrocarril de Londres a Camden Town y transmitieron mensajes utilizando una variante del dispositivo de aguja magnética de ampère." Barros Patricio, “*Historia De Los Inventos*”, Disponible en [Http://Www.Librosmaravillosos.Com/Inventos/Pdf/Historia%20de%20los%20inventos%20%20sucesos%20n%2012.Pdf](http://www.librosmaravillosos.com/inventos/Pdf/Historia%20de%20los%20inventos%20%20sucesos%20n%2012.Pdf)

³⁰ Evelio Martínez, *¿Qué son las telecomunicaciones?*, (Barcelona: El Vigía, 2014), 1

La primera definición jurídica del término se dio en 1932, en la Convención de Madrid de la Unión Telegráfica Internacional, en donde las telecomunicaciones se concibieron como “toda comunicación telegráfica o telefónica de señales, signos, escrituras, imágenes y sonidos de cualquier naturaleza mediante cables, medios ópticos, físicos u otros sistemas electromagnéticos.”³¹.

En 1947, en la Conferencia de Plenipotenciarios de la ciudad de Atlanta, la Unión Internacional de Telecomunicaciones se convirtió en el organismo especializado de la materia de la Organización de las Naciones Unidas, en esa misma Conferencia se redefinió el vocablo telecomunicación de la siguiente manera:

Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.³²

La Convención fue reformada en varias conferencias posteriores, sin embargo en 1982, en la Conferencia de Nairobi se decide dividir a esa Convención en dos partes, una denominada Constitución que contenga las disposiciones fundamentales y la otra un Convenio que contenga disposiciones que por su naturaleza sea susceptible de revisión y modificación, esos cambios que se concretaron en la Conferencia de Niza de 1989.

La Constitución y el Convenio vigentes se firmaron el 22 de diciembre de 1992 en Ginebra, entraron en vigor el 1 de junio de 1994 y fueron enmendados por las Conferencias de Plenipotenciarios de Kyoto en 1994, Minneápolis en 1998 y Marrakech en 2002, sin embargo de las modificaciones hasta la actualidad se mantiene la definición adoptada en 1947, la cual ha sido recogida por varias legislaciones a nivel internacional.

Por otro lado debemos indicar que desde 1932, con la primera Conferencia se definió a las telecomunicaciones como un servicio público, el artículo 22 de esa Convención se denominaba literalmente “Las telecomunicaciones como servicio público”, y reconocía el derecho de la ciudadanía a comunicarse por los servicios internacionales, en la actualidad ese derecho continúa siendo reconocido por la

³¹ Convención Internacional de Telecomunicaciones, (Madrid: 1932).

³² Francisco Molina Negro, *La Unión Internacional de Telecomunicaciones cumple 75 años*, (Foro Histórico de las Telecomunicaciones, 2007), 4.

vigente Convención, sin embargo el epígrafe del artículo, se denomina “Derecho del público a Utilizar el Servicio Internacional de Telecomunicaciones.”³³.

Ese cambio en la denominación obedece, en realidad, a la discusión teórica de que si las telecomunicaciones son o no un servicio público, cuestionamientos que se han desarrollado a partir de las olas liberalizadoras de la economía de las últimas décadas.

Las telecomunicaciones nacieron considerándose un servicio público, tal como señala el epígrafe del señalado artículo 22, tradicionalmente esa fue la idea que gobernó la concepción de las telecomunicaciones, al menos en los países de raigambre de derecho continental europeo. Eso significaba que el Estado, sea de manera directa o indirecta, debía ocuparse de la prestación del servicio público, en los términos que hemos explicado en los acápites anteriores.

Boix explica que la consideración de las telecomunicaciones como un servicio público, se debe en resumen a los siguientes motivos: “contenido altamente técnico, estructura económica, carácter básico, importancia social, relevancia política e implicaciones militares.”³⁴.

El hecho de que las telecomunicaciones se consideren un servicio público, implica que la forma de regulación de esos servicios entren en la esfera del derecho público, que la actividad de los operadores a quienes se había otorgado la concesión sea sometida al estricto control del Estado, inclusive fijando beneficios máximos, regulando precios, tarifas y condiciones de producción. Las telecomunicaciones son consideradas, en ese sentido, un sector intervenido fuerte y directamente por la autoridad pública, donde el libre juego del mercado es reducido, regulado o controlado en su totalidad.

Las telecomunicaciones se consideran servicio público, pues su nivel de tecnificación hace necesario que exista un alto grado de infraestructura y un soporte económico potente para poder hacer frente al elevado monto de las inversiones “a los prolongados períodos precisos para desplegar unas redes suficientemente amplias y el largo tiempo de retorno de las inversiones, a la importancia de los costes fijos,

³³ Convención Internacional de Telecomunicaciones, Artículo 33

³⁴ Andrés Boix Palop, *Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción del servicio público*. Revista General De Derecho, N° 680 (Valencia, Universidad de Valencia, 2001), 3205.

hundidos o no, y a las grandes economías de escala que, a medida que se alcanza el suficiente tamaño, aparecen”³⁵.

Sin embargo, hay que señalar que los factores económicos no son, necesariamente, los factores determinantes para considerar a las telecomunicaciones como un servicio público, sino son los factores sociales los que hacen que este sector de la economía sea considerado un servicio público, así por ejemplo, hay que considerar que las telecomunicaciones son un servicio fundamental para el desarrollo del conocimiento, educación, seguridad y transversal para el progreso de otras actividades económicas, es por ello que no se puede permitir que el servicio pueda ser interrumpido o prestado de forma inadecuada, por dificultades técnicas o económicas propias de la actividad de las telecomunicaciones.

Por lo dicho se debe asegurar la continuidad y regularidad de las telecomunicaciones, siendo esta la razón por la cual este sector no debe estar en manos del sector privado sin que exista una adecuada regulación y control del Estado, pues se corre el riesgo de que el servicio sea prestado bajo estándares de calidad inadecuados y a precios inequitativos.

Entendido que las telecomunicaciones son un servicio público, el Estado tiene la obligación de garantizar su prestación, sin que ello signifique que se excluya la posibilidad de que se habilite a particulares a gestionarlo de manera delegada, a través de concesiones, autorizaciones, permisos o licencias, dependiendo de la legislación de cada Estado como explicamos en el acápite anterior.

A pesar de lo expuesto, cabe indicar que existe otra visión respecto de la regulación de las telecomunicaciones, aquella es la que considera a las telecomunicaciones como un sector de interés general, que se derivó del concepto de *public utilities*, a través del cual el Estado intervenía en distintos sectores de la economía por medio de comisiones independientes con competencias estatales o federales para delimitar y regular las actuaciones que los agentes económicos tenían al interior de los mercados³⁶, lo que acarrea la posibilidad de la liberalización de este importante sector, esa teoría tiene su origen en las concepciones del *Common Law* y alcanzaron gran fuerza a partir de los años 1980, en todo el mundo.

³⁵ Boix, 3206.

³⁶ Jácome, 14.

La idea tras ello es que debido a los avances tecnológicos, las condiciones para prestar el servicio se han modificado, debido a que los factores económicos se han abaratado, pues la mejor utilización del espacio o espectro radioeléctrico permite prescindir del cable y otras infraestructuras antes indispensables. Ello ha puesto en duda la pertinencia del monopolio de un solo operador, considerándola inclusive contraproducente pues no permite una regulación adecuada, desincentiva la investigación y el desarrollo de nuevas respuestas técnicas. “Se considera que, una vez desplegada la red básica, el mantenimiento de las prerrogativas monopolísticas deja de tener sentido, y que la consecución de un mejor y más barato servicio pasa por la apertura del mercado a la competencia.”³⁷.

A pesar de lo expuesto en los últimos párrafos, debemos indicar que para nosotros las telecomunicaciones deben ser consideradas un servicio público, más aun cuando la normativa constitucional y la legislación actual de nuestro país así lo consideran, temática que analizaremos con profundidad en el próximo capítulo de esta investigación.

³⁷ Boix,, 3212.

Capítulo Dos

2. El servicio público de las telecomunicaciones en Ecuador

2.1. El Régimen de exclusividad regulada

Se puede afirmar que la regulación de las telecomunicaciones de manera moderna en Ecuador empezó con la Ley Básica de Telecomunicaciones³⁸, expedida en el Gobierno dictatorial del General Guillermo Rodríguez Lara, en el año 1972. Esta Ley derogó la Ley General de Telecomunicaciones del año 1971, que había sido el primer intento para organizar y regularizar el sector de las telecomunicaciones en el país³⁹.

Desde el principio la legislación ecuatoriana consideró a las telecomunicaciones como un servicio público. La Ley del año 1971, en su primer artículo le daba esa categoría. La definición de telecomunicaciones se amplió con la Ley de 1972 que literalmente prescribía que “Las telecomunicaciones constituyen un servicio de necesidad, utilidad y seguridad públicas y de atribución privativa y de responsabilidad del Gobierno de la República...”⁴⁰.

La Ley de 1972 creó el denominado Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones (IETEL), como un organismo de derecho público con personería jurídica, patrimonio y recursos propios. Ese Instituto estuvo encargado de planificar, establecer, explotar, mantener, controlar, regular y desarrollar todos los sistemas de telecomunicaciones nacionales o internacionales de acuerdo con los planes de desarrollo del país, con criterio económico en función social y pública. Es importante señalar que, aún considerando a las telecomunicaciones como servicio público, la Ley de 1972 y su antecesora la de 1971, contemplaban la posibilidad de que la prestación del servicio pueda ser delegada a personas naturales o jurídicas privadas, mediante la concesión o autorización respectiva.

Esa Ley también garantizaba el derecho de los usuarios sean nacionales o extranjeros a utilizar los servicios públicos de telecomunicaciones previo el pago de

³⁸ Ecuador, “Ley Básica de Telecomunicaciones”, Registro Oficial N° 167, (Quito: 19 de octubre de 1972)

³⁹ Ecuador, “Ley General de Telecomunicaciones”, Registro Oficial N° 162, (Quito: 12 de febrero de 1971), Arts. 4, 5, 6.

⁴⁰ Ecuador, “Ley Básica de Telecomunicaciones”, Registro Oficial N° 167, (Quito: 19 de octubre de 1972)

las tarifas respectivas, que se encontraban reguladas en la misma norma y según la cual serían aprobadas por el Directorio del mencionado Instituto, aun cuando el servicio se preste por Concesionarios⁴¹, lo que significaba que las telecomunicaciones en Ecuador estaban completamente identificadas con los conceptos del servicio público.

Otro importante aspecto de la Ley de 1972 es que dispuso la creación del Plan Nacional de Telecomunicaciones para lograr el establecimiento, operación y ampliación del sistema nacional de telecomunicaciones, a fin de satisfacer las necesidades de desarrollo y la seguridad nacional, mediante comunicaciones rápidas, eficientes, económicas y seguras.

Esta Norma estuvo vigente por veinte años y estableció dentro de su marco normativo el concepto de régimen de exclusividad regulada en la prestación del servicio público, mediante el cual, debido a una exigencia de mercado y una necesidad social se instaure un monopolio a favor del Estado, a fin de poder desarrollar de manera adecuada el servicio de telecomunicaciones, manteniendo el control, regulación y gestión total de las redes y los servicios básicos. Este régimen es considerado la antítesis del régimen de libre competencia en donde prima el juego de mercado⁴².

En el caso de un régimen de exclusividad el Estado asume todos los servicios prestados, siendo indispensable la participación de aquel a fin de lograr la suficiente inversión e infraestructura para poder prestar el servicio, más aun en nuestro país, que no contaba con inversores privados que estén en la capacidad de poder desarrollar adecuadamente los factores económicos necesarios para la prestación del servicio.

Según detalla Rojas este modelo logró que para 1990 existan más de medio millón de líneas telefónicas habilitadas y cerca del 75 % del servicio sea automático, a pesar de ello se generaban fuertes críticas respecto de la eficiencia del servicio⁴³, además existía la necesidad de regular el espacio radioeléctrico⁴⁴ pues siendo un

⁴¹ Ecuador, “Ley Básica de Telecomunicaciones”, Registro Oficial N° 167, (Quito: 19 de octubre de 1972) Arts. 32, 34 y 39.

⁴² Juan Carlos Cassagne, *Los nuevos entes regulatorios*, En Alberto Sánchez, *El derecho público actual*, (Buenos Aires: Depalma, 1994), 35.

⁴³ Juan Pablo Rojas, *Derecho de las telecomunicaciones en Ecuador*, (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2010), 19.

⁴⁴ Ecuador, “Ley Especial de Telecomunicaciones”, Registro Oficial N° 996, (Quito: 10 de Agosto de 1992), Considerando Segundo.

recurso escaso de propiedad del Estado, no se encontraba regulado. Por esas y otras razones se modificó el modelo de regulación con la expedición de la Ley Especial de Telecomunicaciones, promulgada el 10 de agosto de 1992, la cual derogó la Ley de Básica de Telecomunicaciones de 1972.

La Ley de 1992 mantuvo la definición de las telecomunicaciones del año 1972, sin embargo realizó un cambio importante en la forma de gestión del servicio, pues en el artículo 7 dispuso que las atribuciones del Estado en materia de telecomunicaciones eran las de regular, dirigir y controlar las telecomunicaciones, eliminando las atribuciones de promover y ejecutar las telecomunicaciones, lo que marcaba ya la posibilidad de que no sea el Estado directamente el que preste el servicio.

Esta Ley Especial, determinó que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y un bien de dominio público, inalienable e imprescriptible, por lo que para su explotación era necesario una concesión previa otorgada por el Estado, que daba lugar al pago de los derechos correspondientes. Además disponía que cualquier ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones constantes en sus títulos habilitantes, requirían de nueva concesión previa y expresa.⁴⁵

En materia de institucionalidad se creó la Superintendencia de Telecomunicaciones como un organismo técnico, de derecho público, con domicilio en la ciudad de Quito, cuyas principales funciones eran las de gestión, administración y control del espectro radioeléctrico; la concesión y autorización del uso de frecuencias; la normalización, homologación, regulación y supervisión de las actividades de telecomunicaciones; ser el órgano de control técnico de las empresas que exploten los servicios de telecomunicaciones, la aprobación de tasas y tarifas por la concesión y autorización por el uso de frecuencias, entre otras⁴⁶.

Sin embargo el cambio más importante en materia de gestión de las Telecomunicaciones fue la transformación del Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones en la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL), que sería una persona jurídica, de derecho público, con patrimonio propio y autonomía administrativa, económica, financiera y operativa. Así entre las funciones se estableció: Planificar los sistemas de telecomunicaciones nacionales e

⁴⁵ Ecuador, "Ley Especial de Telecomunicaciones", Arts. 2 y 4.

⁴⁶ Ecuador, "Ley Especial de Telecomunicaciones", Arts. 34 y 35.

internacionales del país; Establecer, explotar, mantener y desarrollar los sistemas de los servicios de telecomunicaciones que se prestan en régimen de exclusividad por gestión directa del Estado.⁴⁷

En la práctica sucedía que el servicio público de telecomunicaciones se seguía prestando directamente, pero mediante una persona jurídica autónoma perteneciente al Estado, con un ánimo de mejoramiento de los servicios. En definitiva se mantenía el régimen de exclusividad regulada, inclusive el apartado b) del artículo 39 de esa Ley lo disponía literalmente. Sin embargo en el mismo artículo se permitía que EMETEL conforme compañías mercantiles con integración de capital privado para la prestación de servicios.

La tendencia mundial en esos años era la apertura hacia el régimen de libre competencia, sobre todo por la incursión del servicio de telefonía móvil, según una parte de la doctrina, cuando el mercado está listo para asumir el servicio mediante el régimen de libre competencia, se debe eliminar el monopolio del Estado y el régimen de exclusividad⁴⁸.

Bajo esa tendencia, el Ecuador abrió la posibilidad de concesionar el servicio de telefonía móvil, para ello la Superintendencia de Telecomunicaciones como órgano competente, en aquella época, para emitir regulaciones en materia de telecomunicaciones, expidió en el año 1992 el “Reglamento para la Concesión de Telefonía Celular”, y posteriormente en el año 1993 el “Reglamento de Telefonía Móvil Celular”. En ese año se presentaron seis ofertas para la concesión de la prestación del servicio otorgándose éstas a dos compañías privadas CONECEL y OTECEL⁴⁹.

Entonces lo que sucedía en nuestro país es que había una coexistencia de dos modelos para la prestación del servicio público, el de exclusividad regulada para la prestación del servicio de telefonía fija y el de libre competencia para la prestación del servicio de telefonía móvil. Sin embargo, las corrientes privatizadoras propugnaban el impulso de una liberalización de todos los servicios de telecomunicaciones, uno de los más reconocidos defensores de esa teoría fue el argentino Roberto Dromi, quien incluso afirmaba que aunque la coexistencia de esos

⁴⁷ Ecuador, “Ley Especial de Telecomunicaciones”, Art. 39

⁴⁸ Juan Carlos Cassange, *Los nuevos entes regulatorios*, 35.

⁴⁹ Hugo Carrión, *Regulación e inversión en telecomunicaciones. Estudio en caso Ecuador*, (Quito: Imaginar.Org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, 2007), 26.

regímenes es posible, la intención final debe ser que todo el servicio se presente bajo el régimen de libre competencia⁵⁰.

Con la fuerza de esas ideas a nivel regional e incluso a nivel mundial, en el Ecuador, se aprobó en diciembre de 1993 la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, que disponía que la prestación de ciertos servicios públicos, entre ellos el de telecomunicaciones, podrían delegarse a empresas privadas o mixtas y para ello inclusive se autorizaba el traspaso de la propiedad accionaria, entendida como una forma contractual administrativa, sin embargo, ello significaba que, en adelante las instituciones públicas que brindasen esos servicios podrían ser adquiridas por el sector privado.

En ese contexto dos años después en el año de 1995, se expide la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones⁵¹, la cual transforma la naturaleza de la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL, en una compañía mercantil, sociedad anónima, sujeta a la regulación de la Ley de Compañías y por ende del derecho privado, con un solo accionista que sería el Estado a través el Fondo de Solidaridad. El Fondo de Solidaridad fue un ente público creado por la Ley de Creación de Solidaridad en el año 1995, que tenía como objetivo la atención de políticas de desarrollo humano, posteriormente este organismo se elevó a rango constitucional con la Constitución Política del Ecuador del año 1998, otorgándole el objetivo de combatir la pobreza y eliminar la indigencia. El fondo de solidaridad recibió los recursos de las enajenaciones de las empresas estatales y de la venta de bienes del estado, así como, de las concesiones para la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada. Las normas prohibían la descapitalización de dicho fondo y la utilización de sus recursos en otros fines, al tiempo que prohibían la adquisición de títulos emitidos por el gobierno central, permitían el uso del capital en inversiones seguras y rentables permitiendo solo la utilización de las utilidades en programas sociales.

La Ley Reformatoria dispuso un cambio en su objeto social y estructura orgánica funcional, pero además que luego de su transformación se escinda en el número de compañías mercantiles que determinen los estudios técnicos que debían

⁵⁰ Roberto Dromi, *Derecho telefónico*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998), 425.

⁵¹ Ecuador, "Ley No. 94", Registro Oficial N° 770 (Quito: 30 de agosto de 1995.)

ser contratados internacionalmente. También se dispuso que luego de la escisión se venda el 35 % de las acciones de las nuevas compañías resultante, a operadoras del sector privado mediante una subasta internacional.

A pesar de lo expuesto, esta Ley mantenía el régimen de exclusividad a favor de EMETEL, ahora sociedad anónima o de las compañías que se creasen con la escisión dispuesta.

Volviendo al asunto relativo a la definición de las telecomunicaciones como servicio público, a pesar de la aparente claridad de la Ley en esa calificación, existía en el país la discusión sobre si todos los servicios de telecomunicaciones debían ser considerados como tal, tanto fue así que el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones⁵², expedido en noviembre de 1995, identificaba dos tipos de servicios de telecomunicaciones. Consideraba que los servicios públicos eran aquellos cuya prestación debía ser garantizada por el Estado debido a su importancia para la colectividad y los limitaba indicando que serían los servicios de telefonía fija local, nacional e internacional, dejando al CONATEL la atribución para incluir dentro de esa categoría otros servicios que se consideren de fundamental importancia para la comunidad⁵³.

El señalado Reglamento consideraba que los demás servicios que no entrasen en la categoría señalada eran considerados *servicios al público*, es decir aquellos servicios de telecomunicaciones abiertos a la correspondencia pública, prestados por terceros y que debían ser ofrecidos de manera regular, continua, eficiente y en condiciones de igualdad para los usuarios⁵⁴; servicios que para ser prestados por entes ajenos al Estado requerían de una concesión que habilite su prestación.

Nuestro criterio al respecto es que estas normas reglamentarias excedían el alcance que debían tener, pues la Ley en ningún momento establecía esa categorización, ni mucho menos consideraba una distinción tan importante en lo que se refiere al acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones.

Es bien sabido que el reglamento es una norma jurídica de rango inferior a la Ley, y esa inferioridad “es un asunto de esencia y no de ubicación jerárquica únicamente, pues debe recordarse que mientras la ley es una manifestación de

⁵² Ecuador, “Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones”, Registro Oficial Suplemento 832, (Quito: de 29 de noviembre de 1995)

⁵³ Ecuador, “Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones”, Art. 24.

⁵⁴ Ecuador, “Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones”, Art. 25.

soberanía la que está radicada en la nación; y, cuya titularidad le corresponde solo al estado, el reglamento es un mecanismo de aplicación de ese ordenamiento legal...”⁵⁵, por lo tanto el Reglamento en análisis nunca debió desarrollar el tema más allá de lo que la Ley preveía, sin embargo, el mismo se mantuvo vigente hasta el año 2001, sin que se haya declarado su ilegalidad.

En otro tema, la Ley Reformatoria creó dos instituciones estatales adicionales que fueron el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), encargado de la administración y regulación de las telecomunicaciones y de la representación del Estado ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Entre sus atribuciones se encontraban las de: dictar las políticas de telecomunicaciones; aprobar el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones; aprobar el plan de frecuencias; aprobar las normas de homologación, regulación y control de equipos y servicios de telecomunicaciones; aprobar los pliegos tarifarios de los servicios; establecer términos, condiciones y plazos para otorgar las concesiones y autorizaciones del uso de frecuencias así como la autorización de la explotación de los servicios de telecomunicaciones; expedir los reglamentos operativos necesarios, entre otras⁵⁶.

Como se puede observar, esta entidad asumió las funciones de administración y regulación que anteriormente fueron atribuidos a la Superintendencia de Telecomunicaciones, que se mantuvo como organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control.

La otra institución que se creó con esa Ley fue la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones como ente encargado de la ejecución de las políticas de telecomunicaciones, que estaría a cargo de un Secretario Nacional de Telecomunicaciones designado por el Presidente de la República y sería el órgano ejecutor y operador de toda la política en materia de telecomunicaciones emitida por el CONATEL.

En 1997, en cumplimiento de la Ley Reformatoria, EMETEL se escindió en dos compañías anónimas PACIFICTEL S.A. y ANDINATEL S.A., que operarían para las regiones de la costa y sierra, respectivamente; el Fondo de Solidaridad

⁵⁵ Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 78.

⁵⁶ Ecuador: “Ley No. 94”, Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones, Registro Oficial N° 770 de 30 de Agosto de 1995. Artículo Innumerado Tercero, Dentro del Título I Del Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

continuó siendo el único accionista de estas compañías y nunca se trasladaron a la empresa privada el 35% de sus acciones⁵⁷.

Más allá de lo expuesto hasta aquí, no es sino hasta el año 2000, cuando en el Ecuador se instaura legalmente el régimen de libre competencia, cuando se expide la Ley para la Transformación Económica del Ecuador⁵⁸, conocida como la Ley Trole I, por el hecho de transformar varios cuerpos normativos de diferentes materias. En materia de nuestra investigación esa Ley reformó nuevamente la Ley Especial de Telecomunicaciones y agregó un capítulo completo al que denominó literalmente "Capítulo VII Régimen de libre competencia".

Se dispuso que todos los servicios de telecomunicaciones se brinden en régimen de libre competencia, evitando monopolios y prácticas restrictivas, rompiendo así por primera vez en el Ecuador el concepto de prestación de servicio público de telecomunicaciones de manera directa y mediante régimen de exclusividad regulada, que hasta la fecha se prestaba de manera dual, mediante concesiones para el servicio de telefonía móvil y de manera directa por parte del Estado para el servicio de telefonía fija. De la misma manera, la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana⁵⁹, reformó el artículo 41 de la Ley de Modernización del Estado y estableció la posibilidad que el Estado delegue a empresas privadas o mixtas, la prestación de los servicios públicos, entre ellos, expresamente el de telecomunicaciones.

En septiembre del año 2001, el entonces Presidente Gustavo Noboa Bejarano expidió un nuevo "Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada", que recogía la misma distinción que realizaba el Reglamento del año 1995 y limitaba los servicios públicos de telecomunicaciones a la telefonía fija local, nacional e internacional, dejando que el CONATEL, incluya otros servicios de

⁵⁷ Guillermo Camacho, *Ilegalidad en la valoración de los derechos de concesión del Sma: Prescindencia de disposiciones del marco regulatorio de las telecomunicaciones por parte del Estado ecuatoriano en la valoración de los derechos de concesión del Servicio Móvil Avanzado de Conecel S.A y Otecel S.A.* (Tesis de Abogado, Universidad San Francisco de Quito, 2009), 13.

⁵⁸ Ecuador, "Ley para la Transformación Económica del Ecuador Ley No. 4," Registro Oficial Suplemento N° 34 (Quito, de 13 de marzo del 2000)

⁵⁹ Ecuador, "Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana", Registro Oficial Suplemento N° 144, (Quito: 18 de agosto del 2000)

considerarlo pertinente⁶⁰; sin embargo en este caso, a diferencia de lo que pasó en el año 1995 el Reglamento se encontraba acorde a la Ley, pues con las reformas introducidas a la Ley, se preveía expresamente la prestación de servicios públicos de manera indirecta por parte del sector privado y ya no se establecía que todos los servicios de telecomunicaciones eran considerados servicios públicos, sino que se los concebía como servicios de necesidad, utilidad y seguridad públicas, este cuerpo normativo estuvo vigente durante varios años y fue derogado con la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el 18 de febrero del 2015.

Como se señaló anteriormente, el régimen de libre competencia estuvo vigente en el Ecuador a partir del año 2000, pero en realidad el sector de las telecomunicaciones sufrió un atasco a raíz de ese año, como lo manifiesta Carrión, quien considera que hasta el año 2007, al no haberse emitido una ley de competencia y debido al fracaso en las negociaciones para la privatización de ANDINATEL y PACIFICTEL, nunca se logró concretar ese modelo en el país. Comenta que a pesar del marco regulatorio de libre competencia, el Estado siguió manteniendo el monopolio de la prestación de los servicios de telefonía fija, a través de esas compañías con alrededor de un millón setecientos mil abonados en ese año⁶¹, lo que constituía un 93 % del mercado, la empresa ETAPA que es también estatal, pues le pertenece a una entidad autárquica que es el Municipio del Cantón Cuenca, mantenía el otro 6 % del mercado, quedando libre a penas el 1 % completado por cuatro operadores privados que no representan mayor incidencia en el mercado.

Luego del intento del Ecuador de asumir e implementar el régimen de libre competencia en materia de telecomunicaciones se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el mismo no tuvo el efecto deseado por sus propulsores. En el año 2008, con un marcado cambio de tendencia política, se transformó nuevamente la estructura de las compañías prestadoras de servicio de telefonía móvil y las compañías ANDINATEL y PACIFICTEL, se fusionaron constituyendo nuevamente un solo operador que tomó el nombre de Corporación Nacional de Telecomunicaciones Sociedad Anónima, lo que sucedió mediante un acto mercantil, elevado a Escritura Pública celebrada ante el Notario Décimo Séptimo del Cantón Quito, el 30 de octubre de 2008.

⁶⁰ Ecuador, “Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada”, Registro Oficial No. 404, (Quito: 9 de septiembre de 2001)

⁶¹ Carrión, 15

Podemos concluir este acápite indicando que nuestro país consideró a ciertos servicios de telecomunicaciones como públicos debido a su importancia y a la gran inversión que se necesitó para poder dotar del mismo a su población, ese régimen alcanzó una importante cobertura en lo que se refiere al servicio de telefonía fija, que durante varios años fue el principal servicio de telecomunicaciones al cual la población tenía acceso.

El modelo elegido en un primer momento fue el de la prestación directa, que a nuestro criterio fue el acertado, para lograr una mayor cobertura y en lo posible la universalización del servicio, aunque quizás la gestión pública perdió su impulso y eficiencia a lo largo del tiempo por lo que hubo que redinamizar la forma de prestación del servicio creando instituciones específicas que brinden el servicio bajo criterios empresariales con calidad y eficiencia, aunque los resultados no fueron precisamente los que se esperaban.

Las ideas liberalizadoras de la economía, pensando más bien en la disminución del tamaño del Estado y en la mayor participación del sector privado motivaron reformas legales e institucionales en ese sentido, sin embargo en lo que respecta a telefonía fija, que conforme se señaló anteriormente era considerada como servicio público, el regulador otorgó concesiones basándose en la apertura del mercado a la libre competencia⁶², pese a lo cual la participación del sector privado fue incipiente y en la actualidad la CNT EP mantiene el monopolio con el 85,84 % de abonados⁶³.

Por ello nuestro criterio es que en el Ecuador la participación del Estado en la prestación de servicios de telecomunicaciones ha sido determinante para el crecimiento, expansión, cobertura, universalización y dinamización del sector.

En octubre de 2008 se expidió la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, que cambia nuevamente la estructura jurídica y la forma de funcionamiento y prestación de servicios públicos, tema que analizaremos en detalle en el tercer acápite del presente capítulo.

⁶² Ecuador, “Ley Reformativa a Ley Especial de Telecomunicaciones”, Registro Oficial Suplemento No. 34 (Quito: 13 de marzo de 2000), Art. 58

⁶³ <http://www.arcotel.gob.ec/servicio-de-telefonía-fija/>

2.2. Régimen de competencia en el servicio de telefonía móvil en Ecuador.

Antes de continuar nuestra investigación y exponer la regulación de los servicios y el correspondiente análisis jurídico, nos parece indispensable realizar un breve examen, por separado, de la forma en la que se ha regulado y desarrollado el servicio de telefonía móvil en el Ecuador hasta el año 2007, pues este importante sector de las telecomunicaciones tuvo una dinámica diferente a la del servicio de telefonía fija.

En el apartado anterior, mencionamos brevemente, que a partir de año 1992 el Ecuador optó por concesionar a operadores privados el servicio de telecomunicaciones de telefonía móvil, en lugar de operarlo directamente como lo había realizado con el servicio de telefonía fija, ello marcó una dualidad en la forma de prestación de estos servicios, la cual se mantiene hasta la actualidad.

Como hemos dicho, en 1992 se expidieron los Reglamentos para la Concesión de Telefonía Celular y para el Servicio de Telefonía Móvil Celular, con ello se creó la posibilidad de llamar a una licitación pública para entregar la delegación de esos servicios para que sean gestionados por los particulares. La Ley de la época consideraba a todas las telecomunicaciones como servicio público y en cuanto al espectro radioeléctrico era considerado un recurso natural que necesitaba de una autorización para su utilización.

De esa manera seis compañías presentaron sus ofertas, resultando adjudicadas las compañías CONECEL S.A y OTECEL S.A, para la prestación de ese servicio, se suscribieron los contratos de concesión con una duración de quince años, con iguales condiciones para las dos partes, en cuanto al uso del espacio radioeléctrico, derechos de concesión, cobertura geográfica y obligaciones⁶⁴.

Jurídicamente el hecho de que se haya otorgado igualdad de condiciones a las dos operadoras significa que, en efecto, en este sector específico de las telecomunicaciones se implementó un régimen de competencia, y el papel del Estado fue el asumir su regulación y control, dejando que el mercado sea el que regule la competencia entre las dos concesionarias.

Camacho, analiza con detalle el desarrollo económico y competitivo de las dos operadoras, explica que ambas pagaron al Estado una suma de dos millones de

⁶⁴ Camacho, 21

dólares, luego de la concesión, teniendo la obligación de entregar un porcentaje de la facturación bruta anualmente. Según ese análisis en el año 1996 la compañía CONECEL contaba con alrededor de 36.500 usuarios y la compañía OTECEL con alrededor de 23.000 usuarios.

Dichas compañías mantenían un crecimiento sostenido en el mercado, y en el gobierno de Abdalá Bucaram, se optó por modificar los contratos de concesión para adelantar el pago de regalías e incorporar las reformas de la Ley Especial de Telecomunicaciones, ello sucedió en el año 1996⁶⁵, con la suscripción del Contrato Ratificatorio, Modificatorio, Codificadorio para la explotación del Servicio de Telefonía Móvil Celular.

La firma de ese contrato favoreció notablemente a las dos compañías, pues debido al pago adelantado se encontraban fuera de las regulaciones posteriores, así lo reconoció inclusive el Procurador General del Estado, que mediante Oficio 17235 de 9 de abril de 2011, indicó que la única fuente de obligaciones de las Compañías era el señalado Contrato, por lo que no eran aplicables las normas que modificaron el Reglamento de Telefonía Celular en el año 1998.

A partir de ese año el crecimiento fue sostenido con un incremento de usuarios permanentes, duplicándose año a año⁶⁶, al punto que en el año 2003, la compañía CONECEL contaba con alrededor de un millón cuatrocientos mil abonados y la Compañía OTECEL con alrededor de ochocientos mil.

En el año 2003 ingresa un tercer operador para brindar el servicio de telefonía móvil celular, es la compañía Telecomunicaciones Móviles del Ecuador TELECSA S.A, cuyo propietario era el Fondo de Solidaridad, es decir, el Estado ecuatoriano. TELECSA recibió algunas ventajas para poder ingresar en el mercado, entre ellas, ser el primer concesionario del servicio móvil avanzado, un precio relativamente bajo para la Concesión, que fue de 31 millones de dólares y la exclusividad para el uso de espacios determinados del espacio radioeléctrico y respecto de la tecnología⁶⁷.

Las compañías competidoras interpusieron reclamaciones administrativas al respecto, aduciendo supuestas condiciones favorables recibidas por el nuevo competidor, solicitaron la nulidad del proceso de concesión, pues las otras compañías

⁶⁵ Camacho, 22.

⁶⁶ Edgar Ramos, *Diagnóstico del sector telefónico ecuatoriano*, Serie de Apuntes de Economía N° 41 (Quito: Dirección y Estudios Banco Central Ecuador, 2004) 19.

⁶⁷ Camacho, 26.

no habían podido participar en el proceso, por una prohibición expresa del ente regulador. Argumentaron no haber recibido trato igualitario y que se estaba entregando un monopolio a favor de TELECSA S.A.⁶⁸, lo que violentaba el régimen de libre competencia que se encontraba vigente en Ecuador. Además, señalaban que el valor de la concesión perjudicaba al Estado en un monto de treinta millones de dólares, en beneficio del nuevo competidor. El CONATEL, negó el reclamo administrativo, por lo que interpusieron un amparo constitucional que concedió la razón a los solicitantes pero que fue luego revocado por el entonces Tribunal Constitucional, mediante Resolución 784-2002-RA.

Respecto del tema principal de esta investigación, en su fallo, el Tribunal Constitucional, ratificó el hecho de que la prestación del servicio de telecomunicaciones, incluido el de telefonía móvil, es un deber del Estado por ser un servicio público y en razón de ello, en caso de existir la decisión de concesionar es el propio Estado el que impone las condiciones para su prestación por parte de los particulares.

El fallo reconoce que en el Ecuador existe un régimen de libre competencia en materia del servicio de telecomunicaciones, pero que ello significa que el Estado puede imponer restricciones a fin de propiciar ese régimen y evitar el monopolio y concentración en manos de alguno de los operadores. A raíz de ello, el Tribunal Constitucional expone que el tratamiento igualitario que debe darse dentro de un procedimiento licitatorio tiene estrecha relación con el principio de igualdad ante la ley, e indica que este principio se traduce en dar tratamientos iguales en situaciones iguales. Reconoció que las condiciones no eran iguales al momento en el que OTECEL obtuvo la concesión, por lo que en todo caso ese competidor, tendría condiciones favorables al haber iniciado su actividad en un mercado inexplorado y por haber operado en el mercado por más de nueve años, por ello las condiciones de accesibilidad a la concesión no pueden ser iguales.

Aunque algunos autores consideran que el ingreso de TELECSA al mercado mejoró el servicio y obligó a que se bajen las tarifas del servicio⁶⁹, Camacho hace notar que el mercado hasta el año 2007, mantuvo a la compañía CONECEL como el operador dominante, incluso luego de que la compañía OTECEL, fuese adquirida por

⁶⁸ Camacho 26.

⁶⁹ Carrión, 27.

la compañía española de economía mixta TELEFÓNICA S.A., que se mantuvo como el segundo operador. Para el año 2008, la repartición de los usuarios en el país por cada uno de las operadoras se ubicaba en el orden de alrededor del 70 % de usuarios en manos de CONECEL S.A, el 27 % de usuarios en manos de OTECEL S.A y un 3 % con TELECSA.S.A⁷⁰.

El 29 de julio de 2010, mediante Decreto Ejecutivo se crea la empresa pública TELECSA EP, la misma que subroga en todos sus derechos y obligaciones a TELECSA S.A.; y el 30 de julio del mismo año los directorios de las empresas públicas TELECSA EP y CNT EP, resolvieron la fusión por absorción de la Empresa Telecomunicaciones Móviles del Ecuador - TELECSA EP a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP. Es decir, desde esa fecha, la CNT EP tiene la facultad de prestar los servicios de telefonía fija y servicios móviles avanzados.

En el Ecuador no existía ley alguna que regule el derecho de competencia⁷¹, sin embargo, el CONATEL expidió la Resolución 415-15-CONATEL-2005, el 13 de octubre de 2005, misma que acogió las disposiciones contenidas en las Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones, “para evitar la competencia desleal, estimular el acceso de nuevos prestadores de servicios, prevenir o corregir tratos discriminatorios, y evitar actos y prácticas restrictivas a la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.”

La Decisión 608 fue la normativa primigenia que reguló el derecho de competencia en Ecuador, puntualmente temas de prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de posición de dominio y en menor medida en materia de competencia desleal. La señalada decisión, que era una norma internacional de aplicación obligatoria en el Ecuador, al menos, mientras no se dictó la Ley que reguló esa materia en el país, fue un avance importante en la regulación de la competencia, pues permitía sanciones de aplicación directa por parte de la Secretaría General de la CAN, con el apoyo de los organismos internos competentes de cada país.

⁷⁰ Ecuador, Superintendencia de Telecomunicaciones, *Estadísticas telefonía móvil y acceso a la Internet*, Revista Institucional No.2, Noviembre de 2008, (Quito: Superintendencia de Telecomunicaciones, 2008), 29.

⁷¹ La regulación de estas materias sucedió recién en el Año 2011, cuando se expidió la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado, Publicada en El Registro Oficial Suplemento N° 555 Del 13 de octubre 2011.

Aunque la Decisión indicada fue un importante avance teórico fue una norma ineficaz, según Carrasco esos avances fueron irrelevantes, pues la Decisión no se aplicó en el país⁷².

En materia de telecomunicaciones sucedió algo parecido, pues el artículo segundo de la Resolución 415-15-CONATEL-2005, ordenaba la expedición de un Reglamento que debía ser emitido por el CONATEL en un plazo de 90 días, y en el cual se regularían los mecanismos para determinar la existencia de distorsiones y limitaciones al régimen de libre competencia; y, una vez determinados tales actos o conductas el CONATEL cumpliría las funciones de control y regulación de la competencia en materia de telecomunicaciones. Sin embargo, ello no sucedió, pues dicho reglamento nunca llegó a emitirse.

Por otro lado, es importante mencionar que en cumplimiento a la Decisión 616, así como al Artículo 42 de la Decisión 608 de la CAN, el Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 1614, publicado en el Registro Oficial 558 de 27 de marzo de 2009, que contiene las Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN, designó como autoridad de aplicación en materia de competencia al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaria de Competencia de esta cartera de Estado, dándole carácter de temporal hasta que se apruebe la ley que regule la competencia económica.

De la norma citada, no se evidencia con claridad la voluntad del Estado, representado por el Presidente de la República, de encargar la aplicación de la Decisión 608 de la CAN al CONATEL o a otras autoridades reguladoras de sectores específicos. Sin perjuicio de que, en uso de sus facultades secundarias y complementarias, órganos como el CONATEL promuevan la competencia mediante la adopción de medidas o regulaciones especiales.

Una vez analizada la regulación vigente a esa fecha en materia de competencia, y considerando que en el Ecuador existía un operador que ostentaba una clara mayoría de abonados en el país, acaparando una importante sección del mercado, el CONATEL mediante Resolución No. 347-13-CONATEL- 2010, de 30 de octubre de 2010, declaró y calificó a la compañía CONECEL S.A como operador

⁷² Carrasco, Pablo, Tesis: *Análisis de la Decisión 608 de la Comunidad Andina sobre protección y promoción de la Competencia, y perspectivas sobre su aplicación en el Ecuador*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 88.

dominante en el mercado móvil-móvil para el servicio de voz, en todo el territorio ecuatoriano, sometiéndola al cumplimiento de las obligaciones propias de un operador dominante.

La declaración de operador dominante implicaba el cumplimiento de las obligaciones contempladas artículo 30 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, que eran:

- c) Aplicar condiciones análogas para operaciones similares o equivalentes;
- d) Suministrar las facilidades de conexión e interconexión entre redes de telecomunicaciones de manera eficiente, de acuerdo con los principios de igualdad y trato no discriminatorio;
- e) Facilitar el acceso a la información técnica necesaria que permita la conexión o interconexión con sus redes; y,
- f) Proporcionar la información pertinente que requieran los entes de regulación y control conforme lo señale la ley, los reglamentos y los títulos habilitantes.⁷³.

Ahora bien es necesario señalar que el hecho de que un competidor en el mercado tenga una posición de dominio o concentre una gran parte del mercado, inclusive un monopolio del mismo no es pernicioso o perjudicial por sí mismo. El derecho de la competencia se fundamenta en “el reconocimiento de que una competencia efectiva constituye el presupuesto sine qua non para la mayor eficiencia en la distribución de recursos y el bienestar general, presentando ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación.”⁷⁴.

Una concentración del mercado podría reducir los costos de producción y los costos de transacción en las negociaciones contractuales cumpliendo uno de los objetivos principales de toda unidad económica, reducir costos y maximizar beneficios⁷⁵, lo que podría verse reflejado en mejores tarifas para los usuarios, por

⁷³ Ecuador, “Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones”, Decreto Ejecutivo 1790, Registro Oficial No. 404 (Quito: 04 de septiembre de 2001.)

⁷⁴ Diego Arce Jofre, *Derecho de la Competencia: Control de concentraciones bajo la óptica de los mercados dinámicos*, Última consulta 10 de enero 2016, <http://www.eumed.net/ce/2009a/daj.htm>,

⁷⁵ Carlos Pachas Vicuña, *¿Dudar? Quizás: El Control de las concentraciones y fusiones empresariales*, Revista Derecho y Cambio Social, Última consulta 10 de enero 2016. <http://www.derechocambiosocial.com/revista006/empresarial.htm>,

otro lado una mayor participación en el mercado podría ayudar a que el control por parte de las autoridades sea focalizado y más prolijo al tener menos competidores que puedan crear acuerdos para repartir cuotas de mercado o fijar condiciones perjudiciales para otros competidores.

En ese sentido el papel del Estado en lugar de considerar que cualquier actividad económica que lleve a un mayor posicionamiento en el mercado, o deplorar de plano ese tipo de actividades es, mediante su autoridad reguladora, es precautelar la competencia efectiva en el mercado, con estrategias como:

- “a) la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia - configurado como un sistema de ilícitos que prohíbe el abuso de posición dominante, el falseamiento de la competencia por actos desleales y las prácticas colusorias;
- b) el control de concentraciones - sistema de control tendiente a evitar la consolidación de oferentes con un alto poder de mercado-; y,
- c) Salvaguardas sobre ayudas públicas -sistema de recomendación que busca evitar distorsiones de la competencia por medio de ayuda públicas.⁷⁶

La competencia fue regulada en nuestro país años más tarde, por la Ley Orgánica del Regulación y Control del Poder del Mercado expedida en el año 2011 que busca evitar el abuso de operadores económicos con poder de mercado, los acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, para lograr eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios. Sin embargo no profundizaremos en esta materia por no corresponder al tema de este análisis.

Continuando con nuestra investigación, como ya indicamos en el año 2000 en el Ecuador se instauró legalmente el régimen de libre competencia, es decir en Ecuador estaba vigente el régimen de exclusividad regulada en los años 1992 y 1993 cuando se abrieron las puertas para concesionar el servicio de telefonía móvil. Lo que sucedió en el país, es que a pesar de que la Ley ordenaba un modelo de gestión de telecomunicaciones que se debía asumir de manera preferente por el Estado o por las personas jurídicas estatales creadas para ello, se optó por permitirse un sistema

⁷⁶ Arce, 1.

diametralmente opuesto, lo que trajo como consecuencia que sea el sector privado el que se apropie de la prestación de un servicio que, hoy por hoy, es uno de los más importantes para la población a nivel mundial.

En ese sentido es entendible que en el año 2003 el Estado haya querido participar en ese mercado como un competidor adicional, pero lo lamentable es que a pesar de que la compañía de propiedad del Estado tuvo condiciones favorables para el inicio de su gestión, no logró posicionarse de mejor manera y se convirtió en un competidor con muy baja incidencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles.

En la actualidad la regulación de las telecomunicaciones en el país ha cambiado, así mismo el manejo de la gestión de este servicio público por parte de las entidades estatales creadas para el efecto, inclusive la naturaleza jurídica de aquellas ha sido modificada sustancialmente, todo ello será analizado en esta investigación en los próximos acápite.

2.3. Las telecomunicaciones como sector estratégico en Ecuador desde la Constitución de 2008

Debemos iniciar este acápite indicando que el Ecuador vivió un proceso Constituyente, que fue impulsado desde la presidencia del economista Rafael Correa. La Asamblea Constituyente se llevó a cabo en la ciudad de Montecristi en la provincia de Manabí y concluyó con la emisión de la Constitución del Ecuador del año 2008.

La Constitución de Montecristi cambió el modelo de Estado, migrando del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el cual, se da una revalorización del ser humano y sus derechos, que se encuentran protegidos y amparados por la Constitución, sin necesidad de mediar Ley alguna para su reconocimiento; en palabras de Luigi Ferrajoli, constituye una “doble sujeción del derecho al derecho”⁷⁷.

El Estado constitucional de derechos y Justicia, es aquel modelo garantista y humanista, en el cual, existe una verdadera sujeción y cumplimiento del Derecho y de los derechos fundamentales; es decir, existe una suerte de independencia del

⁷⁷ Luigi Ferrajoli, “*El derecho como sistema de garantías*”, en Id., *Derechos y garantías*, (Madrid: Trotta. 1999), 23

Derecho con respecto al Estado que tiene como fin la prevalecencia de la Justicia. Por ello, el Derecho constitucional se está constantemente haciendo.

Los derechos fundamentales tienden a someter y limitar el poder del Estado. Las normas jurídicas se deben ajustar formal y materialmente a los principios constitucionales así como a los tratados internacionales en cuanto a la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Dentro de éste modelo, se niega la tradicional identidad kelseniana entre derecho y norma y la Constitución abandona su “función de estructura de protección de la sociedad frente al poder político, y pasa a convertirse en instrumento del poder político para la realización de los derechos”⁷⁸, debiendo observar, que el control de la supremacía de la Constitución, para que los derechos sean efectivamente respetados, es tarea de los jueces.

El Estado constitucional de derechos y Justicia se encuentra en un proceso espiral constante de transformación social, por lo tanto, la legislación secundaria o derivada puede tornarse ineficaz o caer en declinamiento, por ello “los juristas tienden a abandonar el supuesto de la sujeción a la ley en beneficio de otros criterios metalegales. Estos les permitirán justificar la separación de la letra de la ley con el objetivo de adecuar el derecho a las nuevas necesidades sociales [...] en la cual la consideración de las consecuencias y reacciones sociales, de los objetivos y directrices y de la justicia desempeñen un papel relevante junto a la legislación.”⁷⁹

En el caso ecuatoriano, los derechos y garantías son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, plenamente justiciables, siendo de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, sin que sea necesario el cumplimiento de condiciones o requisitos no previstos en la Ley; sin embargo, pueden existir leyes que limitan el ejercicio de derechos, las cuales se deben considerar ineficaces.

Los derechos de las personas no son sólo aquellos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, sino que pueden ser todos aquellos derivados de la “dignidad de las personas”.

El máximo órgano de control e interpretación constitucional es la Corte Constitucional que se encarga además de administrar justicia constitucional; sin

⁷⁸ Julio Echeverría, “*El Estado en la nueva Constitución*” en la Nueva Constitución del Ecuador, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 14.

⁷⁹ Alberto Calsamiglia, “Introducción a la Ciencia Jurídica”, (Barcelona: Editorial Ariel, 1990), 106

embargo, la propia Constitución obliga que los servidores públicos, administrativos o judiciales, en materia de derechos humanos, realicen la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia.

La Constitución, de forma no limitante, consagra una serie de principios así derechos fundamentales: Derechos del Buen Vivir, Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria, Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades, Derechos de Participación, Derechos de Libertad, Derechos de Protección, Derecho a la resistencia. Entre los Derechos del Buen Vivir consagrados en la Constitución se encuentran los de Comunicación e Información, así el artículo 16 establece que todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho al acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.

En definitiva la Constitución del 2008 trastocó varios temas respecto de su inmediata antecesora que fue la Constitución Política de la República del Ecuador expedida en el año 1998.

Respecto a la Constitución Política de la República de 1998, es necesario efectuar algunas precisiones, que permitan establecer las diferencias, sobre todo desde el punto de vista ideológico, en relación a la actual Constitución. Fue elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente, estuvo integrada mayoritariamente por organizaciones políticas de derecha, de corte conservador, socialcristiano y liberal, organizaciones que promovían una menor participación del Estado en la vida social y económica del país. Se la ha calificado como privatista pues refleja la voluntad de transformar el rol del Estado, limitando sus facultades reguladoras en el marco de una economía social de mercado; y, trasladando sus competencias y atribuciones empresariales al sector privado. Dicha Constitución garantizaba un tratamiento igual a públicos y privados, nacionales y extranjeros, en el desarrollo de las actividades empresariales; asimismo disponía como responsabilidad del Estado impulsar y promover la libre competencia y sancionar las prácticas monopólicas. El rol del Estado era vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley, por tanto le otorgó la potestad para regularlas y controlarlas en defensa del bien común.⁸⁰

⁸⁰ Fabián Jaramillo, Tesis: “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador (Un estudio sobre las empresas públicas en el Ecuador)”, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar), 52, 53.

En lo relacionado al tema de las telecomunicaciones, materia de nuestro análisis, las concebía como un servicio público que podía ser prestado directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas mediante concesiones u otras formas contractuales, mermando inclusive la posibilidad de aplicar cláusulas exorbitantes por parte del Estado y elevando la relación contractual administrativa a categoría constitucional, pues disponía que las condiciones contractuales acordadas no podrían modificarse unilateralmente ni siquiera por la Ley, menos aún por otras disposiciones administrativas⁸¹.

Por otro lado, la Constitución de 1998 estableció en su artículo 247 lo siguiente:

Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial. Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.⁸²

En esta Constitución se estableció como responsabilidad del Estado, la provisión de los servicios públicos entre los cuales se encontraban las telecomunicaciones. Esta obligación podía ser asumida de manera directa o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley⁸³, norma a través de la cual se buscaba incentivar la inversión privada en estos importantes sectores de la economía.

⁸¹ Ecuador, "Constitución Política del Ecuador" Registro Oficial No. 1 (Quito: 11 de agosto de 1998), Art. 249.

⁸² Ecuador, "Constitución Política del Ecuador", Art. 247

⁸³ Ecuador, "Constitución Política del Ecuador", Art. 249

La actual Constitución de la República, también reconoce a las telecomunicaciones como un servicio público, pero con una visión política diferente, considera a las telecomunicaciones como parte de los denominados sectores estratégicos que, según el texto de la misma Norma, son de decisión y control exclusivo del Estado “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.”⁸⁴.

Precisamente este cambio en la visión política e ideológica plasmado en la Constitución de 2008, llevó al Ecuador a pasar de la ola neoliberalista predominante en los noventa a nivel regional, donde el rol del Estado era cada vez más limitado y se fundamentaba en la liberalización y desregulación económica, a un modelo donde el Estado tiene una fuerte intervención y participación en la economía y sus instituciones se encuentran dotadas de legitimidad para ejercer sus competencias. Sin embargo, algunos dirigentes políticos señalan que el gobierno del Presidente Correa más allá de tener un tinte socialista es neodesarrollista, pues “el socialismo son cambios estructurales tanto en lo político, económico y social y no pequeños parches como los que se están dando que no generan un verdadero cambio en la vida del país. El neodesarrollismo forma parte del capitalismo, pero mantiene la vida del neoliberal”⁸⁵. Al respecto, es importante aclarar que el neodesarrollismo doctrinariamente se caracteriza por una mayor intervención estatal, conocido como “capitalismo de Estado que a su vez, no solo está interesado en el crecimiento económico, sino que busca superar bajo un enfoque integral las dificultades propias de los países periféricos relacionadas con la inequidad, la baja productividad, la inserción internacional desventajosa, todo ello matizado por la promoción de la sostenibilidad ambiental”.⁸⁶

En relación a los sectores estratégicos, éstos son calificados por cada Estado, dependiendo del interés y objetivo estratégico que tenga y su definición se concreta únicamente cuando el Estado determina cuáles de todos los sectores de la sociedad

⁸⁴ Ecuador, “Constitución de la República de Ecuador” Registro Oficial No. 449 (Quito: 20 de octubre de 1998), Art. 313.

⁸⁵ Germán Rodas Chávez, *El gobierno de Rafael Correa no es socialista sino neodesarrollista*, Entrevista Diario El Universo, 15 de mayo de 2010. Disponible en <http://www.eluniverso.com/2010/05/15/1/1355/el-gobierno-rafael-correa-un-regimen-socialista-sino-neodesarrollista.html>

⁸⁶ Santiago García Álvarez, *Desarrollismo, neodesarrollismo y posdesarrollo. Aspectos claves para del debate*, 31 de mayo de 2014, Última consulta 14 de enero de 2016, Disponible en <http://buenvivir.eumed.net/debate-desarrollismo-neodesarrollismo-y-posdesarrollo/>

tienen esa consideración, lo que justifica su intervención en ellos. En el Ecuador se han determinado como tales, además de 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 ley⁸⁷.

El hecho de que una materia o área sea considerada sector estratégico implica una reserva a favor del Estado, quien tiene plena capacidad para intervenir en esos sectores para regularlos, controlarlos y administrarlos como le sea más conveniente. La gestión de estos sectores tiene un modelo definido constitucionalmente, el mismo, debe realizarse mediante la constitución de empresas públicas o de economía mixta. La reserva a favor del Estado es de tal magnitud que en nuestro país se acepta, solo de manera excepcional, la delegación de la gestión de estos servicios al sector privado.

En el sentido expuesto en el párrafo anterior, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones dispone que solo de manera excepcional, siempre que haya sido decretada por el Presidente de la República y cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público; cuando no se tenga la capacidad técnica o económica; o, cuando un servicio no pueda ser prestado por empresas públicas o mixtas se podrá delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de sectores estratégicos⁸⁸.

Por tanto, en materia de telecomunicaciones en Ecuador existe, un monopolio legal a favor de las empresas públicas, pudiendo delegar la prestación de servicios al sector privado de manera excepcional, siempre y cuando se configuren las causales establecidas en la Ley que regula la materia.

La gestión de los servicios públicos debe brindarse, en primera instancia, por empresas públicas creadas para el efecto. Las empresas públicas son personas jurídicas que forman parte del sector público y que le pertenecen al Estado. La Comisión de Legislación y Fiscalización, órgano que ejerció la Función Legislativa durante el régimen de transición, luego de que se terminó la Asamblea Nacional Constituyente en el mes de octubre del año 2008, expidió la Ley Orgánica de

⁸⁷ Ecuador, “Constitución de la República de Ecuador” Registro Oficial No. 449 (Quito: 20 de octubre de 1998), Art. 313.

⁸⁸ Ecuador, “Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones”, Registro Oficial Suplemento No. 35, (Quito: 29 de octubre de 2010), Art. 100.

Empresas Públicas⁸⁹, que regula todo lo referente a la materia. Según la Ley las empresas públicas, éstas, están destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Estas personas jurídicas se constituyen mediante acto normativo, sea: decreto ejecutivo cuando pertenezcan a la función ejecutiva; acto normativo regional, provincial o municipal cuando pertenezcan a los gobiernos autónomos descentralizados; mediante; escritura pública cuando se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado correspondiente. La Ley también reconoce la posibilidad de que las universidades públicas puedan constituir empresas públicas o mixtas sometidas al mismo régimen.

Las empresas públicas para lograr sus objetivos tienen un amplio margen asociativo que les permitiría mejorar sus capacidades. La Ley contempla la posibilidad de varias formas contractuales de asociación como: alianzas estratégicas, conformación de nuevas sociedades públicas o de economía mixta y adquirir acciones en compañías nacionales o extranjeras, la intención de esta capacidad es la de atraer capitales, mejorar la capacidad de producción o de gestión, conseguir transferencia de tecnología o de conocimientos de administración y gestión-*know how*⁹⁰.

Respecto de esta atribución de las empresas públicas, vale la pena resaltar que la Ley cuando se han suscrito contratos o convenios como alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza les concede la posibilidad de someterse a un régimen especial de contratación que puede ser determinado en el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable, lo que permite un gran margen de discrecionalidad de estas empresas para lograr sus objetivos y alcanzar estándares de competitividad. Cuando no existen este tipo de asociaciones, las empresas públicas realizan sus contrataciones relativas al giro específico de negocio a través de procedimientos

⁸⁹ Ecuador, “Ley Orgánica de Empresas Públicas”, Registro Oficial Suplemento No 48 (Quito: 16 de octubre de 2009).

⁹⁰ Jaramillo, 114.

especiales establecidos en su normativa interna, el resto de contrataciones las debe efectuar aplicando los procedimientos comunes establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En todos los casos debe someterse a la planificación de la compañía y a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.

En cuanto al régimen laboral, deben someterse a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y a la normativa interna emitida por los directorios de las empresas, y de manera supletoria al Código de Trabajo, siendo los jueces competentes para conocer cualquier tipo de controversia laboral, los jueces de trabajo.

Por otro lado y con la finalidad de establecer los incentivos para lograr alianzas de colaboración entre el sector público y privado, el Ejecutivo presentó a la Asamblea Nacional el Proyecto de “Ley Orgánica de Incentivos para el Desarrollo de Proyectos Públicos bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada”, calificándolo como urgente en materia económica. Según detalla la Exposición de motivos del señalado proyecto, se quiere regular una modalidad de contrato de delegación que puede llegar a ser un tipo de concesión, pero en materias que no sean consideradas exclusivamente sectores estratégicos o servicios públicos. Dicho cuerpo legal, promulgado el 18 de diciembre de 2015⁹¹, con el nombre de Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privada y la Inversión Extranjera, considera que existen obras, bienes o servicios que son de interés general que no se encuentran en la categoría de servicios públicos o sectores estratégicos en los que existe una reserva a favor del Estado y que pueden ser delegados de manera excepcional.

Conforme hemos analizado, el artículo 100 del Código de la Producción norma la excepcionalidad de la prestación de servicios públicos o la gestión de sectores estratégicos, otorgándole la facultad al Presidente de la República para declarar mediante decreto tal excepcionalidad, si la ley sectorial no ha establecido la excepcionalidad directamente. En concordancia con lo señalado en el párrafo anterior y según la normativa del señalado Proyecto de Ley si la obra, bien o servicio es de interés general y su provisión o gestión no corresponde a un servicio público o sector estratégico, no existiría restricción para que se pueda gestionar en colaboración con el sector privado, mediante una alianza.

⁹¹ Ecuador: “Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público- Privadas y la Inversión Extranjera”, Registro Oficial Suplemento No. 652 (Quito: 18 de diciembre de 2015)

En definitiva el espíritu de la referida Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privada y la Inversión Extranjera es el de permitir la colaboración del privado en la gestión de servicios, bienes u obras de interés general que no sean servicios públicos o sectores estratégicos, pues considera que las leyes sectoriales establecen el régimen específico al que se sujeta la delegación al sector privado. Sin embargo, la normativa señala que, en el caso de servicios públicos, por excepción el Comité Interinstitucional podrá, priorizar y aprobar asociaciones público – privadas en materia de servicios públicos en el marco de las disposiciones constitucionales, disposición que requerirá de una adecuada reglamentación, a fin de que no se contraponga con las leyes sectoriales.

Otro aspecto de relevante importancia que debe ser mencionado sobre esta Ley, es la reforma que introduce al artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a través de la cual se permite a las empresas públicas otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas, para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, en la cuales podrá participar la empresa pública con un porcentajes no mayoritario.⁹² Esta reforma podría dar lugar a la creación de sociedades anónimas, corporaciones y otros tipos de formas asociativas, para la prestación de servicios públicos, entre los cuales se encuentran las telecomunicaciones

En lo que nos compete, según la legislación vigente en el país, todos los servicios de telecomunicaciones deberían prestarse por el Estado de manera directa. Recordemos que una de las formas directas de prestación de servicios públicos que reconoce la doctrina es la constitución de entidades jurídicas independientes a la administración que se encarguen del tema, lo que no quita la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio público.

El modelo de prestación de servicios por parte del Estado, debe propender e impulsar la mejora en la prestación de servicios de calidad a favor de los usuarios, brindando mayor cobertura, incluso en aquellas zonas que no generan rentabilidad económica sino social, a tarifas más bajas y equitativas, pues el modelo legal y constitucional brinda todas las condiciones necesarias para ello.

Las empresas públicas deben brindar un servicio competitivo y diseñar mejores estrategias comerciales, especialmente en servicios móviles pues en la

⁹² Ecuador: “Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público- Privadas y la Inversión Extranjera”, Disposición Reformatoria Quinta, numeral 1

actualidad el mercado sigue dominado por prestadores privados. Por otro lado, el monopolio natural a favor del Estado, no debe justificar ni permitir la prestación de servicios deficientes por falta de competencia, sino por el contrario asegurar el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a que los servicios sean oportunos y de calidad.

Capítulo Tres

3. Regulación Legal de las telecomunicaciones en Ecuador, en la actualidad

3.1. La regulación y control de las telecomunicaciones en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Nos parece indispensable, en este momento, realizar algunas precisiones conceptuales y teóricas, ello pues, en un Estado sometido al derecho y al mismo tiempo generador del mismo coinciden al mismo tiempo varios roles. El Estado puede ser rector, regulador, controlador, sancionador, interventor y competidor en la economía dependiendo del sistema político al que se encuentre sometido y del papel que ejerza en cada momento de su actuación. En ese sentido el derecho regula al poder y determina, según sea la actuación del Estado, la calidad con la que actúa en cada momento, como con claridad anota Jaramillo “Sobre el sustento de la organización del poder público y su distribución, la doctrina jurídica refiere la existencia de entidades públicas (órganos institucionales provistos de poder político), y empresas públicas (órganos institucionales autárquicos destinados al cumplimiento de finalidades económicas con rentabilidad social)”⁹³.

El Estado en cuanto a su cometido regulador busca disciplinar el accionar de los privados a través de disposiciones que definan un marco de actuación permitido por fuera del cual las actuaciones se consideren prohibidas y por tanto escapen de la legalidad. Ello con el ánimo de lograr condiciones favorables para todos los ciudadanos y equitativas para los actores económicos, con el propósito de que esas actuaciones se ajusten a las finalidades públicas buscadas por cada Estado. En cuanto a la regulación de los mercados Jaramillo explica que otro objetivo de la regulación es establecer reglas a los mercados y condiciones de participación garantizando la adecuada producción, distribución, comercialización y consumo de bienes, y que su provisión respete los derechos de los ciudadanos en tanto consumidores y usuarios⁹⁴.

En otro rol el Estado puede intervenir directamente en la economía como planificador, fomentador, ejecutor y competidor. Así, el Estado puede intervenir para alentar el desarrollo de ciertas actividades económicas a fin de potenciar ciertas

⁹³ Jaramillo, 11.

⁹⁴ Jaramillo, 12

áreas, sea con incentivos económicos, protección de producción nacional o defensa de intereses nacionales a nivel internacional. El Estado además puede desarrollar proyectos de infraestructura y logísticos para crear condiciones para que la inversión privada invierta en el país.

En cuanto a la planificación el Estado puede definir cuáles serán los objetivos nacionales y en dónde se concentrarán los esfuerzos estatales y la focalización de la inversión privada. Los programas y proyectos que se ejecuten para corregir algunas situaciones adversas o negativas que afectan al desarrollo de una determinada actividad.

Finalmente, el Estado podría intervenir directamente en la economía como un prestador de un servicio o competidor, en igualdad de condiciones que otro actor económico, lo que haría que una determinada actividad económica se incline de una u otra forma, lo que también puede ser utilizado por el Estado para lograr la universalización de un servicio determinado, sin importar la rentabilidad del mismo.

Todas estas puntualizaciones son necesarias, pues como explicaremos a continuación en materia de telecomunicaciones en el Ecuador existe, según nuestras normas constitucionales y legales vigentes, una fuerte presencia del Estado en diferentes facetas como: interventor en cuanto es el encargado de la planificación, competidor cuando presta el servicio de telecomunicaciones, mediante personas jurídicas propias creadas para ello; y, como regulador cuando la Ley crea órganos públicos con esa competencia.

Hay que decir que, a pesar de las disposiciones constitucionales y el avance en la regulación del modelo de gestión de los servicios públicos mediante empresas públicas, la regulación legal de las telecomunicaciones a fin de concretar esas disposiciones constitucionales tardó un tiempo antes de ser actualizada, pues la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que regula esta materia se expidió recién el 18 de febrero de 2015, es decir, 7 años después de la expedición de la Constitución de la República del año 2008.

En el año 2011 el Presidente de la República presentó a trámite en la Asamblea Nacional el proyecto de “Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Servicios Postales”, la Comisión que lo tramitó dividió ese proyecto de Ley en dos cuerpos separando sus temáticas, así en la Asamblea Nacional se aprobó de forma independiente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que derogaría la Ley Especial de Telecomunicaciones y que en la actualidad es el cuerpo legal que regula esta

materia en nuestro país, y la Ley General de Servicio Postales, que regula la prestación de los servicios postales.

La nueva Ley regula el régimen general de telecomunicaciones y también el espectro radioeléctrico, a los que ratifica su calidad de sectores estratégicos y le entrega al Estado la potestad de administración, regulación, control y gestión en todo el país⁹⁵, que incluye además, la potestad para emitir políticas públicas, planes y normas técnicas nacionales, de cumplimiento en todos los niveles de gobierno del Estado.

La definición de las telecomunicaciones que hace la Ley, es muy similar a la que hicieron otras leyes, recogiendo las definiciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, sin embargo, la Ley aclara que esa definición no es taxativa, por lo que entiende que también se puede considerar como telecomunicaciones a cualquier otra forma de transmisión derivada de la innovación tecnológica, ello supone adelantarse a cualquier novedad en un campo que en la actualidad es de los más vertiginosos y de mayor avance; y, de esa manera no quedar obsoleta frente a la velocidad con la que avanza el mundo de la tecnología y concretamente el de las telecomunicaciones. Es así que la Ley define a las telecomunicaciones de la siguiente manera:

Art. 5.- Definición de telecomunicaciones.-

Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por sistemas alámbricos, ópticos o inalámbricos, inventados o por inventarse. La presente definición no tiene carácter taxativo, en consecuencia, quedarán incluidos en la misma, cualquier medio, modalidad o tipo de transmisión derivada de la innovación tecnológica.⁹⁶

Este cuerpo legal define al espectro radioeléctrico como el “Conjunto de ondas electromagnéticas que se propagan por el espacio sin necesidad de guía artificial utilizado para la prestación de servicios de telecomunicaciones, radiodifusión sonora y televisión, seguridad, defensa, emergencias, transporte e

⁹⁵ Ecuador, “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, Registro Oficial Suplemento N° 439 (Quito: 18 de febrero de 2015), Art. 1.

⁹⁶ Ecuador, “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, Art. 5

investigación científica, entre otros. Su utilización responderá a los principios y disposiciones constitucionales.”⁹⁷.

La Ley considera que el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia Interpretativa No. 0006-09-SIC-CC del CASO No. 0012-08-IC referido a la Acción de interpretación constitucional del artículo 408 de la Constitución de la República, definió al espectro radioeléctrico como un recurso natural y estratégico que además no podía ser aprovechado por empresas ajenas al sector público, interpretación que constituyó en su momento un serio problema para la entrega de concesiones a empresas privadas que, inclusive, ya se encontraban prestando el servicio.

Sin embargo de lo expuesto, posteriormente la Corte Constitucional interpretó los artículos 313, 314 y 315 de la Constitución, a través de la Sentencia Interpretativa N. ° 001-12-SIC-CC Caso N° 0008-10-IC y determinó, entre otras cosas que:

3. Por otra parte debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente”⁹⁸.

Ese mismo criterio recoge la Ley al disponer que el uso y explotación del espectro radioeléctrico requiere del otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la autoridad competente y para el caso de la iniciativa privada mediante delegación con título habilitante de concesión.

Respecto de la característica de recurso limitado, que la Ley le otorga al espectro radioeléctrico, se debe a que el mismo no se agota con su uso, por lo que no puede ser considerado un recurso no renovable, sin embargo, puede ocurrir que su

⁹⁷ Ecuador, “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, Art. 6.

⁹⁸ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-12-Sic-Cc Caso N° 0008-10-Ic*, Registro Oficial Suplemento No. 629 (Quito: 30 de enero de 2012).

uso indiscriminado genere congestiones e interferencias afectando la calidad de los servicios y el acceso de la ciudadanía a estos⁹⁹.

En cuanto al ejercicio de las competencias de control y regulación la nueva Ley modifica, de manera importante, la institucionalidad administrativa en nuestro país. Según explica el Informe para Primer Debate del Proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley Especial de Telecomunicaciones, hoy derogada, respondía a un modelo privatizador que propiciaba la dispersión normativa y la creación de varios entes de regulación generando confusión y desorden en este importante sector de la economía¹⁰⁰.

El Informe explica que el modelo privatizador, que se profundizó con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos y con la expedición de la Constitución de 1998, otorgaba al Estado un rol pasivo frente al sector económico privado, pues impulsaba que los particulares sean quienes gestionen de manera directa los servicios públicos. Según ese modelo, el Estado tenía un papel de regulador y controlador para brindar las mejores condiciones y garantizar la seguridad de las inversiones privadas, con esa idea, se crearon órganos técnicos independientes de la influencia de cualquiera de las funciones del Estado¹⁰¹.

De esa manera se excluía a los órganos de control y regulación de la influencia política, lo que significa que esos órganos se encontraban fuera de la planificación nacional y de la búsqueda de objetivos nacionales. Ello resulta incompatible con las nuevas disposiciones constitucionales, en donde el Estado toma un rol más activo en todos los sectores de la sociedad y de la economía, en esa lógica los organismos de control, además de su vocación de protección de los derechos de los usuarios, deben estar articulados a la política nacional y a la planificación del estado. Por ello, no podían seguir existiendo organismos técnicos autónomos e independientes¹⁰².

⁹⁹ María Elena Jara, *Análisis de la Sentencia Interpretativa 0006-09-Sic-Cc, Caso 0012-08-Ic ¿Tiene el Estado ecuatoriano derecho a Participar en al menos el 50% de los beneficios que se generan en el sector de las telecomunicaciones?*, Revista de Derecho Foro. No. 16, 2011 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 172.

¹⁰⁰ Ecuador, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Oficio No. An-Cegadcot-449-2014, 5.

¹⁰¹ Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 8.

¹⁰² Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 8.

Por otro lado el Informe también da cuenta de que, tal como se encontraba la institucionalidad del sector de telecomunicaciones, los organismos de regulación y control estaban desarticulados. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), pertenecía a la Función Ejecutiva, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL), era un organismo autónomo; y, la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPERTEL) pertenecía a la Función de Transparencia y Control Social, por ello existía un modelo que duplicaba funciones, dispersaba las competencias y era altamente ineficiente y burocrático.

La nueva institucionalidad del sector, aprobada con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene como objetivo fortalecer la rectoría sobre las políticas públicas a cargo del Ministerio del ramo, racionalizar el número de instituciones públicas con el fin de disminuir el margen de discrecionalidad, eliminar la duplicidad de funciones, fortalecer la capacidad estatal de regulación y control, mejorar las capacidades de coordinación de la acción estatal y terminar con la corporativización de la institucionalidad estatal y captura regulatoria.

En razón de las consideraciones expuestas, la Ley reforma de manera radical la institucionalidad del país y otorga a la Función Ejecutiva la rectoría de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información, informática, tecnologías de la información y las comunicaciones; y, de la seguridad de la información. La Ley dispone que el órgano encargado de estas competencias y que ejercerá las atribuciones correspondientes será el Ministerio encargado de este sector; recordemos que por mandato constitucional, los ministerios son parte de la Función Ejecutiva y son creados, modificados y suprimidos por el Presidente o Presidenta de la República¹⁰³.

Según la Ley vigente, al señalado Ministerio le corresponde el establecimiento de políticas, directrices y planes aplicables en telecomunicaciones para el desarrollo de la sociedad de la información. Ejerce la representación internacional del estado en la materia y establece políticas y normas técnicas para la fijación de tasas o contraprestaciones, entre otras atribuciones. El titular de esta cartera de Estado es el Ministro o Ministra del ramo que sea designado por el Presidente de la República, ello significa que en la actualidad es la Función Ejecutiva

¹⁰³ Constitución de La República (2008) Artículo 141 y 147.

la máxima autoridad en telecomunicaciones, encargada de la rectoría y de la emisión de las políticas públicas del sector.

Además de lo expuesto, la Ley crea un organismo especializado de administración, regulación, control y gestión en materia de telecomunicaciones que es la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita técnicamente al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

Este organismo se creó para lograr una homologación de la estructura organizativa de los entes encargados de los sectores estratégicos en el Estado, es así que las respectivas leyes sectoriales aprobaron una estructura similar para minería, hidrocarburos, energía eléctrica y recursos hídricos.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la antes citada Sentencia Interpretativa N° 001-12-SIC-CC Caso N° 0008-10-IC, concluyó lo siguiente:

En conclusión, respecto a este primer punto, se considera necesaria la interpretación constitucional en el sentido de que la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado; dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para: a) "autorizar" a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos -se habla de "autorización" para los casos de empresas públicas cuyo objeto o fin, de acuerdo al instrumento legal de su constitución (estatuto, ordenanza, decreto, resolución, etc.) sea la gestión o actividades relacionadas a la gestión del respectivo sector estratégico, puesto que el derecho preexistente que nace de la Constitución de la República lo podrán ejercer únicamente para dicho sector estratégico específico y/o la prestación del servicio público correspondiente, y no para otros o no para todos aquellos sectores y servicios que no se hallen catalogados en su objeto; caso este último que los organismos competentes regularán a través de los títulos habilitantes respectivos), b) o para "delegar" a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos. Por ejemplo, al hablar del espectro radioeléctrico, corresponderían al Estado Central las competencias exclusivas sobre el mismo, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 10 del artículo 261 de la misma Carta Magna; por lo que solo dicho Estado -entiéndase a través de los organismos pertinentes de regulación y control creados

legalmente para el efecto autorizaría el uso de frecuencias a las empresas públicas que las requieran, y solo delegaría a otras empresas como las mixtas, y excepcionalmente a la iniciativa privada (siguiendo el ejemplo: a través de una concesión) o a la economía popular y solidaria, en los casos señalados en la ley. Por ende, el Estado autoriza en unos casos, o delega en otros.¹⁰⁴

Es decir, el máximo órgano de control e interpretación constitucional, de manera expresa señala que la regulación y control de los sectores estratégicos y de los servicios públicos le corresponde ejercer a la Administración Pública o gobierno central, por tanto no guardaba armonía con la Constitución que el control de las telecomunicaciones no sea realizado por una entidad de la Función Ejecutiva.

Teniendo en cuenta que las superintendencias acorde al artículo 213 de la Constitución pertenecen a otra función del Estado, que es la de Transparencia y Control Social; y conforme lo explicado, el control y regulación le corresponden al Estado central, la Asamblea Nacional decidió crear la nueva estructura organizacional del sector de las telecomunicaciones, suprimiendo a la Superintendencia de Telecomunicaciones. Así se creó la Agencia que es adscrita técnicamente al Ministerio del Ramo, pero debe operar con independencia para garantizar los derechos de los usuarios en la prestación del servicio ya sea gestionado directamente por el Estado a través de las empresas públicas o por particulares.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones asume todas las competencias de los extinguidos Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Secretaría Nacional de Telecomunicación y Superintendencia de Telecomunicaciones, convirtiéndose en “ la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes.”¹⁰⁵. Lo que según nuestro criterio responde a la estructura propuesta por la Constitución de 2008, pues le corresponde al Estado central asumir las funciones de rectoría, regulación y control de los sectores estratégicos, entre ellos, las telecomunicaciones, además de esa manera se centraliza la actividad reguladora lo

¹⁰⁴ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-12-Sic-Cc Caso N° 0008-10-Ic*, Registro Oficial Suplemento No. 629 (Quito: 30 de enero de 2012).

¹⁰⁵ Ecuador, “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, Art. 6.

que permitirá mayor seguridad jurídica y evitar la duplicidad de funciones de los entes de control.

Esta nueva Agencia está conformada por un Directorio integrado por tres autoridades que forman parte de la Función Ejecutiva y son el Ministro del Ramo correspondiente o su delegado, el Secretario o Secretaria Nacional de Planificación o su delegado y un delegado del Presidente de la República; este Directorio debe nombrar un Director Ejecutivo de libre remoción que participa en el señalado Directorio con derecho de voz, pero sin voto. El Ministro del Ramo o su delegado, preside el Directorio y tiene voto dirimente, debemos indicar que esta última capacidad para dirimir carece de sentido teniendo en cuenta que solo existen tres miembros en el cuerpo colegiado y no existe posibilidad de empate en caso de votación de decisiones.

Las atribuciones del Directorio son varias, entre ellas se encuentran la de aprobar las normas generales para el otorgamiento y extinción de los títulos habilitantes; la valoración económica para la asignación y uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico, tarifas y derechos por otorgamiento y renovación de títulos habilitantes; limitar, en cualquier momento, el número de concesiones a otorgarse para el uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico para telecomunicaciones; aprobar los reglamentos previstos en la Ley o los necesarios para su cumplimiento y los reglamentos internos para el funcionamiento de la Agencia; aprobar los derechos económicos para el otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios y por el uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico, así como las tasas por trámite establecidas en la Ley, entre otras¹⁰⁶. Es decir el Directorio es la entidad que determinará la cantidad de operadores tanto públicos como privados que podrán brindar los servicios de telecomunicaciones en el país.

Nos parece indispensable, en este momento, referirnos a un tipo de regulación que debido a su trascendencia económica, política y técnica ha sido tratada, inclusive, en un Título independiente por la Ley, nos referimos a lo que se denomina “Regulación Ex Ante para el Fomento, Promoción y Preservación de las Condiciones de Competencia”, esta regulación corresponde a un tema de derecho de competencia, sin embargo la propia Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado,

¹⁰⁶ Ecuador, “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, 146

en su Disposición General Cuarta establece “ Regulación Sectorial.- En el ámbito de su competencia, las entidades públicas a cargo de la regulación observarán y aplicarán los preceptos y principios establecidos en la presente Ley y coadyuvarán en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes.”¹⁰⁷.

Esta regulación surge con la finalidad de evitar toda práctica que fomente cualquier tipo de distorsión de mercado, de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal, que puedan restringir o impedir la competencia, en este importante sector con trascendencia social y económica. Por ello, la Comisión que trató el Proyecto de Ley analizó la participación del mercado de los operadores y determinó que existe una participación inequitativa del mercado y una rentabilidad excesiva de los operadores privados, por ello decidió incluir una regulación que preserve las condiciones de competencia y establezca pagos al Estado en función de su participación en el mercado y su posición en el mismo¹⁰⁸.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, define al poder del mercado como la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. En cambio, existe posición de dominio cuando esos operadores son capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado¹⁰⁹.

En materia de telecomunicaciones se considera además que un operador puede tener poder de mercado cuando tenga la capacidad de actuar de modo independiente controlando en forma efectiva, directa o indirectamente los precios en un mercado o en un segmento de mercado o en una circunscripción geográfica determinados; o, la conexión o interconexión a su red.

Otro concepto que incluye la Ley Orgánica de Telecomunicaciones es el de la preponderancia, señalando que se configura cuando el prestador de servicios tiene más del 50% de abonados, clientes, suscriptores, líneas activas, tráfico u otros, en un determinado mercado o servicio, en cuyo caso, la Agencia de Regulación y Control

¹⁰⁷ Ecuador, “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado”, Registro Oficial Suplemento 555 (Quito:13 de octubre de 2011)

¹⁰⁸ Ecuador, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, 10.

¹⁰⁹ Ecuador, “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, Art. 7.

de las Telecomunicaciones podrá establecer de manera directa mediante resolución, las obligaciones que se justifiquen.¹¹⁰.

Asimismo, la Ley le otorga a la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones la regulación de la competencia en materia económica, técnica y en el acceso. La primera regulación se refiere a la atribución de adoptar medidas para establecer tarifas y precios regulados y evitar las distorsiones en el mercado regulado, el reforzamiento del poder de mercado y garantizar el acceso a los usuarios, sin embargo las atribuciones de dicha Agencia en su calidad de ente de regulación sectorial, se circunscriben exclusivamente en materia de telecomunicaciones, respetando los preceptos y principios de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y las competencias y atribuciones de los organismos creados en ella.

En materia técnica la ARCOTEL, puede establecer normas para garantizar la compatibilidad, la calidad del servicio y debe asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que se califiquen como facilidades esenciales, para el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones.

La ARCOTEL se convierte en la entidad especializada de la regulación Ex Ante del poder del mercado en materia de telecomunicaciones, pues tiene facultades como la determinación de operadores con poder de mercado, operadores preponderantes y el establecimiento de mercados relevantes relativos a servicios o redes de telecomunicaciones, a fin de determinar si los mismos se están desarrollando en un entorno de competencia efectiva, atribución que para los demás sectores de la economía se ha otorgado exclusivamente a la Junta de Regulación y a la Superintendencia del Poder del Mercado. Además la Agencia tiene la capacidad de imponer obligaciones específicas a los operadores económicos en materia de competencia.

Finalmente como parte de las obligaciones que impone la Ley a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones para evitar distorsiones en el mercado y promover la competencia, los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales

¹¹⁰ Ecuador, “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, Art. 33.

anuales que van desde el 0,5% hasta el 9 % conforme la tabla establecida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Todo ello significa, en la práctica, que en el país existe un modelo mixto de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Uno en régimen de exclusividad regulada que impone la obligación de que el servicio se brinde desde el Estado mediante empresas públicas o de economía mixta; y, otro régimen de libre competencia, mediante el cual se reconoce la existencia de operadores privados, pues de lo contrario no tendría sentido que existan normas de control y regulación de la competencia y el mercado.

3.2. La prestación del servicio público de telecomunicaciones en Ecuador, en la actualidad.

Sabemos que la Constitución de la República dispuso un modelo obligatorio de gestión de los servicios públicos y de los sectores estratégicos, como el caso de las telecomunicaciones, el mismo es el de la creación de empresas públicas para la prestación de este tipo de servicios, pudiendo delegarse también a empresas de economía mixta y de manera excepcional a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria.

Antes de la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y estando vigente un modelo de libre competencia, como indicamos anteriormente, en el año 2008, se fusionaron las compañías ANDINATEL S.A y PACIFICTEL S.A constituyendo una sola persona jurídica denominada Corporación Nacional de Telecomunicaciones que era en ese momento una sociedad anónima, esa empresa transformó su naturaleza jurídica en virtud de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas publicada en el año 2009.

Esa disposición estableció que las sociedades anónimas en las que el Estado, de cualquier forma, sea accionista mayoritario, luego del acto normativo correspondiente (decreto ejecutivo, norma regional u ordenanza) de creación de la empresa pública, debían disolverse sin liquidarse transfiriendo su patrimonio a las empresas públicas recién creadas. Es decir, la norma que crea la empresa pública extingue las sociedades anónimas, las nuevas personas jurídicas de derecho público subrogan en derechos y obligaciones a las personas jurídicas privadas.

Luego del mandato legal señalado, el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 218, publicado en el Registro Oficial 122 de 3 de febrero del 2010, creó la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., cuyo objeto es la explotación de los servicios de telecomunicaciones, suministro, instalación, construcción, soporte técnico, operación, mantenimiento y supervisión de redes y de sistemas de telecomunicaciones, entre otras actividades.¹¹¹ La empresa se creó con el patrimonio de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A., y le subrogó a esta sociedad anónima, en todos sus derechos y obligaciones.

De esa manera CNT E.P. se convierte en la primera empresa pública para prestar servicios de telecomunicaciones, aplicando el modelo constitucional. Al mismo tiempo, todavía existía de manera independiente la compañía TELECSA S.A., que era una persona jurídica de derecho privado con capital estatal, dedicada a la prestación del servicio móvil avanzado y que había empezado a operar desde el año 2003.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 443, publicado en el Registro Oficial No. 255 de 11 de agosto de 2010, se transformó a la compañía Telecomunicaciones Móviles del Ecuador S. A. TELECSA, en la Empresa Pública Telecomunicaciones Móviles del Ecuador TELECSA EP. Esta empresa tenía como objeto social la instalación, operación, explotación, prestación de servicios móviles avanzados de telecomunicaciones, incluyendo la prestación de servicios de telecomunicaciones de larga distancia internacional a sus propios usuarios, pudiendo prestar estos servicios utilizando la tecnología que considere más adecuada¹¹².

La empresa TELECSA tuvo varios inconvenientes desde su creación como persona jurídica de derecho privado. César Regalado explica que el problema radicó en la utilización de una tecnología denominada CDMA que era una tecnología de buena calidad, pero que no era accesible para los ciudadanos, unos de los principales inconvenientes eran los elevados costos de los terminales, además la compañía no tuvo la cobertura necesaria en sus inicios, instaló apenas 200 radiobases¹¹³.

¹¹¹ Ecuador: “Decreto Ejecutivo No. 218”, Registro Oficial No.122 (Quito: 3 de febrero de 2010)

¹¹² Ecuador: “Decreto Ejecutivo 443” Registro Oficial No. 255, (Quito: 11 de agosto de 2010)

¹¹³ “Logramos utilidades de 154 millones”, El Comercio (Quito), disponible en: http://edicionimpresa.elcomercio.com/es/xml_noticia/4005452

Ello, entre otras causas, hizo que la empresa para el año 2009, acumule pérdidas de 220 millones de dólares de los Estados Unidos de América, teniendo menos del 5 % del mercado, lo cual dio como resultado informes negativos de la Contraloría General del Estado respecto de la gestión y el inicio de varios procesos judiciales en contra de los administradores de la compañía. La situación crítica de la empresa, llevó a la autoridades incluso a analizar la posibilidad de vender la compañía¹¹⁴. Sin embargo, en el año 2010, mediante las resoluciones de los directorios de TELECSA EP (No. DIR-TELECSA-001-2010-002) y de CNT EP (No. DIR-CNT-010-2010-027), del 30 de julio del 2010, se resolvió y aprobó la fusión por absorción de la compañía TELECSA EP en Corporación Nacional de Telecomunicaciones E.P.

Esos acontecimientos jurídicos dieron lugar a que en el país se constituya una compañía estatal que brinde directamente a nivel nacional los servicios públicos de telefonía fija y servicios móviles, entre otros servicios de telecomunicaciones, cumpliéndose por tanto el mandato constitucional que ordenaba ese modelo de gestión para la prestación de los señalados servicios públicos.

Como habíamos indicado anteriormente, respecto del servicio de telefonía fija la empresa pública siempre fue el operador dominante en el mercado, pues CNT, contaba con más del 93 % del mercado en el año 2007, porcentaje que no se ha visto mayormente afectado en la actualidad.

Una vez revisados los antecedentes de prestación del servicio de telecomunicaciones por parte de la CNT EP, es importante también mencionar a otra empresa pública que presta servicios de telecomunicaciones y aunque su área de cobertura se limite únicamente a una provincia del país, es innegable la trascendencia que ha tenido en el desarrollo del país; se trata de la empresa pública ETAPA.

ETAPA como prestadora de servicios de telecomunicaciones, tuvo sus inicios en el año de 1948, cuando mediante ordenanza el Municipio del Cantón Cuenca creó la Empresa Municipal de Electricidad, Agua Potable y Teléfonos –EMLAT-, que asumió la prestación de los servicios de luz y energía eléctrica, agua potable y teléfonos, posteriormente esta empresa se transforma en ETAPA. En el año 2000, se reforma la Ley Especial de Telecomunicaciones y se reconoce a favor del municipio

¹¹⁴ “Pérdidas por \$ 220 millones suma Telecsa”, El Universo (Guayaquil), 23 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.eluniverso.com/2009/11/23/1/1356/perdidas-millones-suma-telecsa.html>

del cantón Cuenca, provincia del Azuay, la titularidad del servicio público de telecomunicaciones, en aplicación de dicha norma legal ETAPA prestó sus servicios sin necesidad de obtener título habilitante, pues su habilitación nació de la Ley. Esta situación cambió con la expedición de la Constitución del 2008, que otorga al Estado Central competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; es así que en octubre de 2011, se suscribe a favor de ETAPA EP el respectivo título habilitante que contiene las condiciones generales para la prestación de servicios.

Como se señaló anteriormente, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que los servicios públicos de telecomunicaciones se presten de manera directa por el Estado, a través de empresas públicas de telecomunicaciones o a través de delegación a empresas de economía mixta en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria; o, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria. Respecto de la delegación para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, la Ley establece varias condiciones para que el servicio pueda brindarse bajo esa modalidad y diferencia la posibilidad de delegación dependiendo del tipo de persona jurídica a la que se pretenda entregar la prestación del servicio¹¹⁵.

En primer lugar, la Ley, señala que cuando se delegue la prestación del servicio a empresas de economía mixta en las que el Estado tenga mayoría accionaria, se otorgará un título habilitante, que según lo dispuesto en el artículo 37 de la misma norma sería una concesión, siempre que se sujete al interés nacional. Para empresas estatales de otros países, la delegación podrá hacerse de manera directa, sin que exista la necesidad de realizar un procedimiento público competitivo, sujetándose al interés nacional y a los límites que impone la Ley y las regulaciones que se emitan para el efecto por parte de la autoridad de regulación y control.

Cuando se trate de particulares, es decir, cuando la delegación se haga a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria se otorgarán los siguientes títulos habilitantes: a) Concesiones para el uso y explotación del espectro radioeléctrico; b) Concesiones, permisos o registros para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones.

¹¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Art. 15.

El artículo 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que se otorgarán títulos habilitantes para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones y para el uso del espectro radioeléctrico asociado a dicha provisión, en los siguientes casos:

1. Cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general;
2. Cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria;
3. Cuando el Estado no tenga la capacidad técnica o económica;
4. Cuando los servicios de telecomunicaciones se estén prestando en régimen de competencia por empresas públicas y privadas de telecomunicaciones;
5. Cuando sea necesario para promover la competencia en un determinado mercado; y,
6. Para garantizar el derecho de los usuarios a disponer de servicios públicos de telecomunicaciones de óptima calidad a precios y tarifas equitativas.¹¹⁶

Es necesario aclarar que, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, acogiendo lo preceptuado en la Constitución de la República, establece que todos los servicios de telecomunicaciones son públicos, sin hacer ningún tipo de distinción. Es así que en su artículo 36 establece los tipos de servicios:

Art. 36.- Tipos de Servicios.

Se definen como tales a los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión.

1. Servicios de telecomunicaciones: Son aquellos servicios que se soportan sobre redes de telecomunicaciones con el fin de permitir y facilitar la transmisión y recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, para satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de los abonados, clientes, usuarios.

Dentro de los servicios de telecomunicaciones en forma ejemplificativa y no limitativa, se citan a la telefonía fija y móvil, portadores y de valor agregado.

Los prestadores de servicios de telefonía fija o móvil podrán prestar otros servicios tales como portadores y de valor agregado que puedan soportarse en su red y plataformas, de conformidad con la regulación que se emita para el efecto.

¹¹⁶ Ecuador: Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Art. 15

2. Servicios de radiodifusión: Son aquellos que pueden transmitir, emitir y recibir señales de imagen, sonido, multimedia y datos, a través de estaciones del tipo público, privado o comunitario, con base a lo establecido en la Ley Orgánica de Comunicación.

Los servicios de radiodifusión se clasifican en servicios de señal abierta y por suscripción.

2.1. Servicios de señal abierta, son los siguientes:

a) Radiodifusión sonora: Comprende toda transmisión de señales de audio y datos, que se destinan a ser recibidas por el público en general, de manera libre y gratuita; y,

b) Radiodifusión de televisión: Comprende toda transmisión de señales audiovisuales y datos, que se destinan para ser recibidas por el público en general, de manera libre y gratuita.

2.2. Servicios por suscripción: Son aquellos servicios de radiodifusión que solo pueden ser recibidos por usuarios que previamente hayan suscrito un contrato de adhesión.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá adoptar nuevas definiciones para otros servicios, en función a los avances tecnológicos; así también, la Agencia regulará los términos y condiciones de la prestación de los servicios antes definidos.

En cuanto a los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a la normativa secundaria del sector actualmente vigente son los siguientes: Telefonía Fija; Servicio Móvil Avanzado; Servicios de Valor Agregado, Portadores, Acceso a Internet; Audio y Video por Suscripción; Sistemas Troncalizados; Servicios Finales de Telecomunicaciones por Satélite; Servicios Comunales de Explotación; Capacidad de Cable Submarino¹¹⁷, sin perjuicio que en virtud de los avances tecnológicos en el futuro se inventen nuevos servicios de telecomunicaciones, los cuales también deberán ser considerados públicos.

Para un mejor entendimiento sobre el alcance de estos servicios, a continuación se incluirá la definición que ha dado la normativa ecuatoriana a cada uno de ellos.

¹¹⁷ Esta tipología de servicios de telecomunicaciones fue tomada de la Disposición General Tercera de la Resolución 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015, Registro Oficial Suplemento 563 (Quito: 12 de agosto de 2015)

Telefonía Fija Local:

El servicio de telefonía fija local es un servicio de telecomunicaciones por el que se conduce tráfico telefónico conmutado entre usuarios de una misma central o entre usuarios que se encuentran en una misma área del servicio de telefonía fija local, que no requiere de la marcación de un prefijo de acceso de larga distancia. Este servicio debe tener numeración local asignada y administrada por la Secretaría, de conformidad con el Plan Técnico Fundamental de Numeración y comprende los servicios de telefonía fija local, alámbrica e inalámbrica y se proporciona a través de equipos terminales que tienen una ubicación geográfica determinada.¹¹⁸

Servicio Móvil Avanzado (SMA):

Es un servicio final de telecomunicaciones del servicio móvil terrestre, que permite toda transmisión, emisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, voz, datos o información de cualquier naturaleza.¹¹⁹

Servicios Portadores

Servicios portadores son los servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos de red. Los servicios portadores se pueden prestar en dos modalidades: bajo redes conmutadas y bajo redes no conmutadas.¹²⁰

Servicios de Valor Agregado:

Son servicios de valor agregado aquellos que utilizan servicios finales de telecomunicaciones e incorporan aplicaciones que permiten transformar el contenido de la información transmitida. Esta transformación puede incluir un cambio neto entre los puntos extremos de la transmisión en el código, protocolo o formato de la información. Se entiende que ha habido transformación de la información cuando la

¹¹⁸ Ecuador: “Reglamento del Servicio de Telefonía Fija Local”, Resolución del CONATEL 151, Registro Oficial 556 (Quito: 16 de abril de 2002), Art. 2

¹¹⁹ Ecuador: “Reglamento para la prestación del Servicio Móvil Avanzado” Resolución del CONATEL 498, Registro Oficial 687 (Quito: 21 de octubre de 2002) Art. 3

¹²⁰ Ecuador: “Reglamento para la prestación de Servicios Portadores” Resolución del CONATEL 388, Registro Oficial 426 (Quito: 04 de octubre de 2001) Art. 3

aplicación redirecciona, empaqueta datos, interactúa con bases de datos o almacena la información para su posterior retransmisión.¹²¹

Audio y Video por Suscripción:

Sistema de audio y video por suscripción.- Aquel que transmite y eventualmente recibe señales de imagen, sonido, multimedia y datos, destinados exclusivamente a un público particular de suscriptores o abonados.¹²²

Sistemas Troncalizados:

Sistema de Radiocomunicación de los Servicios Fijo y Móvil terrestre, que utiliza múltiples pares de frecuencias, en que las estaciones establecen comunicación mediante el acceso en forma automática a cualquiera de los canales que estén disponibles.¹²³

Servicios finales de telecomunicaciones por satélite:

Son aquellos que permiten al usuario final disponer de comunicación para la transmisión y recepción de voz, datos o información de cualquier naturaleza, que lleguen al usuario final de manera directa mediante enlaces satelitales, que comprenden las comunicaciones que se establezcan a través del sistema satelital, entre los terminales de los usuarios, así como las comunicaciones entre estos y otros equipos de telecomunicaciones terrestres utilizando dicho sistema satelital.¹²⁴

Sistema comunal de explotación:

Sistema Comunal de los Servicios Fijo y Móvil terrestre, es el conjunto de estaciones de radiocomunicación utilizadas por una persona natural o jurídica, que comparte en

¹²¹ Ecuador: “Reglamento para la prestación de Servicios de Valor Agregado” Resolución del CONATEL 71 Registro Oficial 545 (Quito: 01 de abril de 2002) Art. 2

¹²² Ecuador: “Reglamento de Audio y Video por suscripción” Resolución del CONATEL 816, Registro Oficial 361 (Quito: 12 de enero de 2011) Art. 4

¹²³ Ecuador: “Reglamento para la explotación de Sistemas Troncalizados” Resolución del CONATEL 264 Registro Oficial 139 (Quito: 11 de agosto de 2000) Art. 3

¹²⁴ Ecuador: “Reglamento para la prestación de Servicios Finales de Telecomunicaciones por Satélite” Resolución del CONATEL 328, Registro Oficial 398 (Quito: 07 de agosto de 2008) Art. 2

el tiempo un canal radioeléctrico para establecer comunicaciones entre sus estaciones de abonado. Son sistemas especiales de explotación.¹²⁵

Cable submarino:

Se denomina cable submarino al constituido por conductores de cobre o fibras ópticas, instalado sobre el lecho marino y destinado fundamentalmente a brindar capacidad para los servicios de telecomunicaciones.¹²⁶

Es necesario señalar que, los títulos habilitantes que cada uno de dichos servicios requiere, se encuentran contenidos en el proyecto de Reglamento para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, el cual se encuentra en proceso de aprobación por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y que acorde a la información disponible en el sitio web, ha clasificado las habilitaciones de la siguiente manera:

Servicios que requieren un título habilitante de autorización o concesión:

1. Servicio Móvil Avanzado (SMA)
2. Servicio de Telefonía Fija

Servicios que requieren un título habilitante de registro:

1. Portadores
2. Móvil Avanzado a través de Operador Móvil Virtual (OMV).
3. Capacidad de cable submarino.
4. Telecomunicaciones por Satélite
5. Provisión de segmento espacial
6. Valor Agregado.
7. Acceso a Internet.
8. Troncalizados
9. Comunales
10. Buscapersonas

Servicio que requiere un título habilitante de permiso:

1. Audio y video por suscripción¹²⁷

¹²⁵ Ecuador: “Reglamento y Norma Técnica para los Sistemas Comunales de Explotación” Resolución del CONATEL 265, Registro Oficial 139 (Quito: 11 de agosto de 2000) Art. 3

¹²⁶ Ecuador: “Reglamento para la provisión de capacidad de Cable Submarino”, Resolución del CONATEL 347, Registro Oficial 119 (Quito: 04 de julio de 2007) Art. 3

Respecto del uso y explotación del espectro radioeléctrico, la Ley dispone que se requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el mismo que se podrá otorgar a personas naturales o jurídicas residentes o domiciliadas en el país, aunque la Ley no señala en este caso algún tipo de restricción para el otorgamiento de esos títulos habilitantes para personas de derecho privado, si establece dos formas de adjudicación la una es de manera directa y la otra es mediante un proceso público competitivo de ofertas, teniendo un derecho preferente las empresas públicas que presten servicios de telecomunicaciones de conformidad con la disponibilidad existente.

Cuando sean empresas públicas las que usen o exploten el espectro radioeléctrico, el título habilitante será una autorización y cuando se trate de empresas de economía mixta, iniciativa privada y economía popular y solidaria, el título habilitante será de concesión.

Algo que resulta indispensable señalar es que en la actualidad, el hecho de que las telecomunicaciones sean un servicio público, obliga al Estado a buscar que el mismo sea universalizado, pues al ser una necesidad general debe ser cubierta de igual manera para toda la población, en ese sentido el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 establece que uno de los objetivos del Ecuador en el señalado lustro es el democratizar la prestación del servicio público de telecomunicaciones y profundizar su uso y acceso universal.

Para ello, el mismo Plan plantea como políticas, entre otras:

- a) Garantizar la calidad, la accesibilidad, la continuidad y tarifas equitativas de los servicios, especialmente para el área rural, los grupos sociales más rezagados y los actores de la economía popular y solidaria.
- c) Impulsar la calidad, la seguridad y la cobertura en la prestación de servicios públicos, a través del uso de las telecomunicaciones y de las TIC; especialmente para promover el acceso a servicios financieros, asistencia técnica para la producción, educación y salud.

¹²⁷ Ecuador: Proyecto de “Reglamento para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción”, Art. 4. Consulta 4 de enero de 2016: <http://www.arcotel.gob.ec/audiencias-publicas-arcotel/>

- d) Facilitar la competencia entre operadores de servicios de telecomunicaciones para establecer una distribución más uniforme del mercado y evitar monopolios y oligopolios.
- f) Emplear los mecanismos regulatorios necesarios para evitar el fenómeno de mercado cautivo en las actividades de operadores dominantes.
- g) Establecer mecanismos de transferencia de tecnología en la normativa de telecomunicaciones, para permitir el desarrollo local de nuevas aplicaciones y servicios.¹²⁸.

Es decir, el rol prestador del servicio que tiene el Estado ecuatoriano tiene una significación mayor que la de ser un simple competidor adicional en el mercado. La necesidad de que sea el Estado el prestador directo busca lograr la universalización del servicio, al respecto Carlón señala que debido al interés general que representan los servicios, los poderes públicos deben intervenir para garantizar el acceso a todos los ciudadanos a esos servicios esenciales, ello aun en un régimen de libre competencia, no se diga en un régimen de servicio público como sector estratégico, tal como se considera en nuestro país.

En palabras de Duguit la universalización del servicio público “es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.”¹²⁹.

La universalización, en un régimen como el ecuatoriano, se refiere a la obligación del Estado, no solo a responder por los fallos en los que pueda incurrir el mercado, como sucedería en un régimen de libre competencia, sino a la necesidad de que el mismo sea brindado por el Estado aun a riesgo de la inconveniencia económica de prestarlo, pues según la concepción que impone nuestra actual Constitución, no es el lucro el que motiva la prestación de un servicio, sino la cobertura total y el favorecimiento a la población con determinado servicio.

En materia de telecomunicaciones, ello significa que el Estado debe alcanzar con cobertura a toda la población, sin importar si existe rentabilidad en su actividad, pero también la posibilidad de imponer obligaciones a las compañías que tengan concesionado el servicio, a fin de que ejecuten planes de universalización, cobertura

¹²⁸ Ecuador: Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 - 2017, Registro Oficial Suplemento 78 (Quito: 11 de septiembre de 2013)

¹²⁹ Matilde Carlon Ruiz, El Servicio Universal de las Telecomunicaciones, en Cuadernos de Derecho Local, Número 23, 2010, (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local), 39.

y expansión, a pesar de que esos planes no les representen el nivel de rentabilidad deseado o que tengan en otros sectores geográficos en los que la demanda sea más cuantiosa y por tanto más apetecida por el mercado.

En definitiva en el modelo actual tanto las empresas públicas prestadoras de servicios como las compañías privadas deben cumplir con las políticas estatales con la finalidad de que las telecomunicaciones sean expandidas, se universalicen y se presten con calidad.

Con la finalidad de ilustrar el crecimiento del sector de las telecomunicaciones en estos últimos años y el papel que ha desempeñado la empresa pública en el mercado, a continuación se incluyen algunas cifras estadísticas de los diferentes servicios:

Tabla 1
Participación de mercado en Internet Fijo

CNT	2010	2011	2012	2013	2014
Participación de mercado	47.63%	53.34%	56.00%	56.00%	57.10%
Clientes	232,789	338,502	481,923	639,541	753,476
Crecimiento	90%	45%	42%	33%	18%
CLARO	2010	2011	2012	2013	2014
Participación de mercado	13.96%	11.67%	11.99%	10.89%	9.24%
Clientes	55,828	74,049	98,564	118,158	121,962
Crecimiento	119%	33%	33%	20%	3%
TV CABLE	2010	2011	2012	2013	2014
Participación de mercado	27.85%	20.28%	16.82%	14.30%	12.55%
Clientes	111,396	128,705	138,268	155,096	165,577
Crecimiento	12%	16%	7%	12%	7%

Fuente: ARCOTEL – Registros 2015
Elaboración: Propia

Tabla 2
Participación de mercado en Televisión por suscripción

CNT	2010	2011	2012	2013	2014
Participación de mercado	0.00%	0.59%	9.18%	11.00%	22.31%
Clientes	-	2,415	45,967	145,277	270,076
Crecimiento	-	-	1803%	216%	86%
CLARO	2010	2011	2012	2013	2014
Participación de mercado	0.00%	3.89%	3.75%	2.56%	5.39%
Clientes	-	15,970	18,771	30,034	65,235
Crecimiento	-	-	18%	60%	117%
TV CABLE	2010	2011	2012	2013	2014
Participación de mercado	46.11%	39.09%	32.49%	21.00%	16.36%
Clientes	149,659	160,308	162,755	195,074	198,064
Crecimiento	158%	7%	2%	20%	2%
DIRECTV	2010	2011	2012	2013	2014
Participación de mercado	9.89%	19.36%	20.27%	27.79%	34.07%
Clientes	32,093	79,402	101,540	325,485	412,494
Crecimiento	11%	147%	28%	221%	27%

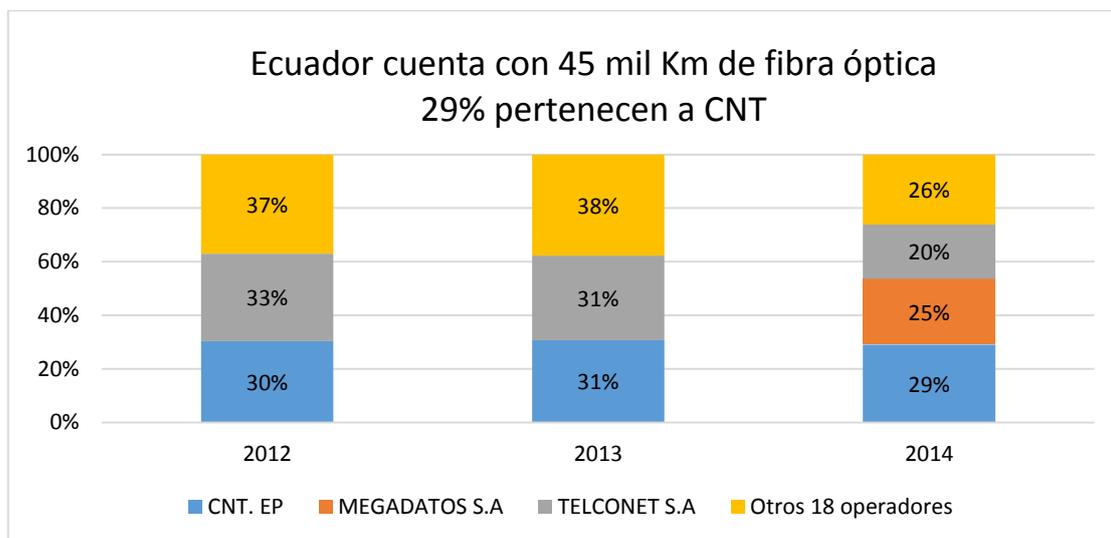
Fuente: ARCOTEL – Registros 2015
Elaboración: Propia

Tabla 3
Despliegue de Fibra Óptica

Operador	2012	2013	2014
CNT. EP	9.839	10.809	13.280
MEGADATOS S.A	-	-	11.241
TELCONET S.A	10.599	11.048	9.300
Otros 18 operadores	11.975	13.254	11.937
Total	32.413	35.111	45.758

Fuente: ARCOTEL – Registros 2015
Elaboración: Propia

Gráfico 1
Fibra Óptica por Operador



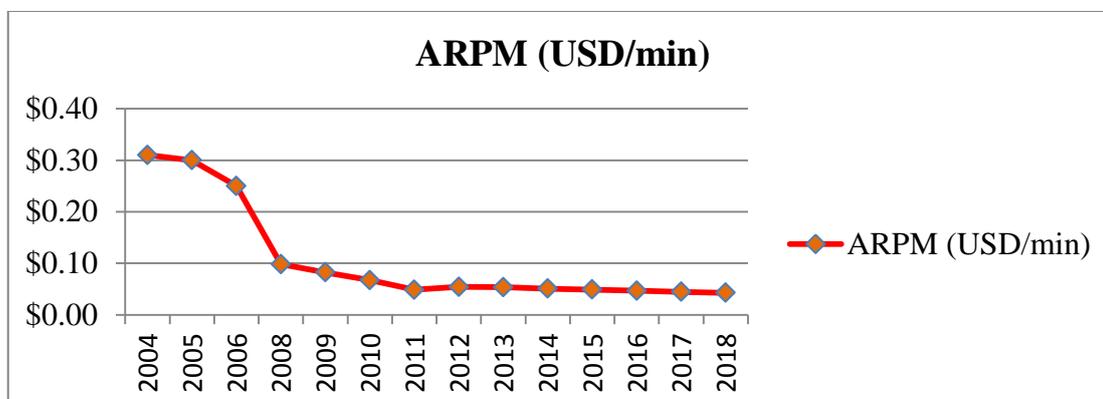
Fuente: ARCOTEL – Registros 2015
Elaboración: Propia

Tabla No. 4
Cobertura de servicios fijos

Servicios	Participación de mercado	CNT	Otros operadores
Internet Fijo	Nacional	59.08%	40.92%
	Se excluye (Pichincha, Guayas, Manabí, El Oro, Tungurahua, Imbabura y Loja)	90.66%	9.34%
Telefonía Fija	Nacional	85.90%	14.10%
	Se excluye (Pichincha, Guayas, Manabí, El Oro, Tungurahua e Imbabura)	100.00%	0.00%

Fuente: ARCOTEL – Registros 2015
Elaboración: Propia

Gráfico No. 2
 Ingreso promedio por minuto
 Servicio Móvil Avanzado (voz)



Fuente: ARCOTEL
 Elaboración: Propia

Tabla No 5
 Indicadores Índice de Potencial para la Conectividad - NRI

Pilares NRI	2011	2012	2013	2014
Dueños de casa (hogares) con acceso a Internet, %	108	87	81	84
Subscriptores a Internet de banda ancha/100 hab.	86	97	80	77
Acceso a Internet en escuelas	108	108	98	80
Ancho de banda de internet, kb/s por usuario	84	82	48	55

Fuente: Observatorio Tic – Ministerio de Telecomunicaciones
 Elaboración: Propia

Como se puede apreciar en la información antes descrita, la empresa pública tiene una importante participación en varios servicios de telecomunicaciones, es así que en Internet Fijo tiene el 57% de la participación de mercado, en Televisión por Suscripción ha tenido un notable incremento en suscriptores, llegando en el año 2014 al 22.31%, con tendencia a la alta.

En el Ecuador se han desplegado 45.000 Km de fibra óptica de los cuales 13.280 pertenecen a la CNT, lo cual representa el 29%, seguida por el 25% de MEGADATOS, el 20% TELCONET y el restante 26% se reparte entre 18 operadores. Dicha infraestructura constituye un elemento dinamizador de la economía por el relevante papel que cumple en el desarrollo de las tecnologías de la información.

Respecto a la cobertura en servicios fijos, la empresa pública tiene en Internet Fijo a nivel nacional el 59% y en algunas provincias su penetración es del 90.66%; mientras que en Telefonía Fija su cobertura a nivel nacional es del 85.90% y en algunas provincias su penetración es del 100%; estos últimos datos son evidencia que existen localidades del país a las cuales únicamente llega con servicios la empresa pública, pues no representan rentabilidad económica para los prestadores de servicios privados.

Un indicador importante en el servicio de voz móvil es el Ingreso Promedio por Minuto (ARPM por sus siglas en inglés), que ha tenido una disminución relevante desde el año 2004, es así que pasó de US \$ 0,30 centavos el minuto a US \$ 0,5 centavos en el 2015, con una proyección de seguir a la baja. Ello implica que el usuario paga menos dinero en el uso del servicio de voz móvil por minuto. Cabe mencionar que, en el año 2003 inició la prestación de servicios la empresa estatal TELECSA, cuyo nombre comercial fue ALEGRO PCS, que más tarde se fusionaría con la Corporación Nacional de Telecomunicaciones - CNT EP, cuya presencia sin duda tuvo su impacto importante en el mercado, pues constituyó un elemento dinamizador al incrementar la oferta de servicios.

En cuanto al Índice de Potencial para la Conectividad (NRI por sus siglas en inglés), que mide el grado en que las economías de todo el mundo tienen para aprovechar las TIC para mejorar la competitividad, el Ecuador ha tenido un avance significativo en estos últimos años, es así que ha pasado desde el año 2011 al 2014 del puesto 108 al 84 en uso de Internet en hogares; del 86 al 77 en suscripción a Internet de banda ancha por cada 100 habitantes; del 108 al 80 en acceso a Internet en escuelas y del 84 al 55 en ancho de banda de Internet en kilobits por segundo por usuario.

3.3. La prestación del Servicio Móvil Avanzado en Ecuador, en la actualidad.

Como señalamos anteriormente, el Servicio Móvil Avanzado según el Reglamento que regula este servicio “es un servicio final de telecomunicaciones del servicio móvil terrestre que permite a los usuarios comunicarse mediante voz, mensajes de texto, video llamada, internet, etc. de manera inalámbrica generalmente a través de teléfonos o módem celulares”¹³⁰, los considerandos de este reglamento aclaran que los servicios móviles de telecomunicaciones han experimentado cambios y avances acelerados por las innovaciones tecnológicas y la incorporación de plataformas y servicios que se pueden prestar de forma convergente, por lo que fue necesario expedir una reglamentación adecuada, que tenga en cuenta esos avances. La introducción de las Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT-2000), que permiten el acceso inalámbrico mundial de sistemas terrestres y satelitales y que posibilitan la prestación integrada de un servicio móvil en el que convergen varios servicios como los de voz, datos, imágenes e informaciones, hicieron necesario que se redefina al servicio de telefonía móvil, como servicio móvil avanzado.

Dijimos que los operadores privados tenían una preminencia en el mercado respecto del servicio de telefonía móvil, debido a la forma en la que el Estado decidió gestionarlo desde sus inicios, pues en el año 1992 se abrieron las puertas a un régimen de libre competencia para la prestación de ese servicio. Sin embargo, es necesario considerar que, según lo explicado en el párrafo anterior, ese servicio evolucionó en el denominado servicio móvil avanzado. Al respecto, el Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, en su disposición final primera disponía que “Las operadoras del SMTC podrán acogerse al presente reglamento, para lo cual deberán solicitar la readecuación de sus respectivos contratos de concesión. Para tal efecto, el CONATEL en uso de sus facultades previamente establecerá los términos, condiciones y plazos”.

En el año 2008, se inició un proceso de renegociación de los contratos de concesión con las operadoras CONECCEL S.A y OTECEL S.A, según detallan de similar manera las Resoluciones 291-10-CONATEL-2008 y 292-10-CONATEL-2008 de 30 de mayo de 2008, del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, los

¹³⁰ Ecuador, Consejo Nacional de Telecomunicaciones, “Reglamento para la prestación del servicio móvil avanzado”, Resolución No. 498-25-CONATEL-2002, Registro Oficial No. 687 (Quito: 21 de octubre de 2002).

contratos suscritos con esas compañías en el año 1993, tenían una duración de quince años, por lo que el Reglamento para la prestación de servicio de telefonía móvil celular, vigente en su momento, dispuso que pasado el período señalado los mismos debían negociarse nuevamente.

Teniendo en cuenta que la entonces vigente Ley Especial de Telecomunicaciones otorgaba la competencia al CONATEL para establecer términos, condiciones y plazos para otorgar nuevas concesiones y autorizaciones, y que el Reglamento General de la misma Ley definía a la concesión como la delegación del Estado para la instalación, prestación y explotación de los servicios de telecomunicaciones, se resolvió aprobar en mayo de 2008, los derechos de concesión del servicio móvil avanzado y de servicio telefónico de larga distancia internacional para las dos compañías y posteriormente la suscripción de los correspondientes títulos habilitantes bajo la figura de concesión de servicios.

El 26 de agosto de 2008 y el 20 de noviembre del mismo año se firmaron los contratos de renovación suscritos entre el Estado ecuatoriano representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con CONECEL S.A y OTECEL S.A, respectivamente, así se concesionó la prestación del servicio móvil avanzado y el servicio telefónico de larga distancia internacional a esas compañías, con un acuerdo económico mediante el cual, CONECEL pagó 289 millones de dólares y OTECEL, pagó 90 millones de dólares; además cada operadora debe pagar por concepto de derecho de concesión variable el 2.93% anuales de sus ingresos facturados y percibidos, durante los quince 15 años de concesión.

Al respecto, aunque no es materia de esta investigación, es necesario hacer notar que los contratos suscritos con las dos operadoras, se dieron en el momento en el que el Ecuador se encontraba en pleno Proceso Constituyente. Por ello, el contrato con CONECEL se firmó cuando se encontraba vigente la Constitución de 1998, mientras que el contrato con OTECEL se firmó bajo la vigencia la Constitución del año 2008, que cambió la forma de concebir a las telecomunicaciones, pues consideró a las telecomunicaciones como sector estratégico y servicio público, lo que modificó indudablemente el régimen jurídico de ese tipo de servicios. Es necesario realizar un análisis jurídico más profundo de las consecuencias que esa variación podría traer, por lo pronto, nos limitaremos a indicar que el modelo de gestión de la Constitución de 2008, obliga a que estos servicios se presenten por empresas públicas y únicamente de manera excepcional por el sector privado.

Posteriormente, la Constitución de 2008 fue clara respecto del modelo de prestación del servicio público y gestión de sectores estratégicos mediante empresas públicas; sin embargo la Ley Orgánica de Telecomunicaciones es más flexible en este servicio específico.

En primer lugar, la referida Norma Legal, aunque considera al espectro radioeléctrico un bien de dominio público y que su uso y explotación requiere de un título habilitante, dispone que el mismo pueda otorgarse a personas naturales o jurídicas privadas, sea de manera directa o a través de un proceso público competitivo de ofertas, este último mecanismo de adjudicación se aplica cuando:

- “1. El número de solicitantes supere la cantidad de frecuencias disponibles para su otorgamiento.
2. El número de concesiones de servicios o de uso y explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico que se prevea otorgar sea limitado, por razones de interés público, de desarrollo tecnológico o de evolución de los mercados.
3. Las frecuencias o bandas de frecuencias a ser otorgadas a un nuevo prestador de servicios que posean una alta valoración económica, de conformidad con las evaluaciones que realice la Agencia de Regulación de las Telecomunicaciones; o,
4. Las frecuencias o bandas de frecuencia se destinen a la prestación de servicios de carácter masivo por un nuevo prestador.”¹³¹.

Por otro lado, la Ley crea la posibilidad expresa de que se pueda delegar la prestación de servicios públicos cuando se estén prestando en régimen de competencia, lo que hace una clara alusión principalmente a los servicios móviles que se vienen prestando de esta manera desde el año 1993.

Además, también se encuentra vigente el Reglamento del Servicio Móvil Avanzado que dispone que ese servicio se prestará en régimen de libre competencia, conforme lo establece la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que señala “En aquellos aspectos que no se opongan a la presente Ley y su Reglamento General, los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se mantendrán vigentes, mientras no sean expresamente derogados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones”.

¹³¹ Ecuador, “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, Art.52

La explicación a estas disposiciones legales, sin duda obedece a que la Ley reguló situaciones ya existentes desde el año 1993; con la prestación principalmente de los servicios móviles, que en la actualidad han alcanzado gran penetración en la población, por lo que resultaría sumamente complejo intentar revertir ese modelo de prestación de servicios.

Sin embargo, hay que indicar que se ha asignado la mayor parte de espectro a la CNT EP, es así que incluyendo la última concesión de frecuencias esenciales efectuada el 18 de febrero de 2015 a las empresas operadoras privadas para el despliegue de 4G, la distribución actual es de 110 MHz para CNT, 95 MHz para CONECEL S.A. y 85 MHz para OTECEL S.A. Esto se debe, según lo manifestado por el Regulador, “a que CNT EP, al ser un operador público, cumple con el objetivo de brindar servicio a toda la población y cubrir las áreas donde los operadores privados no brindan servicio.”¹³².

En cuanto a la participación en el mercado de este tipo de Servicio, en el año 2014 se mantenían los promedios de los valores históricos de participación con 67 % del mercado en manos de CONECEL, 28 % de usuarios en OTECEL % y CNT con el 3,5% del mercado; sin embargo, el porcentaje de usuarios nuevos del Servicio Móvil Avanzado a julio de 2014 es favorable para el operador público, pues pasó de tener valores negativos en los años 2008 y 2011 a un incremento del 55% en el último año, según fuentes institucionales, ello se debe a la implementación de la Portabilidad Numérica en el país, al desarrollo de planes de varios servicios por parte del operador que disminuyen el costo final de los servicios; y, principalmente al despliegue de su red 4G que ha sido el eje diferenciador, pues hasta ese momento era el único operador que contaba con ese servicio¹³³.

Es importante señalar que, a partir de febrero de 2015 con la publicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, específicamente con la aplicación del pago por concentración de mercado, la participación de mercado en este servicio ha variado considerablemente; es así que según la información con corte a noviembre de 2015 la participación fue la siguiente: CONECEL 63,23%; OTECEL 29,46% y CNT

¹³² Dirección de Planificación-Unidad de Inteligencia de Mercado del Ministerio de Telecomunicaciones, “Asignación de Espectro SMA”, Boletín Estadístico del Sector Telecomunicaciones, Boletín No. 1 (Quito: Ministerio de Telecomunicaciones, 2014), 10.

¹³³ Dirección de Planificación-Unidad de Inteligencia de Mercado del Ministerio de Telecomunicaciones, 10, 11.

7,31%¹³⁴, lo cual seguramente se debe a la depuración de listas de abonados que los propios concesionarios realizaron. Sin embargo se espera que esta medida contribuya a mejorar las condiciones de competencia en el sector.

En definitiva el modelo propuesto por la Constitución, que rescató a favor del Estado la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, con una adecuada gestión empresarial puede resultar muy favorable para los ciudadanos y también para el Estado pues recibirá importantes recursos y atenderá de manera adecuada a su población, aprovechando un sector que en la actualidad es uno de los que mayores réditos económicos genera en el país.

Sin embargo no todos los sectores coinciden en las bondades del modelo propuesto y de la actual gestión de la Empresa Pública CNT; Aparicio Caicedo considera, por ejemplo que la creación de la mencionada Empresa solo ha impedido el avance de un mejor servicio a la ciudadanía, mencionando que se privilegió a CNT con la concesión gratuita de lo mejor del espectro radioeléctrico, limitando ese acceso a las otras compañías, competidoras. Además, según su criterio, lo que se ha hecho es imponer sanciones desproporcionales y obligaciones de pagos excesivos a las compañías privadas, limitando el éxito de las mismas, poniendo a los intereses estatales sobre los privados y sobre los ciudadanos¹³⁵.

A pesar de ello, César Regalado, el Gerente General de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones, considera que la compañía ha logrado un beneficio directo para los ciudadanos y para el Estado, detalla los siguientes datos sobre la gestión de la empresa:

El sector de las telecomunicaciones ha tenido un significativo crecimiento gracias a las políticas públicas implementadas en el gobierno. De hecho, el aporte del sector de correo y comunicaciones respecto al PIB fue de 2,21% en el 2007 y en la actualidad el aporte es de 3,5%.

La CNT EP se auto financia y genera dividendos para el estado, márgenes positivos y rentabilidad superior al 40% gracias a su eficiencia y buena gestión. La empresa no 'le cuesta' al estado, al contrario el estado recibe esos dividendos.

¹³⁴ http://www.arcotel.gob.ec/wp-content/uploads/2015/11/1.1.1-Lineas-activas-por-servicio_y_Densidad.xlsx

¹³⁵ Aparicio Caicedo, "CNT: El Perro del Hortelano", Revista Digital Plan V, de 24 agosto 2015.

A julio de 2015 la CNT EP mantiene más de 2'140.000 servicios de telefonía fija. Adicionalmente, en casi tres años se ha consolidado como el segundo proveedor de televisión por suscripción con más de 329 mil servicios.

En el año 2010 la CNT EP contaba con 10 mil servicios de internet móvil, a julio 2015 ofrece el servicio a más de 610 mil usuarios es decir un crecimiento de 61 veces.

En cuanto al internet fijo, en el año 2007 contaba con 17 mil servicios a nivel nacional, a julio de 2015 cuenta con más de 800 mil servicios, que representa un crecimiento de más de 48 veces.

En el 2007 el plan básico de internet de 128 Kbps tenía una tarifa de \$39,90, hoy el plan básico para el hogar es de 3Mbps, a una tarifa de \$18,00, lo que significa un incremento de 24 veces la velocidad y una reducción de la tarifa en más de la mitad, confirmando a la CNT como un regulador natural del mercado al hacer que bajen los precios de los servicios de internet, TV por suscripción y servicio móvil avanzado que antes eran privativos.

Desde el año 2007 se ha logrado democratizar las telecomunicaciones en el país, la densidad por hogar del Internet Banda ancha fija paso de un 2.43% en el 2007 a un 33% en el 2014, y ahora la densidad por hogar en las 24 provincias es gracias a la CNT. Las operadoras privadas se concentran solo en los grandes polos de desarrollo.

Por otro lado la empresa ha incrementado en los últimos años 193 veces la capacidad internacional para conexión a Internet respecto al año 2007.

La CNT EP es la propietaria de la red de fibra óptica más grande en el país, con más de 13.825 km de Fibra Troncal desplegada en todo el territorio ecuatoriano; conectando a 200 cantones en las 23 provincias continentales. Hoy es una realidad la fibra óptica hasta el hogar.¹³⁶

Nuestro criterio es que fue una política desacertada, en su momento, dejar ese servicio solo en manos de operadores privados que estuvieron a cargo de la prestación de manera privativa durante más de diez años, aunque no es menos cierto

¹³⁶ César Regalado, "Réplica de CNT a Aparicio Caicedo", Revista Digital Plan V, 14 de septiembre de 2015.

que cuando el Estado intentó participar en el mercado tuvo una gestión bastante pobre y negativa, pero ello se debió a un mal manejo producto del abandono de lo público en beneficio del sector privado, ideología que dominó el país durante las últimas décadas.

Por último hay que decir que tanto las entidades estatales como las personas naturales o jurídicas delegatarias que presten el servicio público de telecomunicaciones deben garantizar la calidad, continuidad, eficacia, precios y tarifas equitativas y eficiencia de los servicios públicos, pues el fin último de los servicios públicos es y debe ser atender las necesidades generales y garantizar los derechos de las personas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La primera conclusión es que en el Ecuador, a pesar de los cambios de modelos de gestión, se ha considerado históricamente que las telecomunicaciones son un servicio público, ello obliga a que el servicio sea prestado por el Estado de manera directa o de manera indirecta mediante delegación a la iniciativa privada, pero sin limitar su facultad de regulación y control. Cuando el servicio es brindado por delegación, no le exime de responsabilidad al Estado, pues es su deber y obligación garantizar que los servicios públicos sean prestados con calidad, eficiencia, de manera continua y oportuna. Es primordial no perder de vista esta consideración, pues a nivel mundial existen nuevas teorías que entienden a las telecomunicaciones de una manera diferente y en algunos casos se entrega la titularidad al sector privado, lo que puede poner en riesgo la universalidad y accesibilidad del servicio que debe estar garantizada para toda la población.

- En nuestro país existió un modelo de exclusividad regulada desde 1972, cuando se modernizó la legislación de la materia, que estuvo vigente durante veinte años. A pesar de las críticas que recibió ese modelo, el servicio de telefonía fija se pudo universalizar y llegar a todo el territorio ecuatoriano. Sin embargo, la falta de innovación y eficiencia empresarial pusieron en tela de duda la capacidad del Estado de seguir gestionando esos servicios, lo que generó a nuestro criterio un retroceso en el servicio, pues luego de las reformas y de los intentos de modernización con la creación de EMETEL, no se dio el impulso debido para que el servicio pueda seguir mejorando.

- El modelo de libre competencia que se intentó implantar en el país, fraccionó la forma de prestación del servicio, debilitó el papel del Estado en la regulación y control, sin que los resultados hayan sido óptimos pues, en muchos casos, la empresa pública es la única que llega con servicios a aquellos lugares donde la rentabilidad no es económica sino social, de acuerdo a las cifras incluidas en esta investigación, la empresa pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones es el único prestador que llega en algunas localidades remotas del país, para lo cual ha realizado importantes inversiones económicas en despliegue de infraestructura.

- A pesar de que en el Ecuador se encontraba vigente un modelo de exclusividad regulada en el año 1992, el Ecuador entró en un régimen de libre competencia en lo que se refiere al servicio de telefonía móvil, ello supuso que un importante sector de las telecomunicaciones sea gestionado por operadores privados que lograron obtener cuantiosos réditos por la prestación del servicio, aun cuando el Estado pudo haber prestado el servicio, como fue el caso de la telefonía fija. El hecho de que el Estado haya intentado ingresar en ese mercado diez años después, indudablemente produjo condiciones de franca desventaja, pues ya existía un mercado cautivo por las otras operadoras, ello a pesar de los contextos legales favorables que la empresa TELECSA recibió. Adicionalmente, la empresa estatal no se gestionó de manera adecuada y tomó decisiones estratégicas erradas, principalmente en lo relacionado con la tecnología que implementó.

- La Constitución de 2008 marcó un nuevo hito en materia de telecomunicaciones, pues las mismas son consideradas ahora un sector estratégico, lo que otorga al Estado un rol de trascendental importancia en el sector. El Estado tiene un papel activo en la gestión de estos servicios, con un modelo constitucionalmente definido, que es la creación de empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos. La delegación a las empresas de economía mixta y al sector privado solo puede hacerse de manera excepcional, lo que inclina la balanza a favor del Estado. La Constitución pretende marcar el camino para que el servicio se gestione de manera eficiente y oportuna mediante un modelo empresarial, pero sin dejar de lado el derecho constitucional de las personas a acceder a las tecnologías de la información y comunicación.

- La Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece reglas claras para la prestación del servicio público de telecomunicaciones y en la actualidad el Estado cuenta con la suficiente estructura administrativa para lograr brindar un servicio adecuado y competitivo. La empresa pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones, debe ser un instrumento dinamizador del sector que permita brindar servicios de calidad a precios equitativos en beneficio de toda la ciudadanía.

- El Estado, a partir de la apertura del mercado, otorgó concesiones para la telefonía fija, sin embargo la participación privada es muy incipiente; no así con otros servicios como el móvil avanzado, el valor agregado de Internet, portadores, audio y video por suscripción, donde la empresa privada logró captar un importante porcentaje de participación del mercado.

- Es probable que la dinámica que exige el sector sea la existencia de actores públicos y privados en el mercado para mejorar la prestación de los servicios y la competencia, por ello la Ley también permite la gestión indirecta por parte del sector privado. Lo curioso es que, aunque, el Estado siempre pudo ser un actor preponderante, en especial en la prestación del servicio móvil avanzado, no es sino hasta épocas recientes cuando empieza a mejorar el servicio y a entrar en el mercado de manera fuerte, ello significa que el problema fue solamente un tema de gestión y no una deficiencia estructural de fondo que permita juzgar que siempre la gestión del Estado es ineficiente.

- Nuestro país, acorde a las tendencias mundiales ha transitado por diferentes modelos ideológicos que han definido el rol del Estado. En la década de los noventa con un marcado surgimiento de pensamientos neoliberales se limitó la intervención estatal en asuntos económicos, se creó el andamiaje jurídico que permitía una transferencia de las actividades tradicionalmente asumidas por el Estado al sector privado, proceso conocido como privatizaciones. Con la Constitución del 2008, se dio al Estado un papel intervencionista, sus competencias no se limitan a la regulación y control, sino que le atribuye la facultad de brindar servicios públicos a través de empresas creadas para dicho efecto, lo que doctrinariamente se denomina Estado empresa.

- Respecto de nuestra hipótesis principal podemos indicar que con un adecuado modelo de gestión empresarial, el derecho preferencial o prioritario que tiene el Estado en la gestión de las telecomunicaciones resulta beneficioso para los usuarios, pues los servicios se han universalizado y las tarifas tienden a la baja, debido a la participación en el mercado de las empresas públicas. El monopolio legal a favor del Estado pudo haber resultado en un momento ineficiente, pero ello no dependió del modelo legal en sí mismo, sino de la forma de gestión, cosa que pudo

haberse corregido, muestra de ello es la gestión actual que brinda un adecuado servicio y ha empezado a incrementar los clientes con una importante tasa de nuevos usuarios.

- Por ello, consideramos importante el papel que deben desempeñar las empresas públicas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en el crecimiento y desarrollo del sector, pues su razón de ser es propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios, para lo cual deben manejarse bajo criterios y estándares empresariales, que les permita identificar las oportunidades de mejora y adoptar las medidas necesarias para dinamizar el sector y generar una sana competencia, en beneficio de los usuarios.

- De igual manera, es necesario fortalecer la presencia del Estado con programas y proyectos que se enfoquen en garantizar el acceso a las tecnologías de la información y comunicación de una manera justa y equitativa para que las zonas y sectores menos favorecidos se beneficien y potencien su desarrollo con base en estas tecnologías.

- Consideramos importante el rol que debe desempeñar el órgano regulador, que a través de la normativa secundaria, debe propender al establecimiento de estímulos para promover el servicio en áreas que por su naturaleza no representan un atractivo en términos de mercado, considerando elementos como tamaño de la población, contexto productivo, ingresos, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1997.

Arce Jofre, Diego, *Derecho de la Competencia: Control de concentraciones bajo la óptica de los mercados dinámicos*, Bolivia, 2009, Última consulta 10 de enero 2016 <http://www.eumed.net/ce/2009a/daj.htm>.

Barreto Antonio, *La Teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los Treinta*, En Revista Opinión Jurídica, Medellín: Universidad de Medellín, 2011.

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *La Naturaleza Jurídica de las relaciones entre los Usuarios de los Servicios Públicos y los Concesionarios*, Universidad Autónoma de México, México, 2008, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/6.pdf>

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *El Acto Administrativo en materia Tributaria*, Quito, Impresoresmyl, 2004.

Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1980.

Boix Palop, Andrés, *Las Licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción del Servicio Público*, En Revista General de Derecho, N° 680, Valencia, Universidad de Valencia, 2001.

Boquera, José María, *Derecho Administrativo*, Volumen I, 3ra Edición” (Madrid: Editorial Instituto de Estudios de Administración Local, 1979.

Caicedo, Aparicio, *CNT: El Perro del Hortelano*, en Revista Digital Plan V, de 24 Agosto 2015

Camacho, Guillermo, Tesis: “*Ilegalidad en la valoración de los Derechos de Concesión del SMA: Prescendencia de disposiciones del Marco Regulatorio de las Telecomunicaciones por parte del Estado ecuatoriano en la valoración de los Derechos de Concesión del Servicio Móvil Avanzado de Conecel S.A y Otecel S.A.* Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2009.

Carrasco, Pablo, Tesis: “*Análisis de la Decisión 608 de la Comunidad Andina sobre protección y promoción de la Competencia, y perspectivas sobre su aplicación en el Ecuador*”, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

Carrión, Hugo, *Regulación e inversión en Telecomunicaciones. Estudio en Caso Ecuador*, Quito: Imaginar.Org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, Quito, 2007

Cassagne, Juan Carlos, *Los nuevos entes regulatorios*, En Alberto Sánchez Coordinador, *El Derecho Público Actual*, Buenos Aires: Depalma, 1994.

Cassagne, Juan Carlos y Ariño Ortiz Gaspar, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Buenos Aires, Editorial LexisNexis Argentina S.A., 2005.

Corporación Nacional de Telecomunicaciones – CNT EP, *Memoria Empresarial 2014*.

Convención Internacional de Telecomunicaciones, Madrid, 1932.

Diario El Universo, *Pérdidas por \$ 220 millones suma Telecsa*, 23 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.eluniverso.com/2009/11/23/1/1356/perdidas-millones-suma-telecsa.html>

Dirección de Planificación-Unidad de Inteligencia de Mercado del Ministerio de Telecomunicaciones, *Asignación de Espectro SMA*, en Servicio Móvil Avanzado, Boletín Estadístico del Sector Telecomunicaciones, Boletín No. 1, Quito: Ministerio de Telecomunicaciones, 2014.

Duguit, León, *Manual de Derecho Constitucional*, Trad. José G. Acuña, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926.

Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926.

Dromi, Roberto, *Derecho Telefónico*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

Echeverría, Julio, *El Estado en la nueva Constitución*, Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Año 1956.

Ferrajoli, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, en Id., *Derechos y garantías*, Madrid: Trotta, 1999.

Galindo, Yomisel, *Un enfoque jurídico del transporte aéreo de pasajeros en Cuba*, Bayamo: Universidad Granma, 2010.

García de Enterría y Ramón Fernández Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Madrid: Thomson Civitas, 2004.

Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Reimpresión de La 7ma Edición, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1986.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 2, La defensa del usuario y el administrado, Buenos Aires: Fundación De Derecho Administrativo, 2014.

Jácome, Andrés, Tesis: *Propuesta de lineamientos generales y políticas públicas que permitan la creación de un régimen jurídico apropiado para la prestación de servicios convergentes en el Ecuador*”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

Jara, María Elena, *Análisis de la Sentencia Interpretativa 0006-09-Sic-Cc, Caso 0012-08-Ic ¿Tiene el Estado ecuatoriano derecho a participar en al menos el 50% de los beneficios que se generan en el sector de las Telecomunicaciones?*, En Revista de Derecho Foro. No. 16, 2011, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

Jaramillo, Fabián, Tesis: *Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador (Un estudio sobre las empresas públicas en el Ecuador)*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar 2011.

Jéze, Gastón, *Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores*, México: Editorial Jurídica Universitaria S. A, 2007.

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, México, Editorial Nacional de México, 1980.

Martínez Evelio, *¿Qué son las Telecomunicaciones?*, Barcelona: El Vigía, 2014.

Molina Negro, Francisco, *La Unión Internacional de Telecomunicaciones cumple 75 años*, Foro Histórico de las Telecomunicaciones, 2007.

Montaña Plata, Alberto, *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Morand, Jacqueline, *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Pachas Vicuña, Carlos, *¿Dudar? Quizás: El control de las concentraciones y fusiones empresariales*, Revista Derecho y Cambio Social, Última consulta 10 de enero 2016. <http://www.derechocambiosocial.com/revista006/empresarial.htm>,

Pérez, Efraín, *La delegación de los servicios públicos*, en Curso de Derecho Público. Última Consulta 23 de julio de 2015. Disponible en <http://www.estade.org/documentos/Temas%20de%20Economia%20y%20Politica/La%20Delegacion%20de%20Servicios%20Publicos.docx>.

Ramos, Edgar, *Diagnóstico del sector telefónico ecuatoriano*, En Serie de Apuntes de Economía N° 41, Quito: Dirección de Estudios Banco Central Ecuador, 2004.

Regalado, César, *Logramos utilidades de 154 millones*, entrevista Diario El Comercio, disponible en: http://edicionimpresa.elcomercio.com/es/xml_noticia/4005452

Regalado, César, *Réplica de CNT a Aparicio Caicedo*, Revista Digital Plan V, 14 de septiembre de 2015.

Rojas, Juan Pablo, *Derecho de las Telecomunicaciones en Ecuador*, Cuenca: Universidad De Cuenca, 2010.

Ruiz, José Fernández, *Disertación sobre el servicio público*, En Foro Revista de Derecho No, 13, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.

Santofimio Gamboa, Jaime, *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2010

Secaira Durango, Patricio, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Quito: Editorial Universitaria, 2004.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 2000.

Superintendencia de Telecomunicaciones, *Estadísticas. Telefonía Móvil y acceso a la Internet*, En Revista Institucional No.2, Noviembre de 2008, Quito: Superintendencia de Telecomunicaciones, 2008.