

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

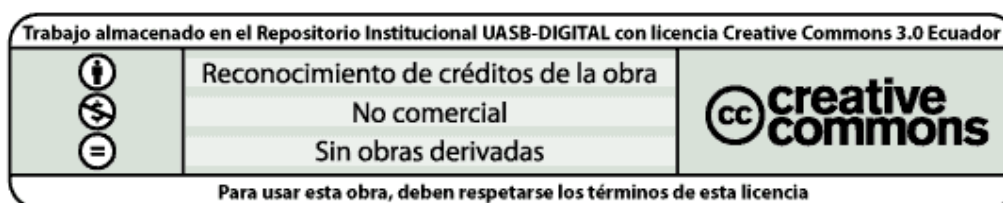
Programa de Maestría en Derecho Administrativo

El restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones en el Ecuador

Autor: Andrés Mauricio Castillo Aucancela

Tutora: Eddy De La Guerra

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo, Andrés Mauricio Castillo Aucancela, autor de la tesis intitulada “El restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones en el Ecuador”, 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 magíster 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, 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 formato virtual, electrónico, digital u 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. 22 de junio de 2017

Firma:

RESUMEN

La presente investigación se enfoca en el cambio de paradigma en la prestación de servicios de telecomunicaciones en el país, que se dio con la promulgación de la Constitución del 2008, la cual restableció el monopolio estatal en la gestión de estos servicios.

Los objetivos de esta tesis, se centran en el estudio de las causas del restablecimiento del monopolio estatal, a fin de determinar si las mismas responden a razones de carácter técnico, económicas o políticas. Del mismo modo, se analiza los efectos jurídicos de este cambio de paradigma, a fin de determinar si constituye una barrera normativa para la entrada de nuevos actores en el mercado de las telecomunicaciones en el Ecuador; y, adicionalmente, se examina la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico, como elemento fundamental en la prestación de varios servicios de telecomunicaciones.

Para la presente investigación jurídica, se empleó el método histórico y fundamentalmente el dogmático, asistido de las técnicas de revisión documental de doctrina relevante y legislación pertinente. En este sentido, el enfoque del mismo es cualitativo, basado en una lógica y proceso inductivo, que explora y describe las características y consecuencias jurídicas del cambio de paradigma en la prestación de servicios de telecomunicaciones; del mismo modo, la investigación es descriptiva, a fin de identificar los elementos y características de las instituciones jurídicas que son la base del estudio: el monopolio y los servicios públicos.

Como resultado del presente examen, se logra responder a la pregunta central de la investigación, esto es el establecimiento de las causas que derivaron en el establecimiento de un régimen de exclusividad a favor del Estado en la gestión de los servicios de telecomunicaciones.

Del mismo modo, se analiza la existencia de consecuencias jurídicas de este cambio de paradigma, en función de la aplicación que ha realizado del mismo, el órgano regulador del sector.

Monopolio; intervención del Estado; servicio público; telecomunicaciones; espectro radioeléctrico.

DEDICATORIA

A mis padres, mi ejemplo de vida, que me han dado el mejor regalo de todos, la educación.

A mis hermanos, por su comprensión y apoyo en todos mis emprendimientos académicos.

A mis sobrinos, por llenar mi vida de alegría y amor.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Andina Simón Bolívar y a sus docentes, por los conocimientos impartidos, que han contribuido a mi crecimiento tanto profesional como personal; y, que además han enriquecido mis destrezas en esta hermosa ciencia del Derecho.

Y un agradecimiento especial a mi Tutora, Dra. Eddy De La Guerra, cuya guía y conocimientos sustentan la presente investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	8
Glosario de términos.....	10
Capítulo primero.....	11
Teoría general del monopolio estatal.....	11
1. Régimen jurídico del monopolio.....	11
1.1. Definición y teorías relevantes sobre el monopolio.....	12
1.2. El monopolio estatal en la prestación de servicios públicos.....	19
1.2.1. La planificación.....	19
1.2.2. La regulación.....	20
1.2.3. La gestión directa.....	24
1.2.4. El Estado liberal.....	26
1.2.5. El Estado de bienestar.....	27
1.2.6. El neoliberalismo.....	27
1.2.7. El nuevo desarrollismo.....	28
1.2.8. Definición de servicio público.....	30
1.2.9. Titularidad de los servicios públicos.....	43
1.2.10. Gestión de los servicios públicos.....	44
Capítulo segundo.....	50
Régimen jurídico de los servicios de telecomunicaciones.....	50
2.1. Los servicios públicos de telecomunicaciones.....	50
2.1.1. Los servicios de telecomunicaciones como sector estratégico.....	54
2.1.2. Naturaleza y régimen jurídico del espectro radioeléctrico.....	56
2.2. Formas de gestión de los servicios de telecomunicaciones.....	73
2.2.1. Gestión en régimen de monopolio estatal.....	74
2.2.2. Gestión en libre competencia.....	77
Capítulo tercero.....	80
La prestación de servicios de telecomunicaciones en el Ecuador.....	80
3.1. Reseña histórica de las telecomunicaciones en el Ecuador.....	80
3.2. El cambio de paradigma en la Constitución del 2008.....	88
3.3. El desarrollo normativo del nuevo paradigma.....	101
3.4. La delegación excepcional de la gestión al sector privado.....	108

3.4.1. Elementos y características de la delegación excepcional.....	108
3.4.2. La delegación excepcional en la actualidad.....	111
Conclusiones.....	116
Bibliografía.....	119

INTRODUCCIÓN

La historia de los servicios de telecomunicaciones ha sido similar en la mayoría de países, es así que, originalmente estos servicios fueron prestados por la iniciativa privada, en función de ser los inventores de la tecnología requerida para el efecto; posteriormente, la importancia de estos servicios trasciende y en respuesta, los Estados consideran a los mismos como servicios fundamentales para sus ciudadanos, por lo cual se reservaron su gestión. Este régimen de exclusividad estatal no duró mucho tiempo, pues, al verse rebasados por el desarrollo de la tecnología de las comunicaciones y las necesidades cada vez más demandantes de la población, los Estados optaron por la apertura del mercado a la iniciativa privada, régimen que en la mayoría de países, se mantiene hasta la actualidad.

Ante esta realidad, los Estados fortalecieron sus funciones de control, especialmente para sancionar las prácticas restrictivas a la libre competencia; y, además adecuaron sus legislaciones en aras de motivar la entrada de nuevos competidores al mercado de las telecomunicaciones, otorgándoles beneficios por medio de regulaciones asimétricas.

No obstante, en el Ecuador con la promulgación de la Constitución del 2008, se produce un cambio a este paradigma, pues se califica a las telecomunicaciones como un sector estratégico, determinando que su gestión corresponde de manera exclusiva al Estado y solo excepcionalmente a la iniciativa privada.

En la presente investigación se busca determinar las causas que motivaron al constituyente a establecer este régimen de exclusividad a favor del Estado y si el mismo es un producto original de la legislación ecuatoriana. Para el efecto, el presente estudio inicia con un análisis doctrinario de las principales instituciones jurídicas, es decir del monopolio y de los servicios públicos; en este sentido, se examina a quien corresponde la titularidad de estos servicios, así como las modalidades en su prestación.

Con la base teórica descrita, se profundiza el estudio de los servicios públicos de telecomunicaciones en particular, haciendo especial énfasis en sus modelos de gestión; y, adicionalmente se analiza la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico, a fin de determinar si efectivamente se trata de un bien de dominio público.

Finalmente, y en la parte medular de la investigación, se realiza un análisis de las causas que motivaron el cambio de modelo en la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador; y posteriormente se estudia el marco constitucional

vigente que regula al sector, así como su desarrollo normativo y jurisprudencial, a fin de determinar sus consecuencias jurídicas.

Este trabajo académico, más allá de establecer conclusiones o certezas específicas, aspira a que el lector se cuestione la validez y vigencia de las disposiciones constitucionales que cambian el paradigma en la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador.

Glosario de términos

Banda de frecuencias:

Son intervalos de frecuencias del espectro radioeléctrico, asignados a un determinado uso.

Bluetooth:

Tecnología inalámbrica que permite la conexión entre dos dispositivos en cortas distancias mediante un enlace por radiofrecuencia.

Espectro radioeléctrico:

Medio intangible en el cual se propagan ondas electromagnéticas, que son empleadas para la transmisión de información.

Frecuencia radioeléctrica:

Señal electromagnética que utiliza el espectro como medio de propagación para la transmisión de información.

Gigahercio:

Múltiplo de la unidad de medida de frecuencia hercio.

Onda electromagnética:

Onda producida por cargas eléctricas en movimiento.

Red Wifi:

Mecanismo de conexión inalámbrica de dispositivos electrónicos.

Soporte electromagnético:

Almacenamiento de información digital, por medio de propiedades magnéticas.

Sub banda de frecuencias:

Subdivisión de las bandas de frecuencias.

Capítulo primero

Teoría general del monopolio estatal

El presente trabajo académico tiene como finalidad el examen del restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones en el Ecuador, para lo cual es necesario empezar el mismo con el estudio de los conceptos básicos de la temática propuesta, que nos permita contar con un marco teórico adecuado, que sirva de sustento del mismo.

Así, en el presente capítulo se empezará con el análisis del monopolio, su régimen jurídico y tipologías; posteriormente se estudiará a los servicios públicos, con sus características y elementos esenciales, para finalmente enlazar estos dos conceptos, con el examen de la gestión de servicios públicos en régimen de monopolio.

1. Régimen jurídico del monopolio

A fin de analizar las causas del restablecimiento del monopolio estatal en la prestación del servicio de telecomunicaciones, es necesario comprender en primer lugar, al régimen jurídico del monopolio. Como referencia histórica es importante citar a Fausto Dután, quien ha indicado que: “El desarrollo y auge de los monopolios nacionales y transnacionales está ligado al sistema capitalista como hecho concomitante al progreso de la ‘civilización occidental’. Su predominio y hegemonía a nivel mundial empezaron a marcar su decurso en la historia desde el siglo XV.”¹ Si bien, la referencia realizada por Dután refleja un sesgo ideológico, es importante señalar que no obstante que, los monopolios pudieron surgir desde el abuso de una posición dominante de un particular, cabe también tener en cuenta que esta distorsión del mercado, ha sido adoptada muchas veces por las propias administraciones públicas, justificándose en distintos factores, especialmente en garantizar prestaciones de índole social.

De manera general, el monopolio ha sido considerado como una distorsión al libre mercado, como una práctica que debe ser combatida desde el Estado en defensa de los consumidores; pero, ¿cómo debe entenderse si este régimen es establecido desde la Administración Pública? A fin de comprender esta cuestión, es necesario empezar por el análisis del concepto de monopolio, para entender sus implicaciones y alcance.

¹ Fausto Dután, “Monopolios y poder en la historia del Ecuador”, en Eduardo Almeida Reyes, compilador, *Monopolios y Poder en la historia del Ecuador*, (Quito, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015), 329.

1.1. Definición y teorías relevantes sobre el monopolio

Para los autores Carlton D. Y Perloff J., el monopolio es “aquella estructura de mercado en la que una sola empresa provee un producto para el cual no existen sustitutos cercanos a todos los consumidores del mercado.”² Esta definición es restrictiva, en tanto considera que el monopolio únicamente puede surgir de manera espontánea, cuando un actor en un determinado mercado, es el único proveedor de un bien; pero no se hace referencia, a la posibilidad que el monopolio sea establecido por una norma, o el caso en el cual, existiendo varios competidores, los mismos son perjudicados por abusos de la posición dominante de uno de estos.

Por su parte, Mauricio Velandia ha señalado que: “Monopolio es una palabra de origen griego que significa ‘una sola empresa’. Esta empresa se encuentra sola en el mercado y enfrenta toda la demanda. Al enfrentar sola toda la demanda decide qué cantidad de bienes producir; así, su voluntad es la que determina el precio.”³ En relación a esta definición, hago la misma reserva que a la anterior, pues no expone las circunstancias en que puede darse el monopolio, sino únicamente enumera dos efectos que se producen cuando existe un solo proveedor que domina la demanda de un producto; esto es, la fijación de la cantidad producida y el precio de bien.

Finalmente, citaré la definición elaborada por Manuel Ossorio, para quien monopolio es el “Régimen económico derivado de preceptos legales o de circunstancias de hecho, mediante el cual una o varias ramas de la producción se sustraen de la libre competencia, para quedar en manos de una empresa o de un grupo de empresas que se hacen dueñas del mercado. El monopolio puede ser público, cuando se establece en beneficio del Estado, o privado, cuando se ejerce por particulares”.⁴ El presente concepto, sin duda que es el más completo, pues además de abordar al monopolio como un régimen económico, que es lo adecuado pues el mismo determina la forma de producción, distribución y consumo de un bien, destaca las circunstancias en que surge este régimen, así como refiere a algunas de sus consecuencias.

Por lo dicho, del concepto citado, se debe destacar dos elementos esenciales: el primero, referido a que el monopolio puede nacer por razones propias del mercado, las

² Carlton D y Perloff J, *Modern industrial organization*, 2000, 87, citado por José María Beneyto, *Tratado de Derecho de la Competencia*, (Barcelona: Bosch, 2005), 20.

³ Mauricio Velandia, *Derecho de la competencia y del consumo*, 2da edición, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 33.

⁴ Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 1era edición electrónica, (Argentina: Editorial Heliasta), < <http://www.geocities.ws/rfariasfiguera/Diccionario%20Juridico.pdf>>

denominadas por el autor como circunstancias de hecho; o, puede surgir en función de una disposición legal, es decir al amparo de una norma dictada por órgano competente. El segundo elemento importante, es la determinación de que el monopolio puede ser público o privado.

En principio, se podría pensar, al intentar enlazar los dos elementos, que el monopolio derivado de una disposición normativa puede ser otorgado únicamente a favor del Estado; y, que el monopolio de hecho, solo beneficia al privado que compite en un determinado mercado. No obstante, distintas realidades sociales, así como la mecánica de los mercados, pueden demostrar que esto no siempre funciona así. Por ejemplo, podemos encontrar que un proveedor monopólico, se beneficie de barreras normativas que restringen el acceso a nuevos actores a un determinado mercado. Del mismo modo, puede existir una empresa estatal, que utilizando subsidios cruzados, ha logrado menguar la participación de sus competidores, asegurándose el monopolio de un determinado bien o servicio.

En la legislación ecuatoriana no existe una definición de monopolio, ni siquiera en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por el contrario, únicamente se establecen disposiciones que indican la obligación del Estado de sancionar cualquier práctica monopólica; así, el artículo 335 de la Constitución, en su parte pertinente, establece: “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”⁵

Por su parte, el artículo 47 de la Ley de Modernización del Estado señala: “**Art. 47.- MONOPOLIOS.-** Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza.”⁶

Finalmente, se debe mencionar que la única referencia trascendente que hace la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al monopolio, se encuentra prevista en el numeral 1 del artículo 28, que establece que se admite al monopolio estatal, como una restricción a la competencia, justificando la misma por el

⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], sección quinta, “Intercambios económicos y comercio justo”, art. 335, en Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).

⁶ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado*, en Registro Oficial, 349 (31 de diciembre de 1993), art. 47.

interés público. Sobre el régimen de monopolio estatal, nos referiremos en detalle más adelante.

Por otra parte, y en relación al régimen jurídico del monopolio, Agustín Gordillo ha indicado que:

Cuando es el Estado que monopoliza una actividad productiva, su régimen jurídico por lo general se confunde con el resto de la actividad administrativa o estatal en general. Si alguna se rige por el derecho privado, esto es razón suficiente para no denominarlos servicios públicos. (...) Distinguiremos según que el monopolio sea espontáneo –fruto del mercado-, o nacido de una determinación estatal de atribuirlo bajo tales condiciones legales a una entidad privada, por concesión o licencia de servicio público, lo cual supone una decisión legislativa –que no siempre existe.⁷

Del precepto transcrito, se puede colegir que para Agustín Gordillo, existen dos clases de monopolio, el primero: el monopolio espontáneo, producto del mercado; y, del otro lado está el monopolio legal, que no surgen producto del juego del mercado, sino que son impuestos por el Estado mediante un acto normativo.⁸ Estas tipologías del monopolio planteadas por el autor, revisten especial importancia para el presente estudio, por lo cual es necesario profundizar en su análisis:

a) Monopolio espontáneo.- este tipo, aludido también como de facto, se refiere al que se produce por el abuso de la posición dominante de un actor en un determinado mercado. Es decir, este monopolio aparece como producto de una libre competencia, no es establecida por una norma jurídica; por el contrario, en la mayoría de casos, aparece por falta de regulación de prácticas anticompetitivas en un mercado. A este respecto, Gordillo ha indicado que “la sola existencia de un monopolio de facto conlleva dos reacciones del ordenamiento jurídico: a) tratar de eliminar dicha distorsión al mercado; b) mientras tanto y al mismo tiempo, dictar norma regulatorias que disminuyan o impidan sus excesos.”⁹ En este sentido, se puede concluir que la respuesta que da el Estado, a esta clase de monopolios, es la principal diferencia con la segunda tipología, que se analiza a continuación.

b) Monopolio legal.- de la cita expuesta por Agustín Gordillo, se puede colegir que para el autor, el monopolio legal solo puede ser establecido para los servicios públicos. Al respecto, es importante destacar que existe una corriente doctrinaria, que

⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 4ta edición, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000), VI-12-3.

⁸ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, VI-13.

⁹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, VI-13.

considera al monopolio como una característica intrínseca del servicio público; teoría que, será analizado más adelante.

En relación al monopolio legal, Velandia indica que el mismo se presenta “cuando la regulación interna de un país adjudica un mercado a una empresa en especial, de modo que esta es la única que puede ofrecer productos, y los consumidores se ven obligados a comprarle solo a ella.”¹⁰ De la cita se destaca que el monopolio legal debe nacer de una disposición normativa emitida por autoridad competente, la cual otorga prerrogativas de exclusividad a un determinado actor de un mercado.

Por su parte, Juan Ignacio Signes de Mesa, se refiere al monopolio legal como como derechos exclusivos, indicando que “son aquellos instrumentos jurídicos que los poderes públicos conceden a determinadas entidades –ya sean públicas o privadas– reservándoles a estos efectos la prestación de bienes o servicios en todo un mercado o en un segmento particular del mismo.”¹¹

En la definición realizada por Signes de Mesa se abre la posibilidad de que el monopolio legal, es decir el establecido mediante norma jurídica, puede ser otorgado a favor de un operador privado. Al respecto, es importante señalar que en muchos casos, el monopolio otorgado por norma, a favor de un particular, tiene como finalidad generar una compensación, en función que la prestación de un servicio no siempre es rentable, pero al tratarse de prestaciones de interés general, como contrapartida, se otorga la exclusividad en su explotación.

Del mismo modo, se debe convenir que el monopolio derivado de una disposición normativa, debe referirse a un servicio público, independientemente a favor de quien se otorgue su gestión en exclusividad, pudiendo ser público o privado.

En referencia a los servicios públicos, se debe señalar que se ha justificado el régimen de exclusividad en su gestión, indicando que los mismos constituyen monopolios naturales. En este sentido, es importante realizar un análisis conceptual del llamado monopolio natural. Así, para Andrés Pereyra existe monopolio natural “cuando los costos de producción son tales que para los demandantes del mercado es más barato obtener la producción de una empresa que de muchas. En esta situación es óptimo desde el punto de vista de costos, de que exista una empresa que muchas.”¹²

¹⁰ Velandia, *Derecho de la competencia y del consumo*, 33.

¹¹ Juan Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro, *Derecho de la Competencia*, (Navarra: CIVITAS, 2013), 401.

¹² Andrés Pereyra, *Monopolio Natural y Regulación Económica*, (2002), 4. <http://decon.edu.uy/~mito/cursos/microa/Notas%20Monopolio%20Natural.pdf>

Es decir, se presenta cuando los costos fijos para la producción de un producto o prestación de un servicio son elevados, por lo que, en el largo plazo un solo productor es capaz de producir a un costo más bajo, que si existiera una multiplicidad de aquellos.

Por su parte, Mauricio Velandia indica que el monopolio natural se da “cuando las empresas grandes ya establecidas resultan más rentables, eficientes y productivas que las pequeñas que entran; de esta suerte, no existen condiciones favorables para competir con la ya establecida, lo cual no estimula la entrada o permanencia.”¹³

En el caso de varios servicios públicos, se ha justificado su régimen de exclusividad, indicando que su gestión se realiza mediante economías de escala y que adicionalmente, en su mayoría, se requiere de recursos públicos que son escasos.

Por su parte, para Gregory Mankiw, “cuando una empresa tienen un monopolio natural, le preocupa menos la posibilidad de que entren nuevas empresas y de que reduzcan su poder de monopolio. Normalmente, una empresa tiene problemas para mantener una posición monopolística si no posee un recurso clave o no está protegida por el Estado.”¹⁴ Esta última afirmación de Mankiw, hace cuestionar sobre el carácter de “natural”, de este tipo de monopolios; pues, se refiere a una protección del Estado, que normalmente es de tipo regulatorio o el otorgamiento en exclusividad de un recurso escaso.

En esta línea, tenemos a Thomas DiLorenzo, para quien la teoría del monopolio natural es una ficción económica, creada por economistas y posteriormente legisladores, para justificar la gestión exclusiva de un determinado producto o servicio, pues afirma que “tal cosa como un ‘monopolio natural’ jamás ha existido.”¹⁵ El mencionado autor refiere que el monopolio natural es solo un mito, pues la existencia de economías de escala no presupone ni requiere un monopolio o precios monopólicos, señalando además, que los costos son siempre menores cuando existen al menos dos empresas operando. A criterio de DiLorenzo, los prestadores de un determinado servicio buscaban que el mismo sea calificado como servicio público, a fin de deshacerse de la competencia. En este sentido, cita a Horace Gray, quien indica que “el status de servicio público se volvió el refugio de todos los aspirantes a monopolista que encontraban muy

¹³ Velandia, *Derecho de la competencia y del consumo*, 33.

¹⁴ Gregory Mankiw, *Principios de microeconomía*, primera edición, (España: Mc Graw Hill, 1998), citado por Alfonso Miranda y Juan Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, Revista Auctoritas Prudentium, (2009), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5047368>

¹⁵ Thomas J. DiLorenzo, *El mito del monopolio natural*, (The review of austrian economics Vol. 9, No. 2, 1996),43-58. <http://88.167.97.19/albums/files/TMTisFree/Documents/Economy/Mises/rae/monopolio.pdf>

difícil, costoso o precario conseguir y mantener un monopolio por medio de acciones privadas solamente.”¹⁶

Con la finalidad de desmitificar el concepto de monopolio natural, DiLorenzo analiza al servicio de telefonía, señalando:

El más grande mito en este tema es la noción de que el servicio telefónico es un monopolio natural. Los economistas han enseñado a varias generaciones de estudiantes que el servicio telefónico es un ejemplo ‘clásico’ de falla de mercado y que la regulación gubernamental en ‘interés del público’ era necesaria. Pero Adam D. Thierer recientemente demostró, no existe nada ‘natural’ acerca del monopolio telefónico disfrutado por AT&T por tantas décadas; fue una mera creación de la intervención estatal. Una vez que las patentes originales de AT&T expiraron en 1893, docenas de competidores aparecieron. Para fines de 1894 más de 80 competidores independientes habían conquistado ya un 5% del mercado (...) En 1907, los competidores de AT&T habían conquistado el 51% del mercado telefónico, y los precios estaban siendo reducidos drásticamente por la competencia. Mas aún, no hay evidencia de que se formasen economías de escala, y las barreras de entrada eran obviamente inexistentes, al contrario de lo que cuenta la teoría del monopolio natural aplicada a la industria telefónica.¹⁷

En relación, se debe indicar que en el caso de Ecuador, a partir de la apertura del mercado de las telecomunicaciones en el año 2000, varios operadores privados entraron a brindar el servicio de telefonía fija; así, en el año 2002 obtienen su concesión las compañías Setel S.A., Linkotel S.A. y Ecuadortelecom S.A., en el año 2003 la compañía Etapatelecom S.A. y en el año 2006 la empresa Global Crossing S.A.¹⁸ En este punto cabe preguntarse, si en el servicio de telefonía el monopolio era natural como se lo planteaba, ¿Por qué los operadores privados ingresaron al mercado de las telecomunicaciones en el país, justamente cuando se eliminó la barrera regulatoria de acceso? ¿Será acaso que la apertura del mercado de telecomunicaciones provocó una abrupta reducción de los costos fijos para la producción del servicio?

Las respuestas resultan obvias, lo cual abona a la teoría de DiLorenzo, de que los monopolios naturales, lejos de ser naturales, son el resultado de una política de Estado que beneficia a un determinado actor de mercado. Cabe agregar además, que en la actualidad los costos de las redes e infraestructura de telecomunicaciones se han reducido considerablemente, haciendo que las mismas sean asequibles a un mayor

¹⁶ Horace M. Gray, *The passing of the public utility concept*, (1940), 8, citado por Thomas J. DiLorenzo, *El mito del monopolio natural*, (The review of austrian economics Vol. 9, No. 2, 1996),43-58. <http://88.167.97.19/albums/files/TMTisFree/Documents/Economy/Mises/rae/monopolio.pdf>

¹⁷ DiLorenzo, *El mito del monopolio natural*, 13-4.

¹⁸ Fuente: Página institucional Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), <http://www.arcotel.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/TEL-003-01-CONATEL-2011.pdf>

número de actores; por lo que, mal se podría hablar de monopolio natural en estos servicios y peor aún, que esto sea más beneficioso que un mercado en competencia.

Con este antecedente, es preciso realizar un análisis pormenorizado del monopolio en la prestación de servicios públicos.

1.2. El monopolio estatal en la prestación de servicios públicos

Previo a realizar el análisis de los servicios públicos y sus modalidades de gestión, es importante estudiar las formas de intervención de un Estado en la economía de un país, a fin de tener un panorama más claro de la participación de la administración pública en la prestación de esta clase de servicios. Al respecto, Fabián Jaramillo ha indicado que: “El Estado en su empeño por promover un amplio y profundo desarrollo, de manera general, ejerce potestades para dirigir, planificar, regular, intervenir y controlar diferentes sectores.”¹⁹ Por lo que, pasaremos a revisar a los tres principales roles señalados por el autor.

1.2.1. La planificación

Una de las principales actividades que realiza un Estado en el orden económico es la planificación, la cual precede, dirige y controla a la gestión de la administración pública. Al referirse a la planificación, Fabián Jaramillo indica:

La Administración determina objetivos y lineamientos generales que contribuyen a la elaboración de los planes, programas y proyectos, los que a su vez se ejecutan para corregir algunas situaciones adversas o negativas que afectan al desarrollo nacional o local, e indirectamente afectan a la provisión de bienes o la prestación de servicios para atender las exigencias de una sociedad.²⁰

De su lado, Gaspar Ariño indica que: “En este tipo de actividad el Estado pretende conformar y racionalizar de modo conjunto y sistemático tanto la acción del Estado como la iniciativa privada con la finalidad de atender en cada sector a las necesidades previsibles a plazo medio.”²¹

De la lectura de la cita de Gaspar Ariño, se entendería a la planificación como la coordinación de acciones entre el sector público y privado, para la consecución de fines determinados. Se debe resaltar la inclusión que realiza el autor, del sector privado, para la formación de la política pública y modelo de gestión de un Estado, lo cual reviste especial importancia para la presente investigación.

¹⁹ Fabián Jaramillo Villa, “*Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador*” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 18, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2839/1/T1004-MDE-Jaramillo-Analisis.pdf>

²⁰ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”

²¹ Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico: Modelo de estado, gestión pública, regulación económica*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 330.

Por otra parte, Juan Martin señala que la planificación cumple tres funciones básicas, la primera es la prospectiva, que tiene consiste en “ilustrar las perspectivas a mediano y largo plazos para el conjunto de los ciudadanos, clarificar las alternativas de decisión de las autoridades públicas y explorar nuevas estrategias económicas y sociales.”²²

La segunda función apuntada por Martin, hace referencia a la coordinación de las políticas públicas, que comprende en primer lugar a la interacción del gobierno con las fuerzas económicas y sociales que permita concertar sus decisiones; y, en segundo lugar a la coordinación al interior del gobierno para establecer los tiempos y formas del cumplimiento de los objetivos planteados.²³

Finalmente, la tercera función se refiere a la evaluación, que consiste en la valoración de los resultados obtenidos, para el efecto se emplean distintos mecanismos de seguimiento y evaluación de la gestión pública.²⁴

Sin lugar a dudas que la planificación se ha constituido en un elemento trascendental de la gestión gubernamental, pero sobre todo representa la hoja de ruta que un Estado ha decidido seguir, para conseguir determinados resultados, en beneficio del bien común. El Ecuador no es la excepción, en la actualidad se cuenta con un instrumento guía de la gestión de la administración pública, el denominado Plan Nacional del Buen Vivir; del mismo modo, existe una Secretaría de Estado encargada de dar seguimiento y evaluar el cumplimiento de la planificación.

1.2.2. La regulación

Otro rol que cumple un Estado, en materia económica, es la regulación, la cual ha sido definida por Dromi como “el lineamiento de una esfera legítima de expresión, al mismo tiempo, una frontera que no puede ser sobrepasada, so pena de violación de derecho.”²⁵ En este sentido, se podría entender a la regulación como esa limitación que pone el Estado a la actuación del privado dentro de una determinada actividad.

²² Juan Martin, *Funciones básicas de la planificación económica y social*, (Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, 2005), http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7305/1/S057558_es.pdf

²³ Martin, *Funciones básicas de la planificación económica y social*.

²⁴ Martin, *Funciones básicas de la planificación económica y social*.

²⁵ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 8va edición, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Buenos Aires, 2000), 507.

En relación a la regulación económica, ya de manera concreta, Fabián Jaramillo ha indicado que:

Le corresponde al Estado disciplinar los mercados a través de disposiciones que organicen la participación de los agentes económicos con el fin de que todos, dentro de la ley, puedan participar activamente de manera sana y en condiciones igualitarias, de los beneficios de la producción y el comercio; evitando que el capital, la materia prima, y los demás insumos necesarios para la producción y la industria se concentren o acaparen, y suprimiendo los privilegios de ciertos agentes que desarrollan prácticas restrictivas o monopólicas, distorsionando la economía.²⁶

De la cita realizada, se desprende que en lo relacionado a la regulación económica, el Estado actúa como el tercero dirimente en caso de conflicto entre actores de un determinado mercado; o, como el arbitro que sólo puede intervenir, cuando suceden distorsiones al mercado y se afecta a la libre competencia. En este sentido, se revela una mayor importancia de esta actividad, en un Estado abierto a la participación del sector privado en las distintas actividades económicas de un país. En la misma línea se ha expresado Ricardo Rivero, quien ha señalado:

En la terminología del Derecho administrativo económico todavía se asocia el concepto ‘regulación’ a la liberalización de la Economía, la creación de autoridades administrativas independientes y la nítida separación de la iniciativa económica en el mercado de las decisiones pretendidamente neutrales de fijación de reglas, control de su cumplimiento y solución de los conflictos planteados en su interpretación y aplicación. Entendida de esta forma, la regulación sería el nuevo paradigma del intervencionismo público sobre la Economía, al haber asumido el protagonismo que en otras épocas históricas correspondía a la planificación, al servicio público o a la empresa pública, técnicas por otro lado no desaparecidas del panorama administrativo, aunque sí hayan experimentado mutaciones en algunas de sus características.²⁷

Lo prescrito por Rivero refleja como el rol de intervención del Estado, varía según el modelo económico adoptado; pues, si bien no son excluyentes entre sí, si existe una prevalencia de una actividad sobre otra, de conformidad al modelo que se siga. Es por esto, que se resalta la importancia de la regulación, en Estados que han liberalizado su economía, pero sobre todo, la gestión de sus servicios públicos. Como bien indica Jaramillo, “la regulación estatal pretende que las actividades de los agentes económicos

²⁶ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 12-3.

²⁷ Ricardo Rivero Ortega, *Derecho Administrativo Económico*, séptima edición, (Madrid: Marcial Pons, 2015), 21. <http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788416402724.pdf>

se enmarquen en la legalidad y de alguna manera se ajusten a las finalidades públicas.”²⁸

Como bien indica el autor citado, la finalidad que debe perseguir la regulación económica de un Estado, es que la actuación de los distintos actores y factores económicos de un país, se orienten en la consecución del bien común, por sobre intereses particulares. En esta misma línea, Rivero señala que “normalmente las regulaciones consideradas económicas, como la fijación de tarifas o la limitación en cuanto al número de operadores en un sector, suelen perseguir fines sociales tales como la universalidad en el acceso a los servicios o la garantía de su prestación, evitando una competencia dañina en el largo plazo.”²⁹

En este punto, y en relación a los servicios de telecomunicaciones, materia del presente estudio, es preciso hacer mayor referencia a la universalidad en el acceso a los servicios, citada por Rivero. Así, en el sector de las telecomunicaciones se ha referido al servicio universal, como aquella obligación impuesta por el Estado a los prestadores de estos servicios, a fin de garantizar el acceso a todos sus ciudadanos. Como se puede observar, el concepto de servicio universal se encuentra atado a un mercado en libre competencia, donde se impone a sus actores, determinadas prestaciones, como condición para brindar sus servicios. Al respecto, Carmen Chinchilla ha indicado: “Lo que ha cambiado, que sin duda es mucho, es su forma de prestación que ha pasado de la gestión directa por la Administración, o indirecta por el concesionario, a la prestación por los particulares en régimen de competencia pero con sometimiento a determinadas obligaciones, entre las que destaca, de forma muy significativa, ‘el servicio universal’.”³⁰

Para Marcos Fernando Pablo, “Bajo la nomenclatura servicio universal se trata de dar respuesta a un problema creado, en parte, al otorgar al mercado (por tanto, a decisiones privadas de inversión) el papel principal en la provisión de redes y servicios en el sector de las telecomunicaciones.”³¹

Esta respuesta señalada por Fernando Pablo, se lo realiza por medio de la regulación, con la cual el Estado garantiza la prestación de estos servicios, a precios

²⁸ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 13.

²⁹ Ricardo Rivero Ortega, *Derecho Administrativo Económico*, 21.

³⁰ Carmen Chinchilla Marín y Matilde Carlón Ruiz, “*Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones*”, en Tomás Quadra Salcedo, director, *Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003), 158.

³¹ Marcos Fernando Pablo, *Derecho General de las Telecomunicaciones*, (Madrid: Colex, 1998), 197.

accesibles y con calidad, indistintamente de la locación geográfica del usuario. En relación, Chinchilla señala:

La clave de la técnica del servicio universal reside en el abandono de la titularidad pública de una actividad económica que, sin embargo, sigue manteniendo su carácter de prestación esencial para los ciudadanos. Así pues, cuando a través de un proceso de liberalización la actividad queda abierta a la libre competencia, es necesario evitar el riesgo de que el desenvolvimiento libre del propio mercado no garantice un nivel mínimo de servicio a todos los ciudadanos, y para ello surge el mecanismo del servicio universal como una obligación impuesta de forma suplementaria a ciertos operadores en ese mercado para que presten el servicio al margen de criterios meramente comerciales, en buenas condiciones de coste y calidad.³²

De lo prescrito por Chinchilla, se puede colegir que para garantizar la accesibilidad y calidad de esta clase de servicios, independiente de la locación geográfica de los usuarios, no es necesario que el Estado gestione directamente a los mismos; por el contrario, se lo puede conseguir por medio de una regulación eficaz, con la concurrencia de varios actores, obligados normativamente a cumplir con el servicio universal.

Es importante además resaltar, que la regulación no solo impone obligaciones a los prestadores de estos servicios, sino que también les otorga derechos, pero con la misma finalidad, el garantizar la prestación del servicio al público; así, podemos destacar la ocupación del dominio público e incluso de la propiedad privada que sea necesaria para el establecimiento de la infraestructura y redes, así como la utilización de recursos escasos como el espectro radioeléctrico.

Cuando mencionamos a la ocupación de la propiedad privada, en aras de garantizar la prestación del servicio, es importante hacer referencia al concepto de facilidades esenciales, que en palabras de Alfredo Ugarte: “constituyen activos de carácter corporal o incorporeal (estructuras físicas, redes de transmisión, oleoductos, derechos de propiedad industrial, concesiones, etc.) que otorgan un beneficio económico a quien los detenta, por sobre sus competidores, y cuya existencia genera por lo mismo un desequilibrio entre ellos.”³³

En el caso de las telecomunicaciones, las redes, antenas, nodos y demás componentes de una infraestructura requerida para brindar el servicio, se han

³² Chinchilla Marín y Matilde Carlón Ruiz, “*Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones*”, 159.

³³ Alfredo Ugarte Soto, Facilidades esenciales y abuso de posición dominante, Revista de Derecho Coquimbo, (2013). http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200009

constituido en facilidades esenciales, lo que ha colocado al o los operadores incumbentes, de un determinado servicio de telecomunicaciones, en una posición de preferencia por sobre el resto de competidores. Esta posición preferente ha sido justificada bajo el concepto de monopolio natural. La desmitificación de este último concepto consta en el numeral anterior del presente capítulo.

Frente a esta distorsión que puede generar en un determinado mercado las facilidades esenciales, juega un papel importante la regulación, como la herramienta idónea para obligar al operador incumbente a compartir su infraestructura, a fin de garantizar la prestación del servicio por parte del resto de actores. En este sentido, Bernardo Almendros ha señalado: “En la medida en que la regulación exija al operador incumbente la puesta a disposición de una mayor parte de los elementos de su red (líneas alquiladas, ofertas mayoristas de servicios, bucle de abonado, etc.) y durante un mayor plazo, el modelo estará más próximo al de competencia en servicios y más alejado del de competencia en redes.”³⁴

Como se puede observar, un Estado puede garantizar la prestación de un servicio, su calidad y un precio accesible, no únicamente por medio de su gestión directa, sino también por medio de una adecuada regulación del sector. A continuación se analizará al Estado como un competidor más en un determinado mercado.

1.2.3. La gestión directa

Finalmente, se debe analizar la intervención del Estado a través de la gestión directa de un determinado servicio. Con relación a la prestación de los servicios públicos por parte del Estado, su alcance y régimen jurídico serán estudiados a profundidad, más adelante. Con este antecedente, quiero referirme al denominado Estado empresario, el cual ha sido referido por Alejandro Usen en los siguientes términos:

Aludir a la noción de Estado empresario, es referirse, con mayor precisión, al complejo normativo que configura una de las variadas formas en que se puede desplegar la actividad estatal en el ámbito económico y, específicamente, la actividad económica empresarial, o sea, la acción estatal, por vía de propiedad o participación, mayoritaria o

³⁴ Bernardo Lorenzo Almendros, “*Modelos Regulatorios: Competencia en infraestructura o competencia en servicios*”, en José María Beneyto, director, *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, (Madrid: Dykinson, 2003), 82.

no, y bajo formas societarias especiales o las existentes en el derecho mercantil común, que se despliega en actividades productivas, en el ámbito de un mercado.³⁵

Por su parte, Fabián Jaramillo al referirse a la participación empresarial del Estado indica:

Obedece a la necesidad estratégica de racionalizar la explotación de ciertos recursos considerados como no renovables, limitar el dominio de mercado de ciertos agentes que actúan de manera monopólica u oligopólica, y garantizar el acceso de los ciudadanos en su condición de usuarios o consumidores a la provisión continua y regular de bienes y servicios necesarios para atender sus necesidades humanas, tanto materiales, morales e intelectuales. De esta manera el Estado se organiza de forma empresarial y actúa e interviene en los mercados.³⁶

Como bien indica el autor citado, el Estado empresario ha sido empleado como una herramienta para regular los abusos de un competidor o las distorsiones que se presenten en un mercado; y, para asegurar la provisión de un determinado servicio a la mayoría de usuarios. Estas son las finalidades primordiales de una empresa estatal, que como se ve, son distintas a la finalidad de lucro de una empresa privada. No obstante, en muchos casos, es la propia empresa estatal la que genera las distorsiones del mercado, al no competir en igualdad de condiciones con el resto de actores, pues, además de contar con una fuente inagotable de recursos como es el Estado, muchos países las eximen del pago de tributos, tasas y demás obligaciones económicas para con la Administración Pública.

Del mismo modo, otros cuestionamientos realizados al denominado Estado empresario tiene relación a su gestión deficiente, altos costos, poca rentabilidad, escaso conocimiento de los funcionarios públicos respecto al giro del negocio o manejo empresarial, lo cual ocasiona perjuicios económicos al erario público, que son compensados por los gobiernos por medio de cargas impositivas. Así, Cristian Larroulet ha indicado que: “El usar a las empresas del Estado como mecanismo de redistribución del ingreso implica que éstas no podrán cubrir sus costos de producción generándose déficit que es necesario financiar mediante impuestos.”³⁷

Finalmente, otro cuestionamiento que se realiza al Estado empresario, tiene que ver con la limitación que se debe imponer al mismo, respecto a las actividades que va a

³⁵ Alejandro Usen Vicencio, *El Estado empresario*, Revista de Derechos Fundamentales, 7, (2012). <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/07.112-128Usen.pdf>

³⁶ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 20.

³⁷ Cristian Larroulet, *Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile*, https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184311/rev14_larroulet.pdf

desarrollar. En este punto, cabe cuestionar si es papel de un Estado por medio de una empresa pública, la provisión de televisión pagada; o, si por el contrario, esos recursos podrían encaminarse a satisfacer necesidades prioritarias de la sociedad. La respuesta parece ser obvia.

Como se puede observar, el Estado interviene en la economía por medio de varias actividades, las cuales persiguen distintos objetivos y generan diferentes efectos; por lo cual, la preeminencia que se ha dado a cada una de ellas ha ido variando en el transcurso de la historia y los sistemas económicos impuestos. Por lo expuesto, es necesario hacer una breve referencia a estos modelos históricos.

1.2.4. El Estado Liberal

La idea central de un Estado liberal es la supremacía de la libertad de mercado y la intervención mínima del Estado en la economía. Muchas de las ideas de este modelo de Estado, fueron tomadas de Adam Smith, quien propugnaba la mínima participación del Estado en la economía, pues a su criterio los mercados se auto regulaban, obteniendo los mejores resultados en la producción de la riqueza. En el mismo sentido, Eduardo Sánchez al referirse al pensamiento de Smith, ha indicado que:

La principal idea de su teoría era la no injerencia del Estado en asuntos económicos. Según Adam Smith, había una mano invisible que regulaba la economía por la cual la suma de los egoísmos responsables conduciría al beneficio de toda la sociedad y el desarrollo de la economía y consecuentemente las regulaciones sociales, o mejor dicho, la intervención del Estado, no era deseable.³⁸

Adicional a la no injerencia del Estado en la economía, Fabián Jaramillo ha caracterizado a este modelo de Estado, como aquel en el que “la autoridad pública se encarga de proteger y respetar las libertades individuales y de garantizar el dominio y el disfrute patrimonial de los bienes privados.”³⁹ Es decir, la intervención del Estado se limitaba a garantizar los derechos fundamentales y sobre todo el libre ejercicio de la propiedad privada. Del otro lado, tenemos al Estado de Bienestar, que analizamos a continuación.

³⁸ Eduardo Sánchez Segovia, “Impactos de la liberalización del mercado de telefonía fija en Ecuador” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009), 9. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/751/1/T799-MDGT-Sánchez-Impactos%20de%20la%20liberalización%20del%20mercado.pdf>

³⁹ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 25.

1.2.5. El Estado de Bienestar

Este modelo de Estado, como señala Jaramillo, comienza a desarrollarse después de la segunda guerra mundial, y se caracteriza por una mayor intervención y gestión de la autoridad, en el desarrollo de políticas, planes y proyectos, destinados a favorecer a los grupos más vulnerables.⁴⁰ Del mismo modo, el referido autor señala que el principal exponente de este modelo es Maynard Keynes.

En relación, Sánchez Segovia, al referirse a las teorías de Keynes ha indicado que “su argumento clave es que en una economía debilitada por la baja demanda, donde existe un problema de crecimiento económico, es el sector público (Gobierno) el que puede propiciar el crecimiento de la economía, incrementando sus gastos e interviniendo directamente en la política monetaria.”⁴¹

Como se puede observar, en este modelo el rol del Estado cambia, pasa de ser un simple garante de las libertades fundamentales, sin una participación en la economía, guiado bajo el lema dejen hacer dejen pasar, a un Estado con una participación más activa en la economía, con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales de sus ciudadanos.

Las principales características del Estado de Bienestar son: “1. Intervención estatal en la economía para mantener el pleno empleo o al menos garantizar un alto nivel de ocupación. 2. Provisión pública de una serie de servicios sociales (...) 3. Responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida.”⁴²

En este sentido, la intervención del Estado se amplía y se diversifica, llegando a la gestión directa de servicios públicos, que es parte esencial del presente estudio. En el mismo sentido, Jaramillo ha indicado que “la presencia del Estado se enfatiza en la planificación, regulación y control de la economía, no sólo como orientador y fomentador de actividades productivas y comerciales, sino además como interventor directo en ciertas áreas.”⁴³

1.2.6. El Neoliberalismo

⁴⁰ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 22.

⁴¹ Sánchez Segovia, “Impactos de la liberalización del mercado de telefonía fija en Ecuador”

⁴² Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 22-3.

⁴³ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 30-1.

El neoliberalismo aparece como respuesta a los postulados del Estado de Bienestar, principalmente al denominado intervencionismo, que había provocado una crisis económica en los años ochenta. Ante este escenario indica Jaramillo, “a nivel internacional se pone en duda el modelo planificador y estatista, y comienza a surgir con fuerza un nuevo modelo económico sustentado principalmente en el libre mercado como elemento central para la asignación de recursos y distribución de la riqueza.”⁴⁴

Por su parte, Sánchez Segovia al referirse al origen del neoliberalismo, indica que: “El llamado neoliberalismo surge del trabajo teórico de economistas de la Escuela de Chicago como Milton Friedman que criticaban y se oponían a las políticas keynesianas de intervención del Estado en la economía.”⁴⁵

Para Enrique Iglesias, “La concepción del Estado liberal patrocinado por el Consenso de Washington estuvo dominada por una actitud antiestatista generalizada, que basó su justificación en la crisis enfrentada por el Estado heterodoxo, así como en su ineficiencia, el peso de la burocracia y especialmente la corrupción.”⁴⁶ Entre las principales políticas económicas del citado Consenso de Washington, se debe destacar a la disciplina fiscal, la liberalización del comercio internacional, liberalización de entrada de inversiones extranjeras directas, privatización y la desregulación.

Finalmente, y con relación al objeto del presente estudio, se debe indicar que “el proceso de liberalización, por lo general se acompaña de la conversión de las empresas públicas no estratégicas en empresas privadas, mediante la creación de sociedades anónimas, también conocida como privatización.”⁴⁷ En este sentido, bajo este modelo de Estado, se buscaba la delegación de la prestación de servicios público a la iniciativa privada.

1.2.7. El nuevo desarrollismo

El nuevo desarrollismo o neodesarrollismo, aparece como respuesta al fracaso de las políticas neoliberales, que habían conducido a varios países de Latinoamérica a crisis económicas y sociales. Para Luiz Carlos Bresser, “el nuevo desarrollismo se

⁴⁴ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 34.

⁴⁵ Sánchez Segovia, “Impactos de la liberalización del mercado de telefonía fija en Ecuador”, 10.

⁴⁶ Enrique Iglesias, *El papel del Estado y los paradigmas económicos en América Latina*, Revista de la Cepal 90, (2006), 11. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11134/1/090007015_es.pdf

⁴⁷ Sánchez Segovia, “Impactos de la liberalización del mercado de telefonía fija en Ecuador”, 12.

orienta a la exportación y rechaza el proteccionismo. Al pretender un mercado y un Estado fuertes, alienta la disciplina fiscal encaminada al ahorro público eficaz.”⁴⁸

Un elemento a destacar de lo prescrito por Bresser, es que en este modelo, se busca fortalecer al Estado para una mayor intervención en la economía. Esta nueva tendencia se basaba en la escuela económica conocida como nekeynesiana, que tiene como uno de sus principales exponentes a Joseph Stiglitz, quien es “famoso por sus críticas a los organismos internacionales de crédito y es conocido por su visión crítica de la globalización, de los economistas de libre mercado y de algunas de las instituciones internacionales de crédito como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.”⁴⁹

Este modelo de Estado, se contrapone a las políticas fiscales esbozadas por el Consenso de Washington, que propugnaba la liberalización de la economía y la privatización de los servicios, con una mínima intervención estatal. Por su parte, el neodesarrollismo postula:

Recuperar el rol regulador e interventor de la Administración en la Economía; se resalta la importancia de que el Estado reasuma la inversión pública en la ejecución de proyectos de infraestructura considerados estratégicos para el desarrollo económico y social del país (...) se decide recuperar el rol empresarial tanto para el manejo y explotación de ciertas áreas estratégicas de la economía, como para la industrialización y comercialización de ciertos bienes y la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios.⁵⁰

Este nuevo modelo de Estado, reviste especial importancia para el presente estudio, en razón que con la promulgación de la Constitución del 2008, pero sobre todo con la asunción de la presidencia del economista Rafael Correa Delgado, su gobierno ha promulgado el establecimiento de un Estado post neoliberal, siendo muy crítico de sus políticas e incentivando la intervención del Estado en la economía nacional.

En conclusión, y en relación al grado de intervención del Estado en la economía, podríamos referir a la existencia de dos modelos de Estado, los cuales reflejan dos sistemas económicos distintos. Así se han referido Alfonso Miranda y Juan Gutiérrez, quienes definen al primer sistema como aquel en el que “el Estado toma la mayoría de las decisiones económicas de la sociedad o incluso las impone, específicamente las

⁴⁸ Luiz Carlos Bresser-Pereira, *El nuevo desarrollismo y la ortodoxia convencional*, Economía UNAM vol. 4, No.10, (2007), 1. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2007000100001

⁴⁹ Sánchez Segovia, “Impactos de la liberalización del mercado de telefonía fija en Ecuador”, 15

⁵⁰ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 49.

relacionadas con la producción y distribución.”⁵¹ Por el otro lado, en el segundo sistema, “son las empresas privadas y las personas las que toman la mayoría de las decisiones relacionadas con la producción y el consumo.”⁵²

No obstante que los dos sistemas aparecen como diametralmente opuestos, los referidos autores han indicado que no existen sistemas económicos puros, pues “no han existido economías donde únicamente sea el Estado el que tome todas las decisiones económicas o economías en las cuales la asignación de los recursos se deje enteramente al arbitrio de las fuerzas de la oferta y la demanda (...) los mercados perfectos sólo existen en los libros de texto.”⁵³

Con estos antecedentes, teniendo claro las formas de intervención de un Estado en la economía, dependiendo del modelo de Estado y sistema económico que se adopte; corresponde realizar el análisis de los servicios públicos, su definición, características y formas de gestión.

1.2.8. Definición de servicio público

Previo al estudio de la conceptualización de servicio público que ha desarrollado la doctrina, es importante realizar un recuento histórico del origen de esta institución. Al respecto, se debe indicar que “La noción de servicio público nació y floreció en Francia”⁵⁴; del mismo modo, cabe señalar, que varios autores, entre ellos David Blanquer, han señalado que la aparición de la idea política de servicio público, se da con el Estado Social de Derecho, en el cual se imponen nuevas obligaciones a los Estados, pasando de un Estado policía, obligado únicamente a respetar y velar por los derechos de libertad de sus habitantes, a un Estado prestador, en el cual los poderes públicos deben encaminar sus esfuerzos para asegurar determinadas prestaciones que se configuran en nuevos derechos ciudadanos.⁵⁵

La transformación del Estado señalada por el autor, puede ser analizada desde distintas ópticas, como es el ámbito social; toda vez, que la exigencia de la prestación de determinados servicios a la administración pública, es el resultado de luchas sociales de

⁵¹ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, 324-5.

⁵² Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, 325.

⁵³ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, 326.

⁵⁴ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, VI-1

⁵⁵ David Blanquer, *Derecho Administrativo*, Volumen 2, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 768-69

sectores que históricamente fueron relegados por el llamado Estado liberal, encargado únicamente de brindar seguridad y libertad a la burguesía.

No obstante lo expuesto, el presente estudio se enfocará en la trascendencia del servicio público para el Derecho Administrativo; así, se debe indicar que el cambio de rol del Estado referido con anterioridad, constituye además un punto relevante para la evolución de esta rama del Derecho, conforme lo expone José Ignacio Hernández:

La transformación del Estado liberal al Estado social marcó su impronta sobre el Derecho administrativo y sobre la Administración [...] y con ello, el servicio público adquirió rol protagónico dentro de un nuevo Derecho administrativo orientado a la intervención económica, incluso, mediante prestaciones materiales. La sola consideración de una actividad económica era suficiente para admitir la necesidad de residenciar, en el Estado, su control y supervisión, pero también, eventualmente, su propia prestación. De allí devendría un concepto que es tradicional: el servicio público como el conjunto de actividades que son asumidas por el Estado, para garantizar su prestación en condiciones de igualdad, mutabilidad y regularidad.⁵⁶

El rol protagónico del servicio público en el Derecho Administrativo, señalado por Hernández, se ve reflejado en su influencia en el establecimiento de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, en la naturaleza del contrato administrativo, en el régimen jurídico del dominio público y en la monopolización de un determinado servicio; pues, como refería la famosa escuela de Burdeos, el servicio público es el alfa y el omega del Derecho Administrativo.

Del mismo modo, Hernández refiere al concepto tradicional de servicio público, como el conjunto de actividades desarrolladas por el Estado, caracterizadas por su continuidad, mutabilidad y regularidad. De esta concepción tradicional se desprende en primer término, una restricción exclusiva a favor del Estado, en la prestación de los servicios públicos; y, en segundo lugar las principales particularidades de su gestión.

En esta misma línea, es preciso referirse a la ya citada escuela de Burdeos, cuyos principales exponentes son León Duguit⁵⁷ y Gastón Jèze⁵⁸, la cual estableció tres principales características del servicio público: a) la continuidad de la prestación; b) la

⁵⁶ José Ignacio Hernández González, “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”. En Juan Miguel de la Cuétara Martínez, coordinador, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, 879, (La Ley, 2011).

⁵⁷ León Duguit, “Les transformations du droit public”, en *Traité de droit constitutionnel*, (París: 1928).

⁵⁸ Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, (París: 1930).

adaptación a las cambiantes necesidades del interés general; y, c) la igualdad de los usuarios.⁵⁹

De la primera característica establecida por esta importante corriente doctrinaria, se debe indicar que la continuidad es una cualidad indiscutible de los servicios públicos hasta la actualidad, justificada por la trascendencia de aquellos, en razón que satisfacen necesidades básicas consideradas incluso, como derechos ciudadanos. Para Roberto Dromi: “La continuidad del servicio indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que se cubre se haga presente, es decir, que se efectúe oportunamente.”⁶⁰ Del mismo modo, para Dromi, se debe distinguir entre la continuidad absoluta, para aquellos servicios que por la necesidad colectiva no pueden ser interrumpidos, como por ejemplo la provisión de agua potable; y, la continuidad relativa, presente en los servicios que no se prestan de manera ininterrumpida, sino en determinados momentos, por ejemplo el servicio de bomberos.

Con relación a la segunda característica, hay que establecer que cada colectividad tiene sus particularidades, que responden a factores geográficos y temporales, por ende, varios autores coinciden en una dificultad de enlistar de manera taxativa a los servicios públicos, por cuanto estos deben responder a las necesidades y evolución de cada sociedad. En este sentido, José Luis Bartolomé Navarro, ha señalado que “No existe por tanto una ‘categoría jurídica’ de servicio público que sirva como marco de referencia y análisis del fenómeno y de sus distintas variantes. Lo que existe es una pluralidad de ‘servicios públicos’ históricamente condicionados y singularmente regulados en su organización y funciones.”⁶¹ Es decir, el origen del servicio público es una necesidad colectiva, que se traduce en una demanda social hacia el Estado, que busca por medio de un recurso jurídico, instrumentalizar y canalizar este requerimiento. Así se ha referido Dromi, al señalar que: “La creación o instalación de un servicio público es exigida por una demanda o necesidad colectiva.”⁶²

Finalmente, la igualdad de los usuarios, responde a esa lucha histórica de las clases marginadas, mencionada con anterioridad, en función de la cual, se exige al Estado, iguales prestaciones, independientemente de la clase social de los beneficiarios. Para Dromi, “La igualdad en la prestación de los servicios públicos es el derecho de

⁵⁹ Blanquer, *Derecho Administrativo*, 778.

⁶⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 5ta edición, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996), 532.

⁶¹ José Luis Bartolomé, “El planteamiento de los servicios públicos como servicios de interés general en la Unión Europea”, en Orlando Vignolo, coordinador, *Teoría de los Servicios Públicos*, (Grijley, 2009), 310-11.

⁶² Dromi, *Derecho Administrativo*, 538.

exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios.”⁶³ En este mismo sentido, Juan Carlos Cassagne ha indicado que:

La igualdad juega como una garantía para los usuarios del servicio en el sentido del derecho que poseen a que se les dispense igual tratamiento, jurídico y económico, sin discriminaciones, a menos que éstas se funden en la desigualdad condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario. La igualdad se refiere tanto al acceso al servicio como al precio o tasa que perciba el prestatario.⁶⁴

La igualdad de los usuarios debe reflejarse en primer lugar, en el acceso a los servicios públicos; es decir, todas las personas, por esa sola condición, tienen derecho a su prestación. En el caso de los servicios de telecomunicaciones, esta igualdad de acceso se plasma en el principio de universalización de los mismos, por medio del cual se busca que la mayor parte de ciudadanos accedan a estos servicios, incentivando la inversión en infraestructura en zonas de difícil acceso o de poca rentabilidad económica. Del mismo modo, podríamos decir que estos postulados guardan estrecha vinculación con la denominada reducción de la brecha digital, la cual significa el mayor acceso de la población a las tecnologías de la información.

De igual forma, dicha prestación deberá realizarse en igualdad de condiciones para todos, por lo que, no se pueda dar el menoscabo de cantidad o calidad del servicio, en razón de condición económica, ubicación geográfica o cualquier otra circunstancia similar, pues el Estado está obligado a garantizar no sólo el acceso sino también la calidad del servicio público.

Finalmente, la igualdad debe reflejarse en el precio que los ciudadanos pagan por este tipo de servicios, sin realizar ningún tipo de discriminación, bajo el principio a igual servicio igual costo. A este respecto es importante cuestionarse, qué sucede en el caso del establecimiento de subsidios focalizados para los servicios públicos, en donde sectores de escasos recursos económicos pagan menos o incluso no pagan por estas prestaciones, a diferencia de otros ciudadanos que sí lo hacen. La respuesta la podemos encontrar en el concepto de equidad, el cual indica que la igualdad debe darse en igualdad de condiciones, por lo cual, lo que parecería significar la realización de una distinción, en realidad representa el garantizar un acceso equitativo a los servicios

⁶³ Dromi, *Derecho Administrativo*, 534.

⁶⁴ Juan Carlos Cassagne, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005), 87.

públicos. En el mismo sentido, Alberto Montaña al referirse a la igualdad en la prestación de servicios públicos, ha indicado que “bajo las consideraciones actuales de este principio estas pueden operar considerando las desigualdades reales y por consiguiente actuar de modo diferenciado con miras a la protección de ese núcleo de ciudadanos menos favorecidos”.⁶⁵

Por otra parte, y respecto a los elementos que constituyen el servicio público, Libardo Rodríguez establece que son el interés general, la participación de la administración y el régimen jurídico aplicable. En referencia a la participación de la administración, que es la parte que interesa para el presente estudio, el autor indica que el criterio clásico era que la actividad de servicio público sea ejercida directamente por ella; pero, que en la actualidad también se contempla la intervención indirecta del Estado, que es cuando permite que los particulares presten el servicio, pero con la influencia permanente de ella.⁶⁶

De otro lado, y en relación al concepto tradicional de servicio público analizado, se debe indicar que, al igual que la de mayoría de conceptos jurídicos, ha ido evolucionando. Así, si bien la doctrina ha recogido varios elementos y caracteres del concepto tradicional, del mismo modo, ha ido incorporando nuevos elementos; así, nos referiremos a Luciano Pareja Alfonso, quien define al servicio público en los siguientes términos:

En el sentido más estricto posible, se entiende por servicio público, desde los años cincuenta del siglo XX, el conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, entendiendo por reserva la publicatio de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la administración (lo que significa: establecimiento de monopolio a favor de ésta y exclusión, por tanto, de la libre iniciativa privada), sin perjuicio de que aquella pueda abrir ésta a la referida iniciativa privada (en caso de opción por la gestión indirecta) en virtud de su disposición sobre la forma de gestión de la propia actividad.⁶⁷

De la definición transcrita, se puede realizar el análisis del servicio público desde dos perspectivas: la primera que tiene relación con lo que se conoce como servicio público subjetivo, que se refiere a la titularidad de la actividad, en la cual se reconoce

⁶⁵ Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 63.

⁶⁶ Libardo Rodríguez R., *Derecho Administrativo*, duodécima edición, (Santa Fe de Bogotá: Temis S.A., 2000), 434-5

⁶⁷ Luciano Parejo Alfonso, *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 477, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/20.pdf>

un monopolio a favor del Estado, otorgada por medio de una declaración legislativa, la denominada *publicatio*. Al referirse a la concepción subjetiva, Alberto Montaña ha indicado:

Esta en su inspiración original considera los servicios públicos en cuanto tales como aquellos que son ‘prestados’ o ‘realizados’ por la Administración Pública. Esta simple consideración excluye pues todos aquellos que pueden (inclusive eventualmente) ser prestados por los particulares u otro tipo de asociaciones de carácter privado; así como incluye aquellos que son prestados (por la Administración Pública) de modo similar o idéntico a los particulares y por consiguiente objeto eventual de regulación jurídica privada o de derecho común (servicios públicos industriales y comerciales en el derecho francés).⁶⁸

Conforme se desprende del precepto expuesto por Montaña, desde la concepción subjetiva debe entenderse por servicio público a cualquier prestación que realice la Administración pública, sin importar su trascendencia para la sociedad u otros caracteres. Así, se incluiría en esta categoría, prestaciones de índole comercial, con el solo condicionamiento que sean gestionados por el Estado. Del mismo modo, esta limitación excluye a los servicios prestados por particulares, indistintamente si los mismos son de interés general para la población; por lo que, se restringiría la posibilidad de delegar la gestión de los servicios públicos al sector privado, por medio de concesiones, autorizaciones y otros mecanismos.

Este énfasis en la titularidad de la actividad, para definir al servicio público, también lo encontramos en el concepto expuesto por Fernando Garrido Falla, quien lo define como el “servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial”.⁶⁹

En el caso del concepto expuesto por Garrido Falla, se confunde la titularidad del servicio público con su gestión, siendo atribuidas las mismas a favor del Estado. Del mismo modo, al referirse a un régimen jurídico especial, se colige que el mismo se desprende desde la titularidad de la Administración pública, por lo cual se descarta la posibilidad que un servicio sea considerado público, cuando el mismo sea prestado por parte de un particular.

⁶⁸ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, 158.

⁶⁹ Fernando Garrido Falla, “*El concepto de servicio público en Derecho español*”, *Revista de administración pública*, No. 135 (1994): 21, <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17240.pdf>

Del otro lado, la segunda perspectiva guarda relación con el servicio público objetivo, que se refiere a la calidad del servicio, que en todo momento debe estar garantizada por el Estado, por cuanto esta orientado a satisfacer necesidades de vital importancia para los ciudadanos; por lo que, corresponde a cada sociedad, determinar que prestación debe ser catalogada como servicio público, en función del interés colectivo.

Por su parte, Alberto Montaña al referirse a la concepción objetiva de los servicios públicos ha indicado que: “Esta concepción [...] pretende atribuirles a éstos un contenido material o sustancial, que a su vez logre determinar la necesidad de una normatividad especial (derecho administrativo), pues es justo esta actividad la que determina el objeto único de la Administración Pública y del Estado.”⁷⁰ El contenido material o sustancial señalado por Montaña, se refiere al interés general o bien común, como precepto a cumplir por parte de esta clase de servicios, lo que deviene en un régimen jurídico especial, por su importancia en la sociedad. En el mismo sentido, Montaña ha añadido que “la consideración objetiva de los servicios públicos [...] significa un considerable aporte (el principal) a la noción de lo servicios públicos; pues es a partir del interés general que se da sentido a un tratamiento diferenciado o especial desde el punto de vista jurídico de una actividad que, de acuerdo con la realidad actual, puede o no ser desarrollada por la Administración Pública.”⁷¹

En el mismo sentido, Alessi ha indicado que: “El concepto de servicio público implica la idea de prestaciones que encuentran su fin simplemente en el interés público de su ofrecimiento.”⁷² Como se puede observa, la concepción objetiva del servicio público se centra en la prestación y su finalidad, dejando de lado la limitante del sujeto que presta el mismo.

De su lado, Juan Carlos Cassagne, al referirse a esta perspectiva, señala que “ateniéndonos a una concepción objetiva que se basa en la naturaleza material de la actividad, se circunscribe a una parte de la actividad administrativa del Estado quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes

⁷⁰ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, 162.

⁷¹ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, 169.

⁷² Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, (Barcelona: 1970), 366, citado por Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Tomo II, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 659.

cometidos a los particulares, ya fuera a través de la figura de la concesión, o por otros medios jurídicos como la gestión concertada, el permiso, entre otras figuras.”⁷³

Del precepto expuesto, se puede señalar que para Cassagne, si bien la titularidad del servicio público corresponde al Estado, su gestión puede ser delegada a la iniciativa privada; es decir, se trata de una nota distintiva comparada con la concepción de servicio público expuesta por la escuela de Burdeos, para quienes toda prestación realizada por el Estado, debía ser considerada como servicio público, además que su gestión era restrictiva a favor de este.

Otro autor que pone especial énfasis en la calidad y naturaleza del servicio prestado, es decir en el servicio público objetivo, es Enrique Sayagués Laso, quien lo define como “el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público.”⁷⁴

Por otra parte, existe una importante corriente doctrinaria, cuyos principales exponentes son los argentinos Marienhoff y Hutchinson, para quienes existen dos elementos esenciales para configurar el servicio público, en primer lugar la *publicatio*, definida como la declaración legislativa de que una determinada actividad es servicio público; y, en segundo lugar, los caracteres especiales de su régimen jurídico, como son la regularidad, continuidad, igualdad y obligatoriedad.⁷⁵

Como se podrá fácilmente observar, las características que esta corriente otorga a los servicios públicos, coinciden con los establecidos por la escuela de Burdeos; pero, el concepto analizado tiene como nota distintiva, la singular importancia que se le da a la *publicatio*. De cierta forma se podría decir, que se simplifica el debate de que es y que no es servicio público, a la simple declaración legislativa; así, servicio público será lo que la ley califique como tal.

En relación a la publicación, Enrique Sayagués señala que “La determinación de si una actividad constituye o no servicio público, debe hacerse por ley nacional. (...) la voluntad legislativa es siempre necesaria.”⁷⁶ De este precepto se debe resaltar que

⁷³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8va edición, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 405.

⁷⁴ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, novena edición, (Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2010), 88.

⁷⁵ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 411.

⁷⁶ Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 89.

para el autor, esta calificación de servicio público debe ser otorgada únicamente por el órgano legislativo competente; es decir, tiene reserva de ley.

De otro lado, tenemos autores que consideran al servicio público como un concepto eminentemente doctrinario, que no puede ser establecido en ninguna norma, pues como ha quedado expuesto, esta ligado a la particularidades de cada sociedad. En este mismo sentido se ha pronunciado Luciano Parejo al indicar que “El servicio público es una noción carente de definición legal y por tanto, esencialmente dogmática que, de la mano de su misma expansión, dice todo y nada.”⁷⁷

En esta misma línea, Hernández González al referirse al nuevo servicio público, resta importancia a la *publicatio*; y, por el contrario, señala como nuevos elementos trascendentales a la libertad económica y libre competencia, como única garantía en la prestación de servicios de calidad para la sociedad:

Del tradicional servicio público, se mantiene la garantía que asume el Estado frente a la prestación de actividades que satisfacen necesidades de interés general. Empero, esa garantía no será atendida a través de la *publicatio* ni mediante concesiones exclusiva. Antes por el contrario, el Estado garantiza esa prestación a través de un régimen que promueve el ejercicio de la libertad económica, en condiciones efectivas de competencia. Por ello, el nuevo servicio público se basa en la desintegración vertical de actividades (en abono a la transparencia, y además, para un mejor control sobre las actividades asociadas a infraestructuras); en la promoción de la libertad económica (con sus atributos de libertad de entrada, de inversión, de precios y de contratos, entre otros), y en la promoción de condiciones efectivas de competencia, todo ello, a través de regulación económica.⁷⁸

Al parecer esta es la corriente adoptada por el constituyente y legislador ecuatoriano, pues no existe en la Constitución o su desarrollo normativo, una concepción de lo que debe entenderse por servicio público; no obstante, existen algunas referencias que permiten abstraer elementos de lo que significan los servicios públicos en la legislación ecuatoriana. Así, en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, se indica que: “Los servicios públicos dejan de ser simples prestaciones sociales para convertirse en medios para la garantía de derechos.”⁷⁹ Del precepto citado, se puede indicar que lejos de establecer una definición jurídica de los servicios públicos, lo que se buscó es otorgar una carga ideológica y política a esta institución administrativa; así

⁷⁷ Parejo Alfonso, *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*, 476

⁷⁸ Hernández González, “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”, 884.

⁷⁹ Ecuador, Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, en Registro Oficial, Suplemento, 78 (11 de septiembre de 2013), 6. Objetivos nacionales para el Buen Vivir.

como refería Villar Palasí, haciendo de técnicas jurídicas, instrumentos de creación de poder.⁸⁰

Del mismo modo, en la Constitución únicamente se establece la responsabilidad del Estado frente a los servicios públicos y las características que deben tener estos últimos; así, en el artículo 314 se señala: “El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.”⁸¹ Finalmente, resulta interesante indicar que, no obstante que, como quedo dicho, no existe en la Constitución ninguna referencia a la definición de servicios públicos o a clasificación y categorías de los mismos, en su artículo 88, que refiere a la acción de protección, se indica que la misma procede en contra de un particular que preste servicios públicos impropios. Esta peculiaridad será analizada posteriormente, cuando me refiera a la gestión de esta clase de servicios.

Del análisis de los distintos conceptos y elementos otorgados por las distintas escuelas de pensamiento y doctrina, cabe aventurarse a realizar una definición propia de servicio público. Así, servicio público es toda actividad que satisface las necesidades de una determinada sociedad y que por su trascendencia corresponde su titularidad al Estado, el cual, ya sea directamente o delegando su gestión a la iniciativa privada, deberá garantizar su prestación y calidad, para todos sus ciudadanos.

Finalmente, es importante señalar que la doctrina ha venido distinguiendo a los servicios públicos de otras prestaciones realizadas por el Estado, pero que al no reunir todos los caracteres esenciales de aquellos, se les ha otorgado una denominación distinta. Este análisis es importante para el presente estudio, en virtud que el régimen de monopolio dado a los servicios de telecomunicaciones en la actual Constitución ecuatoriana, deviene de su calificación como “sector estratégico”.

En esta línea, podemos citar a los servicios sociales, que han sido definidos por Juan Carlos Cassagne como aquellos “que presta el Estado en áreas tales como la

⁸⁰ José Luis Villar Palasí, citado por Tomás Ramón Fernández, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, 1999, 62, https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:hKmRtXVQ1LsJ:scholar.google.com/+servicios+públicos+impropios&hl=es&as_sdt=0,5

⁸¹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], capítulo quinto, “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, art. 314, en Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).

cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos o entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro.”⁸²

Para Cassagne, este tipo de prestaciones se distinguen de los servicios públicos, en razón que los primeros pueden ser brindados inclusive a título gratuito, pues su finalidad es eminentemente social; además, que son otorgados a favor de grupos focalizados, a diferencia del servicio público, cuya característica es la igualdad. Se podría agregar otra diferencia relacionada a la continuidad del servicio, en razón que en los servicios sociales la prestación no es constante, sino cuando aparece la necesidad.

Si bien las distinciones realizadas por el autor son valederas, es importante recordar que existen servicios sociales que mediante la publicación han sido catalogados como servicios públicos, por ejemplo, en la Constitución ecuatoriana, en su artículo 362 se refiere a la atención de salud como servicio público.

Por su parte, Martínez López Muñiz habla del servicio esencial, referido como aquellas “actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio temporales del desarrollo o del progreso social.”⁸³

Conforme lo expuesto por López Muñiz, se puede establecer que este servicio esencial guarda muchas concordancias con los servicios sociales previamente detallados, pues se tratan de actividades de carácter prestacional con un enfoque social; pero, se distingue de los mismos, en razón que estos deben ser prestados a todos los ciudadanos y no a un grupo focalizado, pues tienen por finalidad el ejercicio de los derechos fundamentales. En esta línea, Dromi indica que deben ser considerados servicios esenciales, aquellos “en los que la extensión, duración y oportunidad de la interrupción del servicio o actividad pudiera poner en peligro la salud, libertad o la seguridad de toda la comunidad o de parte de ella.”⁸⁴

Como se puede observar de los criterios citados, estos servicios esenciales constituyen una categoría superior a los servicios públicos, pues se los establece como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No obstante, es importante recordar la referencia previa que se hizo al Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, que señala que los servicios públicos han dejado de ser simples prestaciones sociales

⁸² Cassagne, *Derecho Administrativo*, 415-16.

⁸³ Víctor Baca Oneto, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”. En Orlando Vignolo, coordinador, *Teoría de los Servicios Públicos*, 366, (Grijley, 2009).

⁸⁴ Dromi, *Derecho Administrativo*, 533.

para convertirse en medios para la garantía de derechos. Es decir, en la legislación ecuatoriana no se puede hablar de una distinción entre servicio público y servicio esencial, pues de la norma se desprende que todos los servicios públicos son esenciales. En esta línea, cabe citar a Cassagne, quien ha indicado que: “Los servicios públicos son y han sido siempre actividades esenciales para la vida de la sociedad. Exigen continuidad, regularidad y seguridad en su prestación, pues nuestra vida [...] descansa sobre ellos.”⁸⁵

En este punto cabe cuestionarse si una infraestructura aeroportuaria, prevista en la Constitución ecuatoriana como servicio público, es un servicio esencial, del cual depende el ejercicio de nuestros derechos fundamentales, o inclusive, como señala Cassagne, descansa nuestra vida. La respuesta es que no hay una sola respuesta, en razón que la misma depende de las distintas realidades de cada sociedad; pues, no se podría catalogar a una infraestructura como servicio esencial, en un país donde la mayoría de su población vive por debajo del umbral de pobreza, sin acceso a elementos básicos como agua potable, electricidad y saneamiento, y donde los esfuerzos de la Administración deben estar enfocados a la satisfacción de estas necesidades prioritarias por sobre asegurar conexiones aéreas.

De su lado, Enrique Sayagués Laso, habla de los cometidos esenciales, que “son aquellos cometidos del estado inherentes a su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo: las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en lo interior, la actividad financiera, etc. En los estados modernos no cabe imaginar que tales cometidos puedan estar a cargo de particulares, ni aún en carácter de concesionarios.”⁸⁶

La principal distinción del servicio público con los cometidos esenciales, referidos por Sayagués, se encuentra, en que estos últimos son inherentes al Estado y su ejecución es indelegable, pues contradice su naturaleza jurídica. En este caso, tanto la titularidad como la gestión, le corresponden en exclusiva al Estado.

Se debe agregar además, que los cometidos esenciales referidos por Sayagués, constituyen en realidad, parte de la actividad administrativa de un Estados; es decir, no se tratan de prestaciones que realiza la Administración para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos. Como se indicó anteriormente, los servicios públicos deben responder a la demanda social de cada pueblo, por lo que no es posible una enumeración taxativa de

⁸⁵ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 133.

⁸⁶ Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 79.

los mismos; a diferencia de actividades administrativas que son propias de todos los Estados sin distinción, como por ejemplo la defensa nacional.

Finalmente, es necesario analizar a los servicios de interés económico general, expresión utilizada en la Comunidad Europea. Al respecto es importante citar a Tomás Ramón Fernández, quien ha indicado que: “La expresión servicio público brilla, como es sabido, por su ausencia en el Tratado de la Unión Europea [...] No tiene por qué sorprendernos esta ausencia porque el concepto no es general, sino privativo de algunos Estados miembros.”⁸⁷ Como indica Ramón Fernández, el concepto tradicional de servicio público, nacido desde la *publicatio*, era propio de los países de tradición francesa, en los cuales, por ende, se justificaba el monopolio en su gestión. Del otro lado, estaban los países donde primaba la libertad de mercado, donde el Estado actuaba únicamente como regulador del mismo. Por lo que, el tratado debía canalizar las dos tendencias y englobarlas en un solo concepto; de este modo, surgen los servicios de interés económico general.

En el mismo sentido, Ramón Fernández al referirse a los servicios de interés económico general establece:

El precepto transcrito se sitúa por encima de las tradiciones peculiares de cada Estado miembro, tanto de los que han seguido el cauce de la *publicatio* formal de actividades y su consiguiente calificación formal como servicios públicos, como de los que para resolver el mismo problema han seguido la vía de la regulación de las mismas, incorporando a esa regulación los elementos precisos para asegurar la prestación regular e ininterrumpida que reclama la obligada satisfacción de las necesidades generales que están en la base de las mismas. [...] Los servicios de interés económico general a que éste alude juegan, pues, el papel de un supraconcepto, que no niega ni excluye el nuestro de servicios públicos, sino que simplemente lo engloba y lo comprende.⁸⁸

En conclusión, se debe afirmar que el concepto de servicios públicos, al igual que toda creación humana, está en constante evolución, de manera distinta en cada sociedad, a cuyas necesidades debe responder.

Posterior al análisis conceptual del servicio público, es preciso realizar el estudio de dos de sus elementos principales, la titularidad y la gestión.

⁸⁷ Tomás Ramón Fernández, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, 1999, 63, https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:hKmRtXVQ1LsJ:scholar.google.com/+servicios+p%C3%BAblicos+impropios&hl=es&as_sdt=0,5

⁸⁸ Ramón Fernández, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, 64.

1.2.9. Titularidad de los servicios públicos

Con relación a la titularidad de los servicios públicos es preciso volver a referirnos a la distinción que realizamos respecto a la concepción del servicio público, desde el criterio subjetivo o el objetivo. Como bien se ha indicado, desde el punto de vista subjetivo, la titularidad de los servicios públicos corresponde al Estado, la misma que es otorgada mediante una declaración legislativa. Al respecto, Jorge Dános Ordóñez ha señalado:

En la doctrina de derecho administrativo existe debate acerca de la titularidad estatal de los servicios públicos, también conocida como la *publicatio* de la actividad, porque constituye la nota distintiva para la concepción tradicional de los servicios públicos, que enfatiza el criterio orgánico o subjetivo a la hora de definirlos como actividades de carácter esencialmente estatal y en consecuencia sujetas a un régimen exorbitante de derecho público con fuerte intervención por parte del Estado.⁸⁹

El debate que señala Dános Ordóñez, se refiere a si todo servicio público debe corresponder en exclusiva al Estado, o si el mismo puede ser asumido por los particulares. Al respecto, es importante realizar la distinción entre la titularidad de los servicios públicos y su gestión; siendo que, la primera deberá corresponder siempre al Estado y la segunda puede ser prestada directamente por este o delegada a la iniciativa privada.

En relación, el mismo Dános Ordóñez indica que “el Estado asume la titularidad del servicio en cuestión, pero no para apropiarse de la actividad o para extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo, porque la asunción de titularidad solo implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado, que no se apropia materialmente de la actividad calificada como servicio público.”⁹⁰

El precepto establecido por el autor citado permite aclarar la consecuencia jurídica de calificar a una actividad como servicio público y por ende otorgar su titularidad a favor del Estado; esto es, que el Estado asume la responsabilidad de garantizar la prestación de la misma, sea de manera directa a través del aparato público, o con el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren su desarrollo a cargo de operadores privados. En este punto, es preciso citar que el artículo

⁸⁹ Jorge Dános Ordóñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En Orlando Vignolo, coordinador, *Teoría de los Servicios Públicos*, 22, (Grijley, 2009).

⁹⁰ Dános Ordóñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”, 21.

314 de la Constitución del Ecuador dispone que el Estado es responsable de garantizar la provisión de los servicios públicos.

Conforme referimos dentro del análisis conceptual de servicio público, las actividades que son calificadas como tal, responden a las necesidades trascendentales de una sociedad, por lo que la única forma de garantizar su prestación es otorgar esta responsabilidad a la administración pública, como su titular; pues, no cabe que una disposición legal fije esta carga a favor de un particular.

En este mismo sentido, Martínez López-Muñiz, ha señalado que “toda actividad que, por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del Poder público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce.”⁹¹ Como bien señala López-Muñiz, la Ley reserva la titularidad de una determinada actividad a favor del Estado, con la única finalidad que este la garantice; pero, adicionalmente de lo preceptuado por este autor se debe destacar su referencia a la gestión indirecta del servicio público, lo cual será analizado a continuación.

1.2.10. Gestión de los servicios públicos

Acorde a la doctrina estudiada, la calidad de servicio público no puede darse por el solo hecho de que el mismo sea prestado por el Estado, pues también puede ser gestionado por particulares, debidamente facultados por el Estado para hacerlo. Del mismo modo, tampoco se puede indicar que todos los servicios que presta el Estado, por ese solo hecho, ya constituyen servicios públicos, pues conforme se ha analizado, el Estado realiza otro tipo de prestaciones, que no pueden ser catalogadas como servicio público.

Si bien se ha referido a la titularidad del Estado como uno de los elementos esenciales del servicio público, no podemos decir lo mismo de su gestión, pues la misma puede ser delegada a la iniciativa privada, como refiere Enrique Sayagués, que señala que “la noción de servicio público debe incluir la intervención estatal como uno

⁹¹ Martínez López-Muñiz, “El sector eléctrico en España”. En Revista del Instituto de Estudios Económicos, 318-9.

de sus elementos esenciales. Esto no significa que sea forzosa la explotación directa por una entidad estatal pues caben diversas formas de ejecución.”⁹²

En este mismo sentido se ha pronunciado David Blanquer, al señalar que “El Estado social y democrático de Derecho no exige que sean las Administraciones Públicas quienes presten a los ciudadanos todos los servicios públicos.”⁹³ En relación, cabe realizar el análisis de la prestación realizada directamente por el Estado y cuando la misma es delegada a los particulares.

Como queda dicho, la titularidad de los servicios públicos corresponde al Estado; por lo que, su prestación la realiza, al menos en principio, el propio Estado, lo cual se conoce como gestión directa, en la cual “La administración, desarrollando su actividad propia, utilizando sus funcionarios, sus recursos patrimoniales y sus medios técnicos, realiza directamente el servicio.”⁹⁴

En este punto es importante mencionar que para la doctrina, la gestión directa de los servicios públicos fue uno de los principales elementos de la llamada crisis de la idea política de servicio público, debido a la ineficacia gestora del Estado, que devenía en un incremento de tributos, a fin de equilibrar las finanzas de una deficiente administración de estas prestaciones.

Del otro lado, en referencia a la gestión realizada por los particulares, la denominada gestión indirecta, Cassagne indica que “Se produce cuando el Estado, sin relegar sus potestades ni renunciar a su titularidad le encomienda a un particular, por lo común dotado de organización empresaria, la prestación de un servicio público. Aquí también son varias las formas que puede asumir esta clase de gestión, que, en lo sustancial, abarcan el contrato de concesión de servicio público y la licencia.”⁹⁵

En este caso, el Estado queda obligado a brindar un marco jurídico adecuado, que garantice las prestaciones con características de permanencia, igualdad y calidad. En algunos casos, se ha otorgado a favor del particular un régimen de exclusividad en la prestación de un determinado servicio público, con la finalidad de motivar las inversiones, especialmente en sectores con poca rentabilidad, precautelando de esta manera el principio de igualdad en la gestión.

⁹² Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 87-8

⁹³ Blanquer, *Derecho Administrativo*, 776.

⁹⁴ Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 94

⁹⁵ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 428.

Del mismo modo, cabe señalar que no obstante que la gestión se encuentre delegada a la iniciativa privada, el Estado al ser titular del servicio, está obligado a garantizar su prestación, debiendo responder directamente a sus ciudadanos, por la falta o deficiente provisión de los mismos.

Por otro lado, en referencia a los servicios que son susceptibles de delegación, David Blanquer ha señalado que “La concesión se refiere a servicios que han sido objeto de “publicatio”, y que por tanto han quedado reservados a la Administración.”⁹⁶

Lo expuesto por Blanquer, guarda relación con lo establecido previamente, en referencia a otro tipo de prestaciones realizadas por el Estado, las cuales por su propia naturaleza jurídica eran indelegables, como el caso de los cometidos esenciales. Es decir, el Estado únicamente puede delegar a la iniciativa privada, las actividades que han sido calificadas como servicio público, mediante una disposición legislativa.

En el mismo sentido, debemos mencionar que con la evolución de los sistemas económicos globales, en no pocos ejemplos, encontramos al Estado participando en actividades comerciales, que no guardan relación con lo que debe constituir un servicio público. Por ejemplo, en el Ecuador existe una empresa pública compitiendo en el mercado de la televisión por cable con los privados. ¿Se podría pensar que el servicio de televisión pagada es un servicio público?

En este mismo sentido se ha referido Cassagne al señalar: “En efecto, la circunstancia de que el Estado haya asumido la realización de actividades industriales o comerciales bajo regímenes de Derecho Privado no permite inferir que en esas funciones se esté prestando un servicio público: si la respectiva actividad se sujeta a las reglas propias de los negocios privados, ello constituye la demostración más cabal de que las correspondientes actividades civiles o comerciales resultan incompatibles con el régimen administrativo del servicio público.”⁹⁷

Cabe resaltar, y conforme lo expuesto anteriormente, que cada sociedad establecerá que debe ser servicio público en función de sus necesidades, para lo cual se valdrán de la publicación; por lo que, puede suceder que una actividad comercial que realice la administración pública, en un determinado momento, se decida calificarla como servicio público y reservarse su titularidad a favor del Estado.

En relación, es preciso hacer una referencia a los denominados servicios públicos impropios, que como se dijo anteriormente, existe una mención a los mismos en el

⁹⁶ Blanquer, *Derecho Administrativo*, 793.

⁹⁷ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 409.

artículo 88 de la Constitución, sin que se los llegue a definir o enumerar, que permita determinar cuales son. Para Gordillo, los servicios públicos impropios son “un concepto algo híbrido con el cual se quiere designar a las actividades de ciertos particulares a quienes el Estado exige autorización y reglamenta sus servicios con miras a asegurar su continuidad y la certeza y uniformidad de las tarifas.”⁹⁸ El mismo autor pone como un ejemplo de esta clase de servicios, a las farmacias, es decir, son prestaciones que satisfacen una necesidad pública, por lo que se debe garantizarla vía regulación; pero, que no se puede considerar que su titularidad corresponde al Estado. En estos casos, el Estado no otorga una concesión, sino únicamente levanta una barrera normativa, para que el particular ejerza la actividad. En consideración de los preceptos expuestos, cabe cuestionarse el ¿por qué procede una acción de protección, en contra del particular que presta esta clase de servicios? Seguramente, el constituyente ecuatoriano tenía una concepción diferente de este tipo de prestaciones, lastimosamente olvidó incluir la misma en la Constitución promulgada.

Regresando al análisis de la gestión de los servicios públicos, otro aspecto relevante se refiere a si el monopolio es un elemento consustancial de su naturaleza jurídica; así, David Blanquer establece que para un sector de la doctrina, sin monopolio no hay servicio público. Sin embargo, el mismo autor indica que el Consejo de Estado francés, en el año 1994, señaló que el monopolio no es un rasgo esencial del servicio público.⁹⁹

En relación, se debe indicar que concordamos con la corriente que establece un régimen de exclusividad de los servicios públicos a favor del Estado, en lo referente a su titularidad; pero, no en su gestión. En el caso que en determinada realidad social, se deba prestar un servicio público en régimen de monopolio, esta será una característica propia de aquella realidad y de ninguna forma se la podrá considerar como un rasgo esencial del servicio público.

Al respecto, Tomás Ramón Fernández manifiesta que el monopolio se puede referir a la titularidad de la actividad como a la gestión material de la misma y en algunos casos se relaciona solo a la primera, pues la gestión se encomienda a los

⁹⁸ Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, VI-39.

⁹⁹ Blanquer, *Derecho Administrativo*, 784.

particulares a título de concesión.¹⁰⁰ Es decir, el monopolio en la titularidad es esencial, mientras que en la gestión es eventual.

Por su parte, Agustín Gordillo señala que “En los servicios públicos el monopolio es distinto: no nace espontáneamente en el libre juego del mercado y de la competencia, sino que está impuesto por el Estado mediante un acto normativo, otorgando a una persona determinada privilegios legales específicos para prestarlo por determinado tiempo y bajo determinadas condiciones.”¹⁰¹ Es decir, y conforme se analizó previamente, únicamente puede gestarse por medio de un monopolio legal. Del mismo modo, se debe destacar que para el autor, este monopolio puede ser otorgado a favor del público o de un privado.

Este régimen de monopolio, al estar establecido por disposición legal, deberá contar con la motivación debida, que justifique el establecimiento de un régimen de exclusividad, sea este a favor del Estado o de un particular.

Al respecto, David Blanquer señala que: “Cuando el servicio público es asumido en régimen de monopolio por la absorción por las Administraciones Públicas de determinadas actividades económicas, esa opción política puede vaciar de contenido algunas libertades de los ciudadanos (en especial la libertad de empresa).”¹⁰²

Para este autor, si bien la asunción de varias prestaciones por parte del Estado, puede fortalecer el llamado Estado social o Estado de bienestar, esta intervención limita la participación del privado, lo cual ha provocado, la crisis del concepto político de servicio público. Esta aseveración la comparto, en el sentido que el Estado puede garantizar la gestión de servicios públicos, por medio de una adecuada regulación y control y no necesariamente brindando estas prestaciones, en un régimen de exclusividad. Cuando un Estado pretende gestionar directa y monopólicamente, todos los servicios públicos que prevea su legislación, se provoca una enorme carga, que ninguna Administración tendrá la capacidad de soportar, lo cual provocaría una prestación deficiente, en desmedro de los usuarios.

Concluido el análisis teórico conceptual, además del régimen jurídico, tanto de monopolio como de servicio público, cabe realizar el estudio específico del servicio de telecomunicaciones, que tiene como una de sus principales particularidades, la

¹⁰⁰ Tomás Ramón Fernández, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *Revista de administración pública*, No. 150 (1999): 60-1, <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17470.pdf>

¹⁰¹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, VI-13.

¹⁰² Blanquer, *Derecho Administrativo*, 775.

utilización del espectro radioeléctrico, cuya naturaleza jurídica será también motivo de análisis.

Capítulo segundo

Régimen jurídico de los servicios de telecomunicaciones

Una vez desarrollado el régimen jurídico de los servicios públicos, es preciso iniciar el examen del servicio público de telecomunicaciones, en particular. En el presente capítulo se estudiará la naturaleza jurídica y características de este tipo de servicios, con especial énfasis en uno de sus elementos, que es la utilización de un recurso natural, como es el espectro radioeléctrico.

Del mismo modo, se analizará las formas de gestión de estos servicios, enfatizando sus respectivas particularidades e implicaciones jurídicas.

2.1 Los servicios públicos de telecomunicaciones

Con la finalidad de entender la naturaleza jurídica de los servicios públicos de telecomunicaciones, es preciso iniciar por la definición de telecomunicación. Así, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), que es el organismo especializado de las Naciones Unidas para las tecnologías de la información y comunicación, la define como “la comunicación por sistemas alámbricos, radioeléctricos, ópticos u otros sistemas electromagnéticos.”¹⁰³

Un concepto mucho más elaborado y detallado, lo podemos encontrar en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador, que en su artículo 5 define a las telecomunicaciones como “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, textos, video, 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, quedaran incluidos en la misma, cualquier medio, modalidad o tipo de transmisión derivada de la innovación tecnológica.”¹⁰⁴

De los conceptos transcritos se pueden desagregar los elementos básicos de las telecomunicaciones, el primero es que exista comunicación entre dos puntos remotos, es decir que el emisor y el receptor estén en puntos distantes, por lo que requieren de un medio para poder comunicarse. El segundo elemento es que ese medio sea un soporte electromagnético, pudiendo ser físico o no.

¹⁰³ Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT, *Recomendación UIT-R V.662-2: Términos y definiciones*, https://www.itu.int/dms_pubrec/itu-r/rec/v/R-REC-V.662-2-199304-S!!PDF-S.pdf

¹⁰⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 5.

El desarrollo tecnológico ha permitido evolucionar el concepto de comunicación, pasando de la simple transmisión de voz, a la transmisión de datos, imágenes, textos, videos, etc. Del mismo modo, se han desarrollado nuevas plataformas tecnológicas que han innovado las redes de comunicación, superando la concepción de que la transmisión de información podía realizarse únicamente por medios alámbricos.

Por esto, resulta complicado conceptualizar a las telecomunicaciones de una manera taxativa o cerrada; pues, cualquier definición se verá superada por el avance de la tecnología. En este sentido, parece adecuado lo realizado por el legislador ecuatoriano en su definición de telecomunicación, al indicar que se incluye en este concepto, cualquier modalidad de transmisión, que la innovación tecnológica desarrolle.

Con el concepto claro de telecomunicaciones, es preciso hablar de la naturaleza jurídica de su prestación, si la misma se enmarca dentro de los servicios públicos, conforme el análisis que se hizo sobre aquellos en el capítulo anterior.

Al respecto, se debe destacar que, en relación a los servicios de telecomunicaciones existen dos corrientes marcadas, la primera que los categorizan como parte de los servicios públicos; y, una segunda que se refiere a ellos, como servicios de interés general. En relación a la primera corriente, Sergio Matías Camargo indica que:

De un lado se afirma, que las telecomunicaciones constituyen una cuestión estratégica y de soberanía nacional, fundamental en el desarrollo económico y social. Son servicios públicos, en virtud de estar vinculadas a la satisfacción de necesidades generales y/o esenciales de la población y como tales deben tener un régimen jurídico especial (de derecho público), la participación activa del Estado en la propiedad y en la prestación del servicio, orientadas por los principios de solidaridad y redistribución del ingreso, con precios regulados y con subsidios de oferta a los sectores de menores recursos económicos.¹⁰⁵

Del precepto citado es importante destacar dos elementos que vinculan a las telecomunicaciones a los servicios públicos; el primero, que tiene relación con la satisfacción de necesidades esenciales de una población, por cuanto la categorización de un servicio como público, debe responder a la realidad social, temporal y geográfica de un determinado pueblo. El segundo elemento importante, se refiere a la titularidad del servicio por parte del Estado, al indicar que la propiedad del servicio le corresponde a este. No obstante, se indica además que corresponde al Estado la prestación del servicio,

¹⁰⁵ Sergio Matías Camargo, *La teoría del servicio público y las telecomunicaciones*, (Bogotá: Diálogos de saberes, 2013), 50-1, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wVJgzQEaVRQJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696237.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=safari>

entendiéndose la misma como exclusiva, por cuanto no se menciona la posibilidad de su cesión a favor de un particular, criterio que no lo comparto, pues conforme se analizó anteriormente, la exclusividad a favor del Estado corresponde únicamente a la titularidad del servicio, más no a su gestión.

En contraposición, está la corriente que sostiene que las telecomunicaciones son servicios de interés general, que la refiere Matías Camargo, en los siguientes términos: “De otro lado, se sostiene que las telecomunicaciones son un servicio de interés económico general, regulado por las leyes del mercado, por la oferta y la demanda, en un régimen jurídico de derecho privado, de libertad de precios y de inexistencia de subsidios”¹⁰⁶

De lo transcrito se colige que, la posición de esta corriente refiere a la escasa o casi nula intervención del Estado en el mercado de las telecomunicaciones. De conformidad a esta línea de pensamiento, las telecomunicaciones únicamente deben regularse por las leyes del mercado; es decir, se elimina la característica de esencial y se lo equipara a cualquier servicio común, cuya provisión únicamente estará garantizada por el juego de la oferta y la demanda.

Por otro lado, para Edgar González López, estas posiciones se reflejan en el modelo tradicional de prestación del servicio y el modelo actual; así indica que: “La característica general de lo que hemos llamado el modelo tradicional sustentado en el concepto de servicio público y prestado en régimen de monopolio, se caracteriza por una total o protuberante intervención administrativa, en contraposición del modelo de mercado, que determina una ausencia de intervención y una libertad orientada solamente en función de la oferta y la demanda.”¹⁰⁷

La posición de González López se refleja en la realidad de la evolución del servicio de las telecomunicaciones en la mayoría de países, en donde se pasó del monopolio estatal a la apertura del mercado, conforme se analizará más adelante; sin embargo, no comparto el criterio de que esta transición, haya significado el abandono de la calidad de servicio público. Es decir, si bien las dos corrientes muestran una polarización clara, es necesario analizar si la prestación de los servicios de telecomunicaciones, deben apegarse estrictamente a una de ellas; o, si por el contrario, por su propia naturaleza de constante desarrollo y evolución, ha permitido la

¹⁰⁶ Matías Camargo, *La teoría del servicio público y las telecomunicaciones*, 52.

¹⁰⁷ Edgar González López, *Las telecomunicaciones y el Derecho Administrativo*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 36, citado por Sergio Matías Camargo, *La teoría del servicio público y las telecomunicaciones*, 52.

conjugación de algunos de los elementos de estas líneas de pensamiento en contradicción.

En este sentido, sin el afán de crear una tercera corriente que aglutine a las dos anteriores, si me permitiré indicar que en la práctica los servicios de telecomunicaciones pueden ser gestionados por operadores privados, sin que por esto pierdan la calidad de servicio público, en donde el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad y calidad de los mismos. Del mismo modo, se debe señalar que no obstante que estos servicios sean prestados por particulares, esto no significa que únicamente pueden ser regulados por las leyes del mercado; por el contrario, en la mayoría de legislaciones existe un marco regulatorio que refleja la trascendencia en la sociedad de este tipo de servicios.

En este orden de ideas, también se debe indicar que no en pocos casos, los prestadores de servicios de telecomunicaciones, independientemente de si son públicos o privados, utilizan como su red de transmisión al espectro radioeléctrico, recurso natural que en el Ecuador es considerado un bien de dominio público, como se analizará más adelante, por ende su administración y control corresponde al Estado.

En este sentido se ha pronunciado Medina Malo, al indicar que corresponde al Estado: “La administración, gestión y control del espectro de frecuencias radioeléctricas incluyen, entre otras funciones, la elaboración y aprobación de los planes generales de utilización, el establecimiento de las condiciones para el otorgamiento del derecho a su uso, la atribución de ese derecho y la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas.”¹⁰⁸

Es decir, la idea de una nula intervención del Estado en la prestación de servicios de telecomunicaciones es irreal, pues este participa, sea como regulador del sector y contralor de la prestación, y/o levantando barreras regulatorias que permitan la utilización del espectro radioeléctrico.

Del mismo modo, para todos es evidente la importancia de estos servicios en la vida actual de la humanidad; por lo que, resulta difícil pensar en una sociedad en donde las telecomunicaciones no constituyan un servicio esencial para sus ciudadanos. En relación, es importante destacar la trascendencia de las telecomunicaciones en nuestro diario vivir, las cuales permiten desde la comunicación más común y sencilla, como

¹⁰⁸ Enrique Medina Malo, “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”, en José Manuel Villar Uríbarri, director, *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e internet*, (Navarra: Aranzadi, 2003), 220.

consecución de una necesidad humana elemental, pasando por la reducción de los costos de producción, el acceso a la información; y, llegando hasta georeferenciación por medio de posicionamientos satelitales. Sin lugar a dudas, que las telecomunicaciones han facilitado nuestra vida, brindándonos servicios que optimizan nuestro tiempo, dándonos comodidad y hasta entretenimiento; por lo que, se debe considerar a este tipo de prestaciones, como una parte fundamental para alcanzar el denominado buen vivir.

No obstante lo dicho, y conforme ha quedado expuesto en el capítulo anterior, es importante recordar que la categoría de servicio público es otorgada por los órganos legislativos de cada uno de los países, por medio de la *publicatio*; por lo que, en la práctica las telecomunicaciones serán servicio público en tanto así lo exprese la Ley.

En relación al Ecuador, el artículo 314 de la Constitución enumera de manera no taxativa a los servicios públicos, dentro de los cuales se encuentra las telecomunicaciones: “Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, *telecomunicaciones*, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. [...]”¹⁰⁹ (El énfasis es mío)

Pero además, en el artículo 313 de la misma Constitución, se cataloga a las telecomunicaciones como sector estratégico, que conforme se analizará, son dos cosas distintas.

2.1.1 Los servicios de telecomunicaciones como sector estratégico

Con la promulgación de la Constitución del año 2008, en el Ecuador se instituyó lo que se denominan sectores estratégicos. Para entender que son los sectores estratégicos, es preciso citar al artículo 313 de la propia Norma Suprema, que los define como “aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”.¹¹⁰

En el mismo artículo, se establece como sector estratégico a las telecomunicaciones y al espectro radioeléctrico.

¹⁰⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 5.

¹¹⁰ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], capítulo quinto, “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, art. 313, en Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).

Ahora, si bien en la Constitución no se prevé una definición de servicio público, conforme se revisó anteriormente, la referencia que realiza de aquellos es distinta a la de sectores estratégicos; por lo que, no se los puede asimilar o equiparar. Los servicios públicos se encuentran enumerados, no de manera restrictiva, en el artículo 314 de la propia Constitución, donde constan el agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias; en tanto que, los sectores estratégicos se enuncian de manera no taxativa, en el artículo 313 del mismo cuerpo normativo, y estos son: la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua.

En el caso de las telecomunicaciones, las disposiciones constitucionales transcritas, las enlistan tanto en los servicios públicos como en los sectores estratégicos. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional ecuatoriana, en su sentencia interpretativa No. 001-12-SIC-CC, de 5 de enero del 2012, en la cual señaló que “la creación de empresas públicas tanto para la gestión de sectores estratégicos como para la prestación de servicios públicos entre otros aspectos, tales como el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas *estando las telecomunicaciones comprendidas en estos dos ámbitos, es decir, son un sector estratégico y constituyen un servicio público.*”¹¹¹ (El énfasis es mío)

No obstante, que en la Constitución citada, se distingue a los servicios públicos de los sectores estratégicos, no se precisa en el desarrollo normativo, o en la propia sentencia interpretativa de la Corte Constitucional, en que consisten esas diferencias. Por lo que, cabe intentar establecer los elementos peculiares de estas dos instituciones administrativas.

Así, se debe indicar que Guillermo Cabanellas define a sector como “parte o porción con cierta unidad o caracteres comunes.”¹¹² En este sentido, se podría pensar que los servicios públicos son el universo y los sectores estratégicos son una parte o porción de ellos, cuya trascendencia e importancia para el país, haría que este grupo de servicios se destaquen sobre el resto. Pero, de la enumeración establecida en el artículo

¹¹¹ Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición, [Sentencia No. 001-12-SIC-CC en caso No. 008-10-IC], en Registro Oficial, Suplemento, No. 629 (30 de Enero del 2012).

¹¹² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, VII, 16ta edición, (Buenos Aires: Heliasta, 1983), 310.

313 de la Constitución de los sectores estratégicos, constan no solo servicios públicos, como las telecomunicaciones, sino además, bienes de dominio público como el agua.

De este modo, se podría pensar entonces, que los sectores estratégicos son el conjunto que abarcan a los servicios y bienes públicos; pero otra vez, remitiéndonos a lo dispuesto en el artículo 313 citado, se puede establecer que no todos los servicios y bienes públicos son sectores estratégicos, por el contrario se trata de un grupo exclusivo, que como se los define en la norma, tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental para el Ecuador.

Entonces, y tratando de enlazar con la definición de sector expuesta, se puede concluir que los sectores estratégicos no son una parte de un único universo, sino que se forma con elementos de distintos grupos, constituyéndose en una categoría distinta a los conjuntos primarios, como son los bienes y servicios públicos. Es decir, las telecomunicaciones son un servicio público, que en razón de su vital trascendencia para nuestra sociedad constituyen además, un sector estratégico del país. Esta categorización de las telecomunicaciones, tiene sus efectos y consecuencias jurídicas, especialmente en lo referente a la gestión de estos servicios, que es el objeto principal de este estudio y que se expondrá más adelante.

Por otro lado, se debe destacar que otro elemento caracterizado como sector estratégico es el espectro radioeléctrico, el mismo que tiene vital importancia para la prestación de varios de los servicios de telecomunicaciones; por lo que, a continuación se analizará su naturaleza y régimen jurídico.

2.1.2 Naturaleza y régimen jurídico del espectro radioeléctrico

Como se ha realizado anteriormente, se comenzará el estudio del espectro radioeléctrico exponiendo algunas de sus definiciones. Así, Alonso Llanos lo conceptualiza como: “Recurso natural, limitado y medible, que permite transportar energía, enviar y recibir mensajes de distinta naturaleza, a distancia, a través de un mecanismo de propagación por el espacio sin el concurso de una guía artificial”.¹¹³

Como bien indica Llanos, el espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado, pero debemos agregar que es reutilizable, por lo que corresponde a los Estados su organización, distribución y control. Otro elemento que se destaca de la definición

¹¹³ Alonso Llanos, *Gestión del espectro radioeléctrico en Ecuador. Nueva modalidad para radiodifusión y televisión abierta*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2013), 13

citada, refiere al espectro como medio de transmisión de señales de toda naturaleza, sin la necesidad de instrumentos artificiales, sino únicamente con el empleo de las ondas radioeléctricas; por lo que, constituye un elemento trascendente en la prestación de varios servicios de telecomunicaciones.

Por su parte, Enrique Medina Malo se refiere al dominio público radioeléctrico y lo define como “el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas. Se entiende por ondas radioeléctricas las ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 gigahertzios, que se propagan por el espacio sin guía artificial.”¹¹⁴

La definición de Enrique Malo, prioriza la descripción técnica del espectro como medio de transmisión; no obstante, su referencia a dominio público radioeléctrico, deja claro que para el autor es el espectro constituye un bien demanial, lo cual será analizado más adelante.

Por su parte, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador define al espectro radioeléctrico como: “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 investigación científica, entre otros. Su utilización responderá a los principios y disposiciones constitucionales.”¹¹⁵

En la definición de la Ley, no se establece si el espectro radioeléctrico es un bien público o si se trata de un recurso natural, conforme lo había señalado Alonso Llanos, pues se optó por un concepto más de carácter técnico. No obstante, si encontramos su categorización en la Constitución de la República; así, en su Sección Cuarta del Capítulo Segundo, se hace referencia a los recursos naturales, estableciendo:

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado *los recursos naturales no renovables* y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y *el espectro radioeléctrico*.¹¹⁶ (El énfasis es mío)

¹¹⁴ Enrique Medina Malo, “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”, 220.

¹¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 6.

¹¹⁶ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], capítulo segundo, “Biodiversidad y recursos naturales”, art. 408, en Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).

Si bien se señaló que en la definición de espectro radioeléctrico de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no se establecía si se trataba de un recurso natural o de un bien de dominio público, además de la disposición constitucional citada, encontramos esta referencia en el artículo 18 esta Ley: “Art. 18.- Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.- El espectro radioeléctrico constituye *un bien del dominio público y un recurso limitado* del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable.”¹¹⁷ (El énfasis es mío)

Además es importante recordar que, la Constitución de la República en su artículo 313 califica al espectro radioeléctrico como un sector estratégico, que conforme quedó dicho, es una categoría especial que agrupa a bienes y servicios públicos. En este sentido, corresponde analizar si el espectro constituye un bien de dominio público; y, en caso de ser afirmativa, que implicaciones jurídicas tiene.

Al respecto, Miguel Marienhoff ha definido al dominio público, como el “conjunto de bienes que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público –directo o indirecto- de los habitantes.”¹¹⁸

Del concepto citado, se deben destacar varios elementos, el primero se refiere a que para el autor, el dominio público es un conjunto de bienes, entendiéndose que comprende a bienes muebles e inmuebles, bienes tangibles e intangibles, pues no se realiza ninguna exclusión. En este sentido se entendería que cualquier bien es susceptible de convertirse en un bien de dominio público, para lo cual se necesita, lo que sería el segundo elemento, la declaración del ordenamiento jurídico. El tercer elemento tiene relación con el titular de los bienes de dominio público, señalando Marienhoff que los mismos pertenecen al pueblo; es decir, a los habitantes de una determinada circunscripción territorial. Por último, se destaca la finalidad que deben cumplir esta clase de bienes, los cuales deben estar destinados al uso de su titular.

Del análisis realizado se desprende que para Marienhoff son cuatro los elementos esenciales de los bienes de dominio público, a saber: elemento objetivo (conjunto de bienes), elemento normativo (declaración del ordenamiento jurídico), elemento subjetivo (titularidad del pueblo), y el elemento finalista (destinados al uso público).

¹¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 18.

¹¹⁸ Miguel S. Marienhoff, *Tratado del dominio público*, (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960), 141.

En este mismo sentido se ha pronunciado Juan Carlos Cassagne, para quien el elemento subjetivo se refiere a “la potestad estatal sobre el bien reposa en un derecho de tipo real, en cuanto implica, básicamente, una relación directa con el bien o la cosa. Ese derecho al uso común del bien dominial, configura un derecho real administrativo, es decir, una propiedad pública”¹¹⁹ Para Cassagne, la relación jurídica existente entre un determinado bien y la Administración, es una relación de tipo real, sintetizada como de propiedad, similar a la de tipo civil. Cabe agregar que si bien el autor refiere al derecho al uso de la cosa, la titularidad sobre el bien es más amplia y no restringida a esto, por cuanto la utilización del bien puede estar cedida a un particular, sin que esto signifique transferencia o renuncia a la propiedad sobre el bien.

Respecto al elemento normativo, Cassagne indica: “La inclusión de un bien en la categoría y régimen del dominio público corresponde siempre a la ley. No se conciben, pues, bienes públicos por naturaleza.”¹²⁰ Como se ha referido anteriormente, todos los bienes son susceptibles de ser categorizados como bien de dominio público, siendo el elemento indispensable, la declaración legislativa correspondiente. Así también lo ha expuesto Marienhoff, al afirmar que “el dominio público no es creación de la naturaleza; no hay bienes públicos naturales o por derecho natural. El dominio público es un ‘concepto jurídico’; su existencia depende de la voluntad del legislador. Sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá el carácter dominical.”¹²¹

Es decir, se podría hacer una relación con la función de la *publicatio* en los servicios públicos; por lo que, no obstante que se puedan encontrar coincidencias en varias legislaciones, la calificación de estos bienes responderá a las distintas realidades de cada país y su correspondiente representación en su normativa, por cuanto “la determinación de lo que ha de entenderse por dominio público depende de cada ordenamiento jurídico, porque cada uno de éstos contiene, o puede contener, notas particulares que en ese orden de ideas lo distinguen de otros ordenamientos jurídicos.”¹²²

En este punto es importante señalar que para algunos autores, esta declaración legislativa es la denominada afectación; por lo cual, corresponde realizar un análisis de esta institución administrativa.

¹¹⁹ Juan Carlos Cassagne, “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, 864, en Juan Miguel Cuétara Martínez, coordinador, *Derecho administrativo y regulación económica*, (Madrid: La Ley, 2011).

¹²⁰ Cassagne, “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, 867.

¹²¹ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 43.

¹²² Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 43.

La afectación ha sido definida por Marienhoff como “el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad.”¹²³ En esta definición no se precisa la forma en que debe expresarse esta manifestación de voluntad, por lo que se puede entender que la misma no excluye ninguna posibilidad; así, se puede expresar mediante una ley o por medio de un acto o hecho administrativo.

Por su parte, el jurista alemán Otto Mayer, señala que la afectación es “un acto de voluntad, perteneciente a la esfera de la Administración Pública, pero que no constituye un acto administrativo, porque no determina relaciones entre el ciudadano y el poder público.”¹²⁴ En esta definición se excluyen a los actos administrativos, entendiendo que los efectos de la afectación son de carácter general y no particular. Del mismo modo se ha pronunciado Ernst Forsthoff, para quien la afectación es “un acto jurídico, con efectos específicos y de amplio alcance; pero a su entender se diferencia de los actos administrativos en el sentido usual, porque carece de destinatario.”¹²⁵

La exclusión de los actos administrativos realizada por los dos autores no parece correcta, en el sentido que se estaría confundiendo los efectos de la afectación, con sus consecuencias jurídicas. Así, la consecuencia jurídica de la afectación es que “el bien o cosa, desde ese momento, queda efectivamente incorporado al dominio público y sometido a los principios que rigen dicha institución. Sólo después de la ‘afectación’ o ‘consagración’ al uso y goce de la comunidad, la cosa queda regida por el derecho público como dependencia dominial.”¹²⁶ En este sentido, cabe preguntarse ¿si un acto administrativo puede afectar un bien? La respuesta es afirmativa, por ejemplo, mediante una declaratoria de utilidad pública y posterior expropiación. Este acto administrativo tiene como consecuencia que el bien expropiado queda incorporado al dominio público, pero además tiene efectos jurídicos en el particular, a quien se ha alterado su derecho a la propiedad privada; es decir, existe una relación directa entre la administración pública y el propietario perjudicado.

Conforme quedó expuesto, la consecuencia jurídica de la afectación es la incorporación de un bien al dominio público; pero, existe en la doctrina además, la

¹²³ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 151-2.

¹²⁴ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, (Paris: 1903-1906), 138-9, citado por Miguel Marienhoff, *Tratado del dominio público*, (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960), 153.

¹²⁵ Ernst Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, (Madrid: 1958), 493-4, citado por Miguel Marienhoff, *Tratado del dominio público*, (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960), 153.

¹²⁶ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 155.

referencia de afectación de un determinado bien, para la prestación de un servicio público. Así, Juan Carlos Cassagne ha señalado:

Cuando los bienes son estatales (aun cuando la titularidad sea del pueblo) y están afectados a un servicio público (vgr. Caminos y vías férreas) ellos pertenecen al dominio público. Pero nada impide disociar la propiedad pública de la afectación al uso público y esto es precisamente lo que ocurre con los bienes de los concesionarios y permisionarios afectados a un servicio público quienes, mediante prestaciones individualizadas, satisfacen necesidades directas de los habitantes. Estos bienes no constituyen bienes dominicales sino que pertenecen a los concesionarios como titulares de derechos reales de propiedad privada, sin perjuicio de las cargas y limitaciones que trae aparejado su afectación al servicio público.¹²⁷

Es decir, en función de esta posición doctrinal, habría que diferenciar entre la afectación simple y llana de un bien, a la afectación destinada para la prestación de un servicio público; pues, en el primer caso el bien pasa a ser de dominio público y en el segundo no necesariamente. Esto se debe entender, conforme al siguiente precepto expuesto por Miguel Marienhoff:

Si bien algunos bienes afectados a la prestación de servicios públicos pueden pertenecer al dominio público, ello no siempre ocurre así. Ciertos bienes del Estado consagrados a la prestación de tales servicios, en determinadas legislaciones pertenecen por ello al dominio público; en cambio, los bienes pertenecientes a una persona particular –concesionario, por ejemplo- afectados a la prestación de esos servicios, no pertenecen al dominio público del Estado, sino al dominio privado del concesionario.”¹²⁸

La distinción aludida permite comprender que no existe contradicción en los conceptos expuestos por Marienhoff, de quien citamos la consecuencia jurídica de la afectación, así como la posibilidad de que un bien privado afectado a un servicio público, conserve su naturaleza privada. Por lo expuesto, resultaría conveniente referirse a la afectación de un bien, únicamente cuando este pasa a formar parte del demanio y no cuando es utilizado para la prestación de un servicio público, pues esto no altera la titularidad del mismo.

Regresando al análisis de los elementos esenciales del dominio público y en referencia al elemento objetivo, Cassagne ha indicado que: “El contenido del dominio público puede hallarse integrado tanto por bienes inmuebles como por cosas muebles y

¹²⁷ Cassagne, “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, 872.

¹²⁸ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 34-5.

por derechos inmateriales.”¹²⁹ Es decir, no se excluye ningún tipo de bien y todos son susceptibles de constituir el demanio. Este punto es importante, a fin de entender que un recurso natural e inmaterial como es el espectro radioeléctrico, puede ser parte del dominio público. Al respecto Enrique Medina Malo, indica que “la emisión de ondas radioeléctricas a través del espacio supone el aprovechamiento de un bien que debe ser catalogado como de dominio público”.¹³⁰ En este punto cabe aclarar, que si bien el espectro puede ser categorizado como un bien demanial, no significa que lo sea por ese solo hecho, conforme se analizará más adelante.

Por último, respecto al elemento finalista, Cassagne ha indicado: “El llamado elemento teleológico hace referencia al fin al cual se hallan destinados los bienes públicos. Esta finalidad no es otra que la de satisfacer el uso público de los bienes del Estado por parte de los habitantes o personas no estatales, uso que puede revestir carácter común o especial.”¹³¹ La satisfacción del uso público de estos bienes reviste especial importancia para el presente estudio, en el sentido que se podría considerar una restricción al acceso y uso por parte de los ecuatorianos, el establecimiento del monopolio en la gestión del espectro radioeléctrico; por lo que cabe realizar un análisis pormenorizado.

En relación, se debe empezar por el estudio del tipo de usos que se pueden dar a esta clase de bienes, los cuales han sido clasificados por Cassagne como común y especial. En particular, refiriéndonos al espectro radioeléctrico, debemos citar a Medina Malo, quien ha indicado que “El uso del dominio público radioeléctrico puede ser común, especial y privativo”¹³² En concordancia, Marienhoff ha indicado que: “El uso del dominio público radioeléctrico se clasifica en la forma siguiente: uso común, uso especial sin exclusión de terceros y uso privativo”¹³³

Por su parte, Ramón Parada difiere en la existencia de un uso especial del espectro, señalando que: “La gestión del dominio público radioeléctrico tiene por objetivo el establecimiento de un marco jurídico que asegure unas condiciones

¹²⁹ Cassagne, “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, 868.

¹³⁰ Medina Malo, “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”, 219.

¹³¹ Cassagne, “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, 870.

¹³² Medina Malo, “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”, 220.

¹³³ Joaquín Nebreda Pérez, *Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones*, (Madrid: La Ley, 2000), 83-4.

armonizadas para su uso y que permita su disponibilidad y uso eficiente. A tales efectos, se distingue entre un uso común y un uso privativo.”¹³⁴

En este sentido, cabe analizar cada clase de uso, a fin de adoptar una posición con referencia a ellos. Así, empezaré analizando el uso común, el cual ha sido definido por Marienhoff como el que “pueden realizar todos los ciudadanos por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad.”¹³⁵ Es decir, no existen requisitos previos para el uso, ni se necesita de permisos o autorizaciones especiales, sino únicamente respetar normas de buen uso; por ejemplo, el uso de las vías públicas respetando las leyes de tránsito. En el caso del espectro radioeléctrico, su uso común responde a la misma lógica de un uso libre e irrestricto. Para su mejor comprensión se lo puede ejemplificar con el uso de las redes wifi o de los controles remoto de los dispositivos electrónicos.

En relación, Medina Malo agrega que el uso común debe responder al ordenamiento de las frecuencias que cada Estado administra y regula, así indica: “Se considera como uso común del dominio público radioeléctrico, la utilización de bandas, subbandas, canales y frecuencias que se señalen en el Cuadro nacional de Atribución de Frecuencias como de uso común.”¹³⁶ Es decir, para el autor los Estados deben organizar su cuadro de frecuencias, considerando bandas que deben ser de libre acceso, que no precisen de título habilitante alguno.

Del otro lado está Ramón Parada, quien indica que para el uso común del espectro, si se requiere de una autorización por parte de la administración pública, señalando: “El otorgamiento del derecho al uso común del dominio público radioeléctrico revestirá la forma de autorización administrativa si se trata del espectro radioeléctrico para radioaficionados y otros sin contenido económico, como los de banda ciudadana”¹³⁷ El precepto expuesto por Parada guarda similitud con el uso especial que refiere Medina Malo, quien lo define como el uso compartido, sin exclusión de terceros, con fines de mero entretenimiento u ocio sin contenido

¹³⁴ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, tomo III, duodécima edición, (Madrid: Marcial Pons, 2010), 48.

¹³⁵ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 295.

¹³⁶ Medina Malo, “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”, 221.

¹³⁷ Parada, *Derecho Administrativo*, 48

económico, pero que se exige previamente la obtención de una autorización administrativa individualizada, que se otorgará sin limitación de número.¹³⁸

De conformidad a lo expuesto, parece más apropiado la distinción realizada por Medina Malo, en el sentido que no se puede hablar de un uso común de un bien público, si el mismo requiere una autorización previa, como refiere Parada; pues, contradeciría la naturaleza de esta clase de usos. Del mismo modo, se ha ejemplificado el uso común del espectro, cuyo uso cotidiano, como el del Bluetooth, permite comprender que no se requiere de permiso alguno.

Por otro lado, está el uso especial del espectro radioeléctrico, que como bien lo expone Medina Malo, se trata de un uso compartido y sin fines comerciales, como por ejemplo el de los radioaficionados. Sin embargo, para el autor, este uso especial si requiere de una autorización por parte del Estado, de lo cual difiero, pues, corresponde a la administración pública establecer las bandas y sub bandas de frecuencias destinadas a este uso, a fin que todos los ciudadanos puedan acceder libremente a las mismas, sin necesidad de ninguna clase de título habilitante, sino únicamente llevando un registro, que permita garantizar un uso eficiente y sin interferencias. Aquí, cabe recalcar que este uso especial no puede tener finalidad comercial, pues para aquello se debe destinar otro rango de frecuencias.

Por su parte, Marienhoff al referirse al uso especial de los bienes públicos, indica que es “el que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. [...] Contrariamente al uso común, no se trata de una potestad correspondiente al hombre por su sola calidad de tal.”¹³⁹ En este sentido, para que exista un uso especial de un determinado bien público, es necesario una manifestación de la administración pública, que otorgue esta facultad al particular. El autor agrega además que: “La adquisición del derecho de uso ‘especial’ o ‘privativo’ de los bienes del dominio público requiere indispensablemente un acto expreso del Estado, en cuyo mérito ese derecho resulte otorgado o reconocido.”¹⁴⁰

Conforme se puede observar, Marienhoff asimila el uso especial al uso privativo, enunciándolos como sinónimos, lo cual diverge de los preceptos analizados previamente. Al respecto, y conforme se indicó previamente, no se puede asimilar el

¹³⁸ Medina Malo, “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”, 221.

¹³⁹ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 319.

¹⁴⁰ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 322.

uso especial de un bien público a su uso común, así como tampoco se lo puede equiparar al uso privativo; pues, en el caso de uso especial, todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a él, por su sola calidad, sin necesidad de autorización alguna, mientras que para el uso privativo, se requiere cumplir ciertos requisitos o calidades establecidos previamente por la administración pública. Así lo ha expuesto Marienhoff, al indicar: “Tratándose de efectuar usos ‘especiales’, ‘exclusivos’, ‘privativos’ o ‘diferenciales’, los habitantes del país ya no actúan como ‘pueblo’, sino a título individual, como terceros, siendo por ellos que no pueden utilizar los bienes públicos sin autorización especial del Estado.”¹⁴¹

En relación al uso privativo del espectro radioeléctrico, Medina Malo explica que el mismo permite la exclusión de terceros y que se efectuará, en todo caso, asociado a la prestación de un determinado servicio o la explotación de una red de telecomunicaciones.¹⁴² Lo expuesto por Medina, concuerda con lo expuesto por Marienhoff, al referirse al uso privativo como aquella facultad que otorga la administración a favor de un solo particular, que por ende excluye a los demás; pero, adiciona que este uso debe estar asociado a la prestación de un servicio.

En el mismo sentido se ha pronunciado Parada, al indicar que “los derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico se otorgan por concesión a favor únicamente de los operadores, por plazos renovables en función de las disponibilidades y previsiones de la planificación de dicho dominio público.”¹⁴³ Es decir, el otorgamiento de esta atribución de un uso privativo del espectro por parte del Estado, debe estar necesariamente vinculada a la prestación de un servicio de telecomunicaciones y no para un aprovechamiento exclusivo de un particular.

Esta afirmación se entiende, si partimos de la naturaleza del espectro radioeléctrico, que como quedó expuesto, es un recurso natural limitado, por lo que su explotación y aprovechamiento debe buscar el mayor beneficio del interés común y no el de un simple particular. En este sentido, corresponde al Estado, como administrador del bien demanial espectro radioeléctrico, garantizar que la cesión de su uso privativo tenga como finalidad el beneficio de la mayoría de sus ciudadanos. Esto, no obsta que el beneficiario del otorgamiento del uso especial de una o grupo de frecuencias, obtenga un rédito económico por la prestación de un determinado servicio de

¹⁴¹ Marienhoff, *Tratado del dominio público*, 322.

¹⁴² Medina Malo, “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”, 221.

¹⁴³ Parada, *Derecho Administrativo*, 48

telecomunicaciones; pero, lo que no se puede admitir, es un uso ineficiente del espectro, que prive a la mayoría de su aprovechamiento.

Bajo esta lógica, cabe cuestionarse si el proveedor de un determinado servicio de telecomunicaciones, que requiera del espectro radioeléctrico como red de transmisión de sus señales, tiene el derecho de que la administración pública le otorgue el uso privativo de una frecuencia. Al respecto, Carmen Chinchilla, ha indicado que: “La ocupación del dominio público constituye un derecho reconocido al operador que presta un servicio al público para satisfacer un interés general y en consecuencia, en principio, la correlativa existencia de una obligación para la administración titular del dominio público de permitir la ocupación y por ende, otorgar la correspondiente habilitación administrativa.”¹⁴⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado Víctor Hernández, que al referirse a los servicios de telecomunicaciones señala:

La administración titular de los bienes del dominio público, en principio, se encuentra obligada a permitir la ocupación de tales bienes, cuando los operadores los necesiten para instalar las redes públicas de telecomunicaciones. Se sostiene que ello es así en principio, porque lo característico de la propiedad pública es servir al interés general, trátase de bienes destinados al uso público o a la prestación de servicios públicos, los cuales constituyen las categorías que tradicionalmente definen el dominio público, en tanto, que en el caso de las telecomunicaciones, dicha ocupación contribuye a satisfacer el interés general que estas comprenden.¹⁴⁵

A fin de comprender los preceptos expuestos por Chinchilla y Hernández, es necesario que se piense en servicios de telecomunicaciones como la telefonía móvil, la cual únicamente puede tener como red de transmisión y distribución al espectro radioeléctrico. En este sentido, no se puede concebir un servicio de telefonía celular con una red de transmisión alámbrica, pues se estaría desnaturalizando el mismo; por lo que, se entiende la necesidad de que si el Estado ha autorizado la prestación de esta clase de servicios a un privado, en consecuencia se encuentra obligado a concederle el uso privativo del bien público que permita la prestación de aquel. Pero del mismo modo, la administración deberá controlar que la explotación del espectro, responda a la gestión del servicio público, en beneficio del bienestar común.

¹⁴⁴ Carmen Chinchilla Marín, “*El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones*”, (Madrid: Marcial Pons, 2000), 120-1, citado por Víctor Rafael Hernández Mendible, “La ocupación de los bienes del dominio público y del dominio privado para realizar las actividades de telecomunicaciones”, en Orlando Vignolo, coordinador, *Teoría de los servicios públicos*, (Grijley, 2009), 240.

¹⁴⁵ Víctor Rafael Hernández Mendible, “La ocupación de los bienes del dominio público y del dominio privado para realizar las actividades de telecomunicaciones”, en Orlando Vignolo, coordinador, *Teoría de los servicios públicos*, (Grijley, 2009), 241.

Del análisis de los elementos esenciales de los bienes de dominio público se puede concluir que el espectro radioeléctrico es uno de ellos; en razón que, su titularidad corresponde al Estado, por estar así decretado en una norma jurídica y por tener como finalidad su uso público. No obstante, esto que parece ser una realidad incontrovertible, se pone en tela de duda a partir de la celebración del Convenio Internacional de Telecomunicaciones, en Málaga en el año de 1973, que constituye el instrumento fundamental de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.¹⁴⁶ Pues, es a raíz de este instrumento internacional, que varios autores han empezado a cuestionar la titularidad del Estado sobre el espectro radioeléctrico.

Así por ejemplo, Ryszard Struzak ha indicado que a partir de la suscripción del tratado internacional señalado, “se considera que las ondas radioeléctricas y las órbitas de los satélites constituyen un patrimonio común de la humanidad. Ninguna nación puede explotar sola estos recursos ignorando a las demás.”¹⁴⁷ Si bien, en el Convenio Internacional citado, no se refiere expresamente al espectro como patrimonio de la humanidad, la doctrina ha desarrollado este precepto desde el segundo apartado del artículo 13 de este instrumento internacional, que indica:

2. En la utilización de bandas de frecuencias para las radiocomunicaciones espaciales, los Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y la órbita de los satélites geostacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse en forma eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países.¹⁴⁸

Conforme se observa del apartado citado, se establece el acceso equitativo al espectro radioeléctrico por parte de todos los países; por lo que, mal podría hablarse que el mismo es de propiedad de un solo Estado. Sin embargo, lo que sí corresponde a los Estados es la administración de las frecuencias asignadas, dentro de cada circunscripción territorial. Así consta en el Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión del año 2002, que establece que “la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), distribuye grupos de frecuencias a los países, para que se

¹⁴⁶ Unión Internacional de Telecomunicaciones, Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Málaga – Torremolinos, 1973. http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/oth/02/09/S020900000A5201PDFS.PDF

¹⁴⁷ Ryszard Struzak, *Gestión del espectro*, Unión Internacional de Telecomunicaciones ITU, <http://www.itu.int/itu/news/issue/1999/03/perspect-es.html>

¹⁴⁸ Convenio Internacional de Telecomunicaciones, Málaga, 1973.

encarguen de su administración en su territorio, de forma que, entre otras cosas, se eviten las interferencias entre servicios de telecomunicaciones.”¹⁴⁹

En el mismo sentido, Angela Dubón Lima ha señalado: “¿De quién son las frecuencias? A lo que se considera que el espectro radioeléctrico es patrimonio de la humanidad. Los Estados solamente son sus administradores. La Unión Internacional de Telecomunicaciones, distribuye paquetes de frecuencias a los países, para que se encarguen de la gerencia en su territorio, para que, entre otras cosas, se evite las interferencias entre servicios de telecomunicaciones.”¹⁵⁰

Como bien indica Dubón Lima, los países administran las frecuencias que les asigna la Unión Internacional de Telecomunicaciones, pudiendo las mismas ser modificadas, en caso que este organismo internacional así lo considere; por lo que, cabe cuestionarse ¿cómo puede un Estado decir que es propietario de tal o cual frecuencia?

En este sentido, y si bien no existe una disposición expresa en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones con relación a la titularidad del espectro radioeléctrico, señala Damián Loreti que “las frecuencias radioeléctricas han sido reconocidas internacionalmente como patrimonio común de la humanidad, que se negocian sus derechos de administración, en el nivel de los estados nacionales”¹⁵¹.

Este reconocimiento internacional referido por Loreti, lo podemos observar en algunas legislaciones, así por ejemplo, el artículo 2 de la Ley No. 18.232 del Servicio de Radiodifusión Comunitaria del Uruguay que señala: “Artículo 2.- El espectro radioeléctrico es un patrimonio común de la humanidad sujeto a administración de los Estados y, por tanto, el acceso equitativo a las frecuencias de toda la sociedad uruguaya constituye un principio general de su administración.”¹⁵²

Por su parte, en la Argentina, uno de los fundamentos de la Ley No. 12338 señala:

Es necesario no olvidar que el espectro de frecuencias radioeléctricas es un recurso natural que no es objeto de dominio, ni privado ni de los Estados. El Tratado de Nairobi (Ley Nacional 23.478) celebrado y ratificado por Argentina, en el seno de la Unión Nacional de Telecomunicaciones, proclama al espectro radioeléctrico como

¹⁴⁹ Organización de los Estados Americanos, *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2002, 110.

¹⁵⁰ Angela Rosalba Dubón Lima, “La violación al principio de igualdad en la forma en que se autoriza el usufructo en las frecuencias radiofónicas” (tesis de pregrado, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009), 7, http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7836.pdf

¹⁵¹ Damián Loreti, *El derecho a la información*, (Buenos Aires: Paidós, 1995), 142.

¹⁵² Uruguay, *Ley No. 18.232 del Servicio de Radiodifusión Comunitaria*, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4696259.htm>

patrimonio de la humanidad. Esta declaración equivale a legislar que los Estados son sólo administradores de frecuencias que se adjudican a cada país en razón de su densidad demográfica y su extensión territorial.

Al respecto, es necesario indicar que el Convenio Internacional de Telecomunicaciones celebrado en Nairobi en el año de 1982, tampoco tiene una disposición expresa con relación al espectro radioeléctrico como patrimonio de la humanidad; sino que, al igual que el Convenio suscrito en Málaga, se hace referencia a la distribución equitativa de las frecuencias entre los Estados, entendiéndose que ninguno de ellos es propietario de las mismas.

En este punto es importante cuestionarse, si las disposiciones normativas citadas ejemplificativamente, significan que los países están realizando un renunciamento a su titularidad respecto al espectro, cediendo la misma a un organismo internacional como es la UIT; o, si por el contrario se trata de un reconocimiento por parte de los Estados, de que las frecuencias radioeléctricas siempre han sido patrimonio de la humanidad. A fin de adoptar una posición al respecto, es necesario volver al análisis de la naturaleza del espectro radioeléctrico. Si decimos que el espectro es aquel espacio por medio del cual se propagan las ondas radioeléctricas sin necesidad de guías artificiales, estamos frente a un recurso natural que no se encuentra limitado por las líneas fronterizas de los países; por lo que, es imposible físicamente, que un Estado se apropie de una o varias frecuencias y las reclame para sí. Lo que sucedería en ese caso, sería que nadie pueda utilizar las frecuencias por cuanto todas estarían interferidas por un uso múltiple y desordenado.

Por esta razón es que, partiendo del reconocimiento de que el espectro radioeléctrico es patrimonio común de toda la humanidad, se ha constituido un organismo internacional encargado de ordenar la asignación y uso de las frecuencias a los distintos países, los cuales únicamente pasan a ser administradores del grupo de frecuencias asignadas.

Bajo esta premisa, en la cual se desestima el elemento subjetivo del espectro radioeléctrico como bien de dominio público, cabe cuestionarse si esto afecta al resto de elementos que fueron analizados previamente. Así, en relación al elemento normativo se debe señalar que no cabe una disposición legal que establezca al espectro como un bien de dominio público, pues la misma estaría en contradicción de los convenios internacionales de telecomunicaciones referidos, instrumentos jurídicos internacionales que son de obligatorio cumplimiento para los países suscriptores.

En referencia al elemento teleológico se podría considerar una concordancia, en el sentido que en ambos casos la finalidad es el uso común, con la diferencia que este uso ya no se restringe a una categoría especial, como el de ser ciudadano de un determinado Estado, por el contrario, se debe garantizar su uso a toda la humanidad, por esa sola condición.

Finalmente, con relación al elemento objetivo, y conforme lo expuesto, es fácil concluir que el espectro radioeléctrico no es susceptible de ser catalogado como un bien de dominio público, pues si bien se trata de un recurso natural e inmaterial, su restricción parte del hecho que ya tiene un titular, toda la humanidad; además que, no existe mecanismo jurídico que permita su afectación a favor de un país. Los Estados no son más que administradores de un rango de frecuencias asignadas por un organismo internacional, la UIT.

En conclusión, el espectro radioeléctrico no debe ser considerado como un bien de dominio público, pues no cumple ninguno de los elementos esenciales que caracterizan a esta clase de bienes; siendo su naturaleza jurídica la de un bien de patrimonio común de la humanidad. Este concepto de patrimonio común de la humanidad es relativamente nuevo, por lo que su desarrollo doctrinal no ha sido extenso. No obstante, cabe citar a Antonio Blanc Altemir, quien ha indicado que la noción de patrimonio común de la humanidad implica el reconocimiento de la existencia de ciertos intereses comunes y superiores que sobrepasan los objetivos inmediatos y particulares de los Estados.¹⁵³

En relación al precepto expuesto por Blanc, es importante destacar que no se habla de renunciamentos de los Estados a sus prerrogativas sobre determinados bienes o intereses; por el contrario, se refiere a un reconocimiento, es decir los países aceptan la existencia de un patrimonio que sobrepasa su potestad y soberanía circunscrita a un territorio.

Por su parte, José Manuel Pureza indica que:

El concepto de patrimonio común de la humanidad reformula el principio de la libre utilización de los espacios comunes, reduciéndolo a la aceptación de utilizaciones confluentes y apartando las utilizaciones excluyentes, normales en un marco de res communis; por otro lado, añade un criterio nuevo, ignorado en aquel régimen

¹⁵³ Antonio Blanc Altemir, “El patrimonio común de la humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión”, 31, citado por Luisa Fernanda Tello Moreno, *El patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos*, (Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), 124. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/5/art/art5.pdf>

tradicional: el de la participación equitativa (equitable sharing) en los resultados de la exploración y explotación de aquellos espacios.¹⁵⁴

De lo expuesto por Pureza se colige que el concepto de patrimonio común de la humanidad no permite a los Estados o particulares realicen utilizaciones que excluyan a los demás; por el contrario; garantiza una participación equitativa de todos los países y sus habitantes. En este sentido, resulta obvio señalar que ninguna administración puede instituir un régimen exclusivo de gestión sobre un bien establecido como patrimonio común.

En la misma línea, Luisa Fernanda Tello indica que la gestión de estos bienes catalogados como patrimonio común de la humanidad, deben regirse a los siguientes principios rectores: “a) Exclusión de soberanías estatales, b) Libertad de acceso para la exploración y la investigación científica, c) Gestión racional de los recursos y su reparto equitativo en beneficio de toda la humanidad, d) Uso pacífico.”¹⁵⁵

Para efectos del presente estudio, nos referiremos en especial al primer principio, el cual ha sido aludido por Tello en los siguientes términos: “El principio de exclusión de las soberanías estatales se refiere a la prohibición de realizar apropiaciones nacionales con el fin de ejercer facultades soberanas respecto de los territorios comunes, lo cual incluye también a las apropiaciones de tipo privado.”¹⁵⁶

Conforme quedó expuesto, los Estados pasan a ser simples administradores de esta clase de bienes, pero de ninguna forma pueden apropiarse de los mismos, ni categorizarlos como bienes de dominio público. En este sentido, queda claro el error en que incurrió el constituyente ecuatoriano, al establecer en el artículo 408 de la Constitución, que el espectro radioeléctrico es de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado; así, como su posterior desarrollo legal en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Esta apropiación no solo que contraría los compromisos adquiridos por el Ecuador, con su suscripción a los Convenios Internacionales de Telecomunicaciones; sino que, además contradice la realidad, pues, y como quedó dicho, la UIT distribuye paquetes de frecuencias a los distintos países para su administración, siendo que esta distribución no es definitiva ni mucho menos, por el

¹⁵⁴ José Manuel Pureza, *El patrimonio común de la humanidad ¿Hacia un Derecho Internacional de la solidaridad?*, (Madrid: Trotta, 2002), 233.

¹⁵⁵ Luisa Fernanda Tello Moreno, *El patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos*, (Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), 125. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/5/art/art5.pdf>

¹⁵⁶ Tello Moreno, *El patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos*, 125.

contrario, se va modificando en función de las necesidades de los distintos países, pero sobre todo en atención al desarrollo y evolución de la tecnología.

Entonces, ¿cabe que el Ecuador alegue su propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del espectro radioeléctrico cuando la UIT decida modificar el cuadro de frecuencias asignadas al país? La respuesta cae por su propio peso.

Aparece pues una segunda cuestión: ¿cuál fue el motivo por el cual se incluyó esta disposición en la Constitución del 2008? ¿desconocimiento de los constituyentes o por el contrario un verdadero deseo de apropiarse del bien patrimonio común de la humanidad? Estos cuestionamientos resultan más complicados de responder sin tener los suficientes elementos de juicio, que incluyen aquellos de tipo político, ajenos a esta investigación. Pero, lo que si se puede afirmar es que gracias a la disposición del artículo 408, el Estado se ha reservado la explotación exclusiva del espectro, conforme consta en el artículo 313 de la Constitución; pues, sin su titularidad, no se habría podido establecer la exclusividad.

Esto nos lleva al análisis de las clases de gestión que pueden darse en los servicios de telecomunicaciones, que se desarrollará a continuación.

2.2 Formas de gestión de los servicios de telecomunicaciones

Durante la historia de las telecomunicaciones, se puede indicar de manera general que, su gestión ha vivido tres etapas, sin tomar en cuenta al restablecimiento del monopolio estatal que se analiza en el presente trabajo; estas etapas han sido resumidas por Carlos Razo y Fernando Rojas en los siguientes términos:

En la primera, que comprende desde su creación hasta la Segunda Guerra Mundial, el sector era básicamente privado y estaba dominado por compañías extranjeras. La segunda etapa, que comprende desde los años cincuenta a finales de los años ochenta, se caracteriza por los procesos de nacionalización y el monopolio estatal de las telecomunicaciones. La tercera etapa, que inicia a principios de la década de 1990 y continúa hasta la actualidad, es un periodo de reformas, reprivatizaciones y cambios en las formas tradicionales de regular el sector.¹⁵⁷

Se debe agregar que en la primera etapa la prestación de los servicios se restringía a las compañías privadas, como propietarias de las redes y tecnología desarrolladas por estas. Así mismo, hay que recordar lo que referimos en el primer capítulo, que esta etapa histórica estaba caracterizada por un Estado policía, encargado únicamente de garantizar las libertades esenciales de sus ciudadanos.

Por su parte, la segunda etapa está marcada por el apareamiento del Estado Social, prestador de servicios, que al darse cuenta de la importancia de las comunicaciones para un país, decide reservarse su gestión en exclusiva, nacionalizando a las compañías que brindaban estos servicios.

Finalmente, la tercera etapa se caracteriza por la apertura del mercado de las telecomunicaciones, derivada del fracaso de los Estados en su gestión, como de otros servicios públicos, lo que en doctrina se conoce como la crisis del concepto de servicio público. En esta etapa, que se vive hasta la actualidad, los Estados pasan de ser prestadores del servicio a reguladores del mismo.

Más allá de la referencia histórica realizada, para efectos académicos corresponde analizar lo que se podría denominar los dos modelos de gestión que han tenido las telecomunicaciones, esto es, el régimen de monopolio estatal y el de libre competencia.

¹⁵⁷ Carlos Razo y Fernando Rojas, *Del monopolio de Estado a la convergencia tecnológica: evolución y retos de la regulación de telecomunicaciones en América Latina*, (Santiago de Chile, CEPAL Naciones Unidas, 2007), 9. <http://archivo.cepal.org/pdfs/2007/S0701071.pdf>

2.2.1 Gestión en régimen de monopolio estatal

Como ha quedado dicho, este modelo de gestión se presentó esencialmente a comienzos de los años setenta, cuando las Administraciones revelan la importancia económica y social de las telecomunicaciones para un Estado; por lo cual, deciden reservarse para sí su prestación de manera exclusiva. Para los autores Carlos Razo y Fernando Rojas, esta decisión se encontraba fundamentada principalmente por los siguientes elementos:

El elemento dominante fue la visión sobre la naturaleza social y económica del sector, incluida la percepción de que operaba en condiciones de monopolio natural, es decir, un mercado en el que la minimización de costos permitía la operación de un solo oferente. Las telecomunicaciones eran consideradas un servicio público con importantes beneficios sociales y cuya provisión debía estar a cargo del Estado. Por ello, un objetivo fundamental de la nacionalización fue expandir el servicio para aumentar los impactos positivos del sector en el resto de la economía.¹⁵⁸

La consideración de que las telecomunicaciones constituían un monopolio natural se sustentaba esencialmente en los altos costos que significaban el despliegue de las redes e infraestructura necesaria para la prestación de estos servicios; lo cual, representaba que el operador podía obtener un retorno de su inversión, únicamente por medio de garantizar su exclusividad. A este respecto, es importante señalar que, tanto el avance tecnológico y evolución de las redes, ha abarato los costos de los prestadores de esta clase de servicios, permitiendo la concurrencia de estos, desvaneciendo de esta manera el fundamento de la teoría del monopolio natural en las telecomunicaciones, conforme se analizó en el primer capítulo del presente trabajo.

Retomando, una de las ventajas que varios autores refieren con relación a la prestación de un servicio en monopolio, ha sido la posibilidad de desarrollar economías de escala. Para Fernando Gaviria, los monopolios logran economías de escala cuando: “las compañías grandes son más eficientes que las pequeñas (...) y las diferencias cuantitativas entre los costos promedio en diferentes tamaños de empresas se van reduciendo incrementalmente a partir del momento en que alcanzan un tamaño grande.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Razo y Rojas, *Del monopolio de Estado a la convergencia tecnológica: evolución y retos de la regulación de telecomunicaciones en América Latina*, 10.

¹⁵⁹ Fernando Gaviria Cadavid, *Los monopolios*, Revista de Derecho de la competencia, (Bogotá: 2004), citado por Alfonso Miranda y Juan Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los*

Con relación a las economías de escala se debe recordar que se las analizó en el primer capítulo, donde además se expuso el cuestionamiento de DiLorenzo, respecto a su vinculación a un modelo de monopolio.

Por su parte, los autores Alfonso Miranda y Juan Gutiérrez han señalado como un beneficio del monopolio, a la “existencia de tecnología costosa que sólo puede sostener un monopolista.”¹⁶⁰ Al respecto, y conforme hemos analizado previamente, en un inicio, la tecnología, infraestructura y redes que se requerían para la prestación de servicios de telecomunicaciones eran muy costosas, lo cual justificó y solventó el criterio de que estos servicios constituían un claro ejemplo de monopolio natural. No obstante, el mismo avance de la tecnología abarató sustancialmente el acceso a los elementos necesarios para brindar esta clase de servicios, lo cual ha sido demostrado con la gran concurrencia de actores en los distintos países, con la apertura del mercado de telecomunicaciones a la libre competencia. Cabe resaltar además, la capacidad de las redes actuales de telecomunicaciones, que son aptas para soportar la prestación de toda clase de servicios de manera continúa y sin interferencia entre ellos, lo cual sin duda, abarata significativamente los costos de acceso.

Finalmente, y como otro beneficio, los citados autores han indicado que “los monopolios naturales, donde es más eficiente que haya sólo un productor.”¹⁶¹ Así, para Miranda y Gutiérrez la eficiencia se produce cuando una sola empresa puede brindar un servicio con menores costos, que si en defecto lo hicieran dos o más empresas. Este aspecto fue ampliamente analizado, cuando referimos al régimen jurídico del monopolio.

En el caso específico de las telecomunicaciones, uno de los efectos positivos que tuvo el monopolio estatal, fue la penetración de estos servicios en los lugares mas alejados de los distintos países, o en aquellos lugares que económicamente no le eran rentables al privado. Como se dijo previamente, los Estados reconocieron la importancia de estos servicios para el desarrollo de la sociedad, por lo que concentraron sus esfuerzos y recursos, en un mayor despliegue de redes e infraestructura, a fin que todos sus ciudadanos puedan acceder a esta clase de servicios.

beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia, Revista Auctoritas Prudentium, (2009), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=504736>

¹⁶⁰ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*.

¹⁶¹ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*.

Del otro lado, y si bien las nacionalizaciones y posterior monopolización de los servicios por parte del Estado, tuvieron como efecto positivo el aumento de los niveles de penetración de los mismos en los distintos países, como señalaron Razo y Rojas; los mismos autores han puntualizado las deficiencias de este modelo de gestión, que se los puede resumir en los siguientes puntos:

Ineficiente asignación de recursos pues los objetivos sociales frecuentemente implicaban subsidios cruzados que distorsionaban el mercado. [...] Ineficiencia productiva. La combinación de falta de presión competitiva y la búsqueda de múltiples objetivos resultó frecuentemente en precios que tenían poca relación con el costo de provisión del servicio y, por lo tanto, en pocos incentivos para reducir costos y mantenerlos bajos. Costos de equipo dos o tres veces más elevados que en los países desarrollados. Ineficiencia dinámica. Las decisiones referentes a la calidad del servicio o las inversiones en nuevas tecnologías eran usualmente decididas por políticas públicas. Deficiente calidad del servicio.¹⁶²

Los problemas de este modelo de gestión, que han planteado los autores, responden justamente al establecimiento de la exclusividad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones; así, la ausencia de competencia tiene como efecto que, el único proveedor no busque reducir sus costos y por ende el precio de su oferta, ni tampoco la actualización de sus redes e infraestructura que permita el acceso a mejores servicios, así como tampoco responda y estimule la evolución tecnológica del sector.

En este mismo sentido, se han pronunciado los autores Juan José Montero Pascual y Luis Souto Soubrier, quienes han señalado:

Los monopolios nacionales mostraron su incapacidad para adaptarse a este nuevo marco. Por una parte, las nuevas tecnologías exigen grandes mercados donde amortizar los crecientes gastos [...] por lo que los mercados nacionales resultan insuficientes. Por otra parte, de un servicio único y estándar como el teléfono se ha pasado a una multitud de servicios y medios de transmisión, que responden a necesidades muy particulares. En este entorno, se ha considerado que el monopolio no está capacitado para realizar las opciones tecnológicas, de servicios y medios de transmisión, sin retrasar la introducción de nuevas tecnologías. Por el contrario, las personas y empresas demandantes de estas nuevas prestaciones se encuentran en mejor posición para, de acuerdo con los mecanismos del mercado, decidir que tecnologías se adaptan a sus necesidades.¹⁶³

¹⁶² Razo y Rojas, *Del monopolio de Estado a la convergencia tecnológica: evolución y retos de la regulación de telecomunicaciones en América Latina*, 10-11.

¹⁶³ Juan José Montero y Luis Souto, "Telecomunicaciones y Derecho de la Competencia. De la desmonopolización a la competencia efectiva", en Javier Cremades, coordinador, *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, (Madrid: La Ley, 1999), 392.

Además de los problemas que se encuentran puntualizados en las citas transcritas, se debe agregar que en el modelo de monopolio estatal, la regulación y control del sector era mínima por no decir inexistente; pues, significaba que la Administración controle y sancione sus propias actuaciones, lo cual resultaba poco probable. En consecuencia, los principales afectados eran los consumidores, que no tenían a quien recurrir por la deficiente prestación de estos servicios.

Todos estos inconvenientes tuvieron como resultado, que la mayoría de países obtén por la apertura del mercado de las telecomunicaciones, permitiendo el acceso al mismo a los particulares, pasando del Estado prestador a un Estado regulador del sector. A continuación se realizará un análisis más detallado del modelo de gestión en libre competencia.

2.2.2 Gestión en libre competencia

Con la apertura del mercado de las telecomunicaciones, los Estados cedieron su exclusividad en la gestión de estos servicios a favor de la iniciativa privada, reservándose únicamente la regulación y control de este mercado, a fin de garantizar una competencia efectiva, así como la calidad de los servicios prestados. En este sentido se han pronunciado Montero y Souto, al indicar:

La desmonopolización ha supuesto el dismantelamiento del principal mecanismo de funcionamiento del sector (intervención pública a través del monopolista), con el fin de sustituirlo por las leyes de oferta y demanda del mercado. Si no se desarrolla una competencia efectiva, esos mecanismos no funcionarán, y el monopolio público será sustituido por un monopolio privado incontrolado.¹⁶⁴

Para los autores citados, la importancia de una efectiva competencia en el mercado de las telecomunicaciones permite que el mismo se desarrolle, alcanzando de esta manera la satisfacción de la demanda; así han señalado:

La aplicación del Derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones alcanza incluso mayor importancia tras la desmonopolización. Las normas de la competencia tienen la nueva misión de fomentar el desarrollo del mercado hasta alcanzar un régimen de competencia efectiva en el mismo. Es decir, un mercado con libertad de entrada, en el que un número significativo de empresas compiten, de

¹⁶⁴ Montero y Souto, “Telecomunicaciones y Derecho de la Competencia. De la desmonopolización a la competencia efectiva”, 394.

acuerdo con las leyes del mercado y en igualdad de condiciones, por satisfacer la demanda.¹⁶⁵

En el mismo sentido se han pronunciado Razo y Rojas, para quienes “la transición de un monopolio estatal a una estructura de mercado competitiva, la regulación y la promoción de la competencia eran necesarios para evitar abusos del poder de mercado, crear un clima favorable a la inversión y asegurar que las mejores en eficiencia fueran transferidas a los consumidores bajo la forma de más y mejores productos a menores precios.”¹⁶⁶ Como se puede observar, el objetivo final de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, era obtener mayores beneficios para los destinatarios de estos servicios, como son precios accesibles, mayor penetración en las distintas zonas geográficas que permitan reducir la brecha digital existente y acceso a las mejores tecnologías disponibles. Pero además, correspondía al Estado garantizar que la liberalización del sector, no signifique únicamente el paso de un monopolio estatal a un monopolio privado, razón por la cual, los Estados estaban obligados, vía regulación, a establecer los mecanismos adecuados que promuevan una efectiva competencia en el mercado.

Con relación, se debe agregar que, los Estados utilizaron diferentes fórmulas a fin alcanzar una efectiva competencia dentro del sector, en algunos casos se privatizaron las empresas estatales que prestaban el servicio, escindiendo la misma entre varios operadores, o en su defecto, mediante una regulación asimétrica, que presentaba ventajas competitivas al operador entrante versus el establecido.

En el caso de Ecuador, en el año de 1995 se transformó la estatal, que prestaba en exclusiva los servicios de telefonía fija, en una sociedad anónima, para posteriormente en el año 1997, escindir la misma en dos compañías: Andinatel S.A. y Pacifictel S.A.; el objetivo final era la venta de las mismas a privados, lo cual no llegó a suceder. Pero, el verdadero hito en la apertura del mercado de telecomunicaciones en el Ecuador, se dio con la publicación de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, en el año 2000, por cuanto la misma, sustituyó el Capítulo VII de la Ley Especial de Telecomunicaciones, estableciendo el régimen de libre competencia para todos los servicios de telecomunicaciones.

¹⁶⁵ Montero y Souto, “Telecomunicaciones y Derecho de la Competencia. De la desmonopolización a la competencia efectiva”, 394.

¹⁶⁶ Razo y Rojas, *Del monopolio de Estado a la convergencia tecnológica: evolución y retos de la regulación de telecomunicaciones en América Latina*, 12.

Por otra parte, es importante destacar que este modelo de gestión, si bien presenta varias ventajas como las expuestas, no está ajeno a los inconvenientes; así, se debe señalar como el principal, la falta de penetración de los servicios en zonas que económicamente no son rentables, pues el operador privado busca obtener los mayores réditos posibles, sin tener en cuenta la demanda social de la universalización de los servicios. Es por esto que, es necesario que el Estado cumpla su papel de regulador del mercado, estableciendo obligaciones de carácter social a los operadores, como por ejemplo las llamadas gratuitas a números de emergencia o el aporte de un porcentaje de facturación para la implementación de infraestructura en zonas de difícil acceso y alcance.

La experiencia del sector ha determinado que el mismo ha logrado sus mayores avances tecnológicos, en un mercado de libre acceso; así mismo, una efectiva competencia ha permitido reducir los precios de los distintos servicios, haciéndolos más accesibles a la mayoría de ciudadanos.

No obstante, en el Ecuador, con la promulgación de la Constitución del 2008, se ha planteado una nueva etapa en la historia del sector de las telecomunicaciones, el restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de estos servicios, lo cual plantea cuestionamientos respecto a si se repetirán las problemáticas suscitadas en la primera etapa del monopolio estatal; por lo que, a continuación se analizará el origen, fundamento y consecuencias jurídicas de este cambio de paradigma en la gestión de los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador.

Capítulo tercero

La prestación de servicios de telecomunicaciones en el Ecuador

Posterior al análisis doctrinario de las principales instituciones jurídicas, que sustentan el presente estudio, como son el monopolio, los servicios y bienes públicos, es preciso iniciar el examen de los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador, centrándonos principalmente en los servicios de telefonía fija y móvil. En el presente capítulo se realizará un breve recuento histórico del régimen jurídico en la prestación de estos servicios en el Ecuador y su evolución; para ulteriormente analizar el restablecimiento del monopolio estatal, a raíz de la promulgación de la Constitución del 2008, enfatizando en sus implicaciones y consecuencias jurídicas.

Finalmente, y con los elementos de juicio correspondientes, se dará respuesta a la pregunta central de esta investigación: ¿Cuáles fueron las causas que motivaron el restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones y cuáles son los efectos jurídicos de este nuevo paradigma?

3.1 Reseña histórica de las telecomunicaciones en el Ecuador

Conforme quedó dicho, y a fin de entender las causas que motivó al constituyente ecuatoriano al restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones, se empezará por establecer un contexto histórico del país, previo a al proceso constituyente del 2008; así como, realizar un breve recuento de los principales hitos históricos del sector de las telecomunicaciones en el país. Así, se debe destacar como el primer antecedente, al mensaje telegráfico transmitido el 9 de Julio de 1884, entre las ciudades de Quito y Guayaquil. Como recuerdo de esta fecha, el 9 de julio se celebra el día de las telecomunicaciones en el Ecuador. Se debe indicar, que este hito fue precedido por la firma del primer convenio de explotación de servicios internacionales de telegrafía, suscrito entre el gobierno ecuatoriano y la compañía norteamericana South American Cable and Telegraph Company, en el año de 1871, a fin que esta última provea el servicio de telegrafía internacional. Como es de entender, la prestación de este servicio se realizaba en un régimen de exclusividad, por parte del único prestador autorizado.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Javier Gomezjurado Zevallos y otros, *Historia de las telecomunicaciones en el Ecuador*, (Quito: Academia Nacional de Historia, 2014), 66-8.

El segundo antecedente importante, aparece a inicios de los cuarenta, cuando se crea el organismo estatal denominado Radio Internacional del Ecuador, el cual era el encargado de operar los servicios internacionales de telefonía y telegrafía; es decir, es el primer registro de la intervención pública en la prestación de servicios de telecomunicaciones en el país.¹⁶⁸

Es importante señalar que el antecedente a este cambio en la titularidad del servicio de telecomunicaciones, es la promulgación de la Constitución de 1945, la cual daba paso al denominado Estado de Bienestar en el país; que, como se revisó en el primer capítulo del presente trabajo, modificaba el rol del Estado frente a la economía, llegando a intervenir directamente en ella, no solo como regulador sino como un actor más. Al respecto, Jaramillo señala que: “La Constitución de 1945 estableció que el Estado, cuando lo exigieren los intereses económicos del país, podía nacionalizar, previa expropiación legal, a las empresas privadas que prestaban servicios públicos y posteriormente reglamentar su administración.”¹⁶⁹ En este caso particular, el Estado nacionalizó los servicios de telecomunicaciones, reservándose en exclusiva su gestión.

Posteriormente, en los años sesenta, en el país se empiezan a seguir las políticas económicas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), las mismas que buscaban fortalecer a las empresas públicas, a fin que las mismas puedan garantizar el abastecimiento de productos al país. Este nuevo modelo fue conocido como el desarrollismo, respecto del cual, Jaramillo ha indicado que “no únicamente promovió, estimuló y desarrolló la industria nacional privada, sino dio paso a un capitalismo de Estado caracterizado por el hecho de que la Administración empezó actuar como un capitalista más. A través de las empresas públicas (...) empezó a producir bienes y servicios compitiendo en los mercados nacionales e internacionales con toda suerte de empresas privadas.”¹⁷⁰ Es importante recordar que durante los años sesenta y setenta, el Ecuador vivió una dictadura militar, que profundizó la intervención del Estado como empresario.

Es así, que en el año de 1963, se crea la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL)¹⁷¹; y, en 1970, la empresa norteamericana All American

¹⁶⁸ Carlos Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, Tercera edición, (Quito: Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, 2014), 34.

¹⁶⁹ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 30.

¹⁷⁰ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 31.

¹⁷¹ Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, 38.

& Cables fue nacionalizada y se le cambio su nombre a Cables y Radios del Estado.¹⁷² Dos años después, se crea el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones (IETEL), entidad encargada de integrar en un solo organismo a todo el sector de las telecomunicaciones en el país.¹⁷³ Como se puede observar, durante los años 70, 80 e incluso inicios de los 90, primó el monopolio estatal en la gestión de las telecomunicaciones en el país.

Durante los años 1974 y 1975 se produjo una crisis económica mundial, lo que puso en entredicho a las teorías keynesianas.¹⁷⁴ “La respuesta a esta crisis fue un proceso –liderado por corrientes liberales, entre ellos la escuela de Chicago-, hacia la disminución de la intervención del Estado en la economía, dejando al mercado el proceso de creación y asignación de los recursos de la sociedad.”¹⁷⁵

La crisis del denominado Estado de Bienestar, generó que se busquen alternativas para salir de la misma, estableciendo políticas económicas diametralmente opuestas a aquel, lo cual fue recogido en el denominado Consenso de Washington, que en esencia consiste en:

El consenso que consistió en una serie de recomendaciones a los países de América Latina golpeados por la crisis de la deuda externa en los años ochenta, buscaba incrementar la eficiencia de las economías de la región por medio de la disciplina en la política macroeconómica, liberalización financiera, cambiaria y comercial, privatizaciones, desregulación de la economía y la promoción de la inversión extranjera directa.¹⁷⁶

La crisis económica referida, se hace más visible en el Ecuador a inicios de los años ochenta. Ante lo cual, durante los gobiernos “afines a las ideas neoliberales se puso en duda el papel empresarial del Estado, de su capacidad para administrar con eficiencia y honestidad las empresas públicas y de su aptitud para operar la prestación de servicios públicos con calidad.”¹⁷⁷ Estas nuevas ideas, tenían como hilo conductor el reducir la intervención del Estado en la economía, en especial su participación como un

¹⁷² Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, 41.

¹⁷³ Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, 51.

¹⁷⁴ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, 328.

¹⁷⁵ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, 329.

¹⁷⁶ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, 315.

¹⁷⁷ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 34.

actor más del mercado, por medio de la privatización de las empresas estatales. Esta tendencia se justificaba en:

La presencia de empresas públicas ineficientes, altamente costosas para el erario público, sindicatos inescrupulosos dedicados a incrementar las cargas económicas y sociales a través de contratos colectivos, insensibles frente a la situación real de dichas empresas; administraciones sin un mayor conocimiento sobre la gerencia de empresas; cargos gerenciales administrados bajo criterios clientelares, políticos y partidistas.¹⁷⁸

En este contexto, en el año de 1992, la vida de IETEL llegaría a su fin, cuando es reemplazada por la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL), única entidad estatal a cargo de prestar servicios de telecomunicaciones en el Ecuador.¹⁷⁹ En el año 1993, se publicó la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, la cual prevé la transferencia de la prestación de ciertos servicios públicos, incluyendo a los servicios de Telecomunicaciones, al sector privado. Sin duda, que esta norma constituye el primer antecedente de la apertura del mercado de telecomunicaciones en el Ecuador. Del mismo modo, y como consecuencia de la publicación de esta Ley, durante los años de 1993 y 1994, ingresaron al mercado de las telecomunicaciones del Ecuador, dos empresas privadas de telefonía celular.¹⁸⁰

Con posterioridad, con la promulgación de la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones en 1995, se transforma EMETEL en sociedad anónima; para dos años después, escindirse en dos compañías: Andinatel S.A. y Pacifictel S.A. En este punto se debe resaltar, que la Ley Reformatoria estableció un régimen de exclusividad temporal y regulada, dentro de la región concesionada, a favor de EMETEL S.A. o las compañías resultantes de su escisión. Esta transformación y posterior escisión tenía como objetivo, la venta a la iniciativa privada, del 35% del paquete accionario de las compañías resultantes; esto, como parte del proceso de liberalización del mercado de telecomunicaciones.¹⁸¹

Este cambio de modelo de Estado que se produjo en el Ecuador, “puso énfasis en la desregulación, privatización, concesión y delegación al sector privado de algunas competencias y servicios públicos, desconcentración y descentralización administrativa,

¹⁷⁸ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 46-7.

¹⁷⁹ Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, 67.

¹⁸⁰ Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, 91.

¹⁸¹ Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, 72-3.

encuentra un momento culminante con la aprobación y expedición de la Constitución Política de la República de 1998.”¹⁸² Esta Constitución preveía que los servicios públicos “podían ser provistos directamente por el Estado o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión.”¹⁸³ Es importante tener presente este punto, pues es con la modificación de esta Constitución, que se restablece el monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Con posterioridad, en el año 2000, se publica la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, la cual sustituyó el Capítulo VII de la Ley Especial de Telecomunicaciones, consagrando el régimen de libre competencia para todos los servicios de telecomunicaciones en el país. Así, el artículo 38 de la Ley Especial de Telecomunicaciones disponía:

Art. 38.- Régimen de libre competencia.- Todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios prácticos restrictivos o de abuso de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional, y promoviendo la eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, en uso de sus facultades, expedirá en un plazo no mayor de 180 días, contados a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el reglamento que se aplicará para otorgar las concesiones de los servicios de telecomunicaciones que se brindarán en régimen de libre competencia, como consecuencia de la aplicación de la presente Ley. Dicho reglamento deberá contener las disposiciones necesarias para la creación de un Fondo para el desarrollo de las telecomunicaciones en las áreas rurales y urbano - marginales, el cual será financiado por las empresas operadoras de telecomunicaciones, con aportes que se determinen en función de sus ingresos.

Se reconoce a favor de la I. Municipalidad del cantón Cuenca, provincia del Azuay la titularidad del servicio público de telecomunicaciones, para operar en conexión con el resto del país y el extranjero, pudiendo prestar, servicios en forma directa o a través de concesiones.¹⁸⁴

En este sentido, con la promulgación de esta reforma legal, se elimina el monopolio estatal existente hasta ese entonces, y se establece un mercado de libre competencia, en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. No obstante, es de destacar el último inciso del artículo citado, por medio del cual se reconocía a favor de la Municipalidad de Cuenca, la titularidad del servicio público de telecomunicaciones. Esta disposición hizo que la Municipalidad de Cuenca, pese de

¹⁸² Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 38.

¹⁸³ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 39.

¹⁸⁴ Ecuador, *Ley para la transformación económica del Ecuador*, en Registro Oficial, Suplemento, 34 (13 de marzo de 2000), art. 58.

haberse establecido la libre competencia al mercado de las telecomunicaciones en el país, monoplice en dicho cantón la gestión de estos servicios.

Del mismo modo se debe destacar, que durante el período que duró la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones en el país, esto es, desde el 2000 hasta el 2008, los usuarios de telefonía fija pasaron de 1.320.776 a 1.888.467, con una participación de Andinatel con el 53% del mercado, Pacifictel con el 38%, Etapa con el 7% y otros con el 2%.¹⁸⁵

Por otro lado, en el caso de las operadoras celulares CONECEL S.A. y OTECEL S.A., sus contratos de concesión suscritos en el año de 1993, esto es previo la apertura del mercado de las telecomunicaciones, fueron adecuados a la reforma normativa citada; y, en el año 2003, obtiene el título habilitante para brindar el servicio móvil avanzado la empresa TELECSA S.A. (Alegro PCS), cuyos accionistas eran Andinatel S.A. y Pacifictel S.A.¹⁸⁶

El modelo neoliberal que buscaba la privatización de los servicios públicos en el Ecuador, no tuvo éxito, pues como indica Jaramillo, “desde 1993 hasta el 2007 se impulsaron algunos procesos de desinversión y traspaso al sector privado, muchos de los cuales fueron frustrados entre otros factores por su falta de credibilidad, falta de transparencia y falta de un serio interés por parte de los inversionistas nacionales o extranjeros.”¹⁸⁷ Una muestra de lo dicho, lo encontramos en el sector de las telecomunicaciones, donde la venta del 35% del paquete accionario de las empresas estatales fracasó.

Ante la falta de inversión y la consecuente crisis económica y social, se empiezan a buscar alternativas a los modelos neoliberales. La crisis económica pronto derivó en una crisis política, lo que fue terreno fértil, para que se haya “inclinado la balanza en algunos países de la Suramérica a favor de gobiernos de izquierda que han prometido tomar un camino diferente al señalado por el llamado Consenso de Washington (...) muchas reformas de carácter liberal han sido contrarrestadas con políticas propias de un Estado intervencionista.”¹⁸⁸

Uno de estos casos fue el Ecuador, que en el año 2007 triunfa el proyecto político autodenominado de la “Revolución Ciudadana”, asumiendo la presidencia el

¹⁸⁵ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 85.

¹⁸⁶ Usbeck Wandemberg, *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, 94.

¹⁸⁷ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 44.

¹⁸⁸ Miranda y Gutiérrez, *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, 330-1.

economista Rafael Correa Delgado. Las posturas de Correa, que le llevaron a la presidencia, se basaban en la crítica a las tesis neoliberales, en especial a la privatización de los servicios públicos y la liberalización de la economía. Esta nueva corriente política propugna:

Recuperar el rol regulador e interventor de la Administración en la Economía, se resalta la importancia de que el Estado reasuma la inversión pública en la ejecución de proyectos de infraestructura (...) se decide recuperar el rol empresarial tanto para el manejo y explotación de ciertas áreas estratégicas de la economía, como para la industrialización y comercialización de ciertos bienes y la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios.¹⁸⁹

Bajo este nuevo escenario, en octubre del 2008, se fusionan la compañías Andinatel S.A. y Pacifictel S.A., creando la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A., cuyo único accionista era el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.¹⁹⁰ Con relación a la creación de CNT, Sánchez Segovia ha indicado que:

Con la creación de la CNT, los monopolios regionales que mantenían las empresas de derecho privado pero de propiedad estatal, ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., pasan a formar un monopolio nacional público que incidirá directamente en el mercado de la telefonía fija en el Ecuador ya que la fijación de las tarifas de los servicios continuará determinándose por un criterio político antes que por el libre juego de la oferta y demanda en el mercado.¹⁹¹

Conforme se puede colegir de lo expuesto por Sánchez Segovia, el Estado dejaba de lado, la idea de privatizar a las empresas públicas de telecomunicaciones, y por el contrario, buscaba una mayor incidencia en este mercado.

Esta nueva tendencia se refleja con la promulgación de la Constitución del 2008, la misma que fue redactada en su mayoría por partidarios del movimiento político del presidente Correa. En este mismo sentido, Jaramillo ha indicado: “Con relación al régimen de planificación y al régimen de desarrollo económico, esta Constitución puede ser calificada como publicista, pues recupera el rol económico del Estado, dispone la creación de empresas públicas y reasume el principio de exclusividad del Estado para la explotación económica de las áreas económicas definidas como estratégicas.”¹⁹²

¹⁸⁹ Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 49.

¹⁹⁰ Gómez Jurado Zevallos y otros, *Historia de las telecomunicaciones en el Ecuador*, 125.

¹⁹¹ Sánchez Segovia, “Impactos de la liberalización del mercado de telefonía fija en Ecuador”, 19.

¹⁹² Jaramillo Villa, “Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador”, 56-7.

Refiriéndonos nuevamente a los servicios de telecomunicaciones, se debe mencionar que mediante Decreto Ejecutivo No. 218, publicado en el Registro Oficial 122 de 3 de febrero de 2010, se crea la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, la cual subrogaba en los derechos y obligaciones a CNT S.A., que fue extinguida por disposición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Decreto citado.

Finalmente, se debe indicar que el marco normativo que garantizaba la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones tuvo vigencia hasta la promulgación de la Constitución del 2008, la cual cambió el paradigma en la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador, conforme se analizará a continuación.

3.2 El cambio de paradigma en la Constitución del 2008

Con la finalidad de comprender lo que significa este cambio de paradigma que surgió en el Ecuador a raíz de la publicación de la Constitución del 2008, es preciso iniciar citando la disposición constitucional que establecía el régimen de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones en el país. Así, la Constitución publicada en agosto de 1998, en su artículo 249 señalaba: “Art. 249.- Será responsabilidad del Estado la provisión de *servicios públicos* de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, *telecomunicaciones*, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. *Podrá prestarlos directamente 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 ley.”¹⁹³ (El énfasis es mío).

De la norma constitucional transcrita se debe desglosar varios puntos de interés, el primero referente a la calificación como servicio público de las telecomunicaciones, es decir la publicación de esta prestación; en segundo lugar, se reconoce la titularidad del Estado sobre este servicio, al establecer que es responsabilidad de la Administración Pública su provisión, pero, y como punto final, se prevé la posibilidad de delegar su gestión a la iniciativa privada. Es decir, si bien la titularidad de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Ecuador correspondía al Estado, su gestión no se encontraba restringida al público, por el contrario, se preveía mecanismos de delegación al particular.

Del mismo modo, y desarrollando la disposición constitucional citada, la reforma a la Ley Especial de Telecomunicaciones realizada en el año 2000, establecía que todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia.

En este sentido, queda claro que mientras se encontraba vigente la Constitución de 1998, existía en el país, la libre concurrencia de actores al mercado de las telecomunicaciones.

Este panorama cambia con la promulgación de la Constitución del 2008, la cual restablece el monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones, cuyo análisis es el objeto del presente estudio. Como ya se estableció en el segundo capítulo, el artículo 314 de la Constitución vigente, establece que las

¹⁹³ *Constitución de la República del Ecuador* [1998], Título XII, “Del sistema económico”, art. 249, en Registro Oficial No. 1 (11 de agosto de 1998).

telecomunicaciones son servicio público; es decir, no se diferencia de la disposición constitucional anterior. Del mismo modo, el artículo referido establece que será responsabilidad del Estado la provisión de los servicios públicos, es decir, al igual que la norma previa, se reconoce su titularidad a favor de la Administración Pública. Hasta este punto, queda claro que no existe variación de lo dispuesto en la Constitución de 1998.

El cambio se da, cuando la nueva Constitución categoriza a las telecomunicaciones como sector estratégico, conforme se establece en su artículo 313, disponiendo que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar las mismas. En el mismo sentido, el artículo 316 de la Constitución señala:

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, *de forma excepcional*, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.¹⁹⁴ (El énfasis es mío)

De este modo, a diferencia de lo que disponía la Constitución de 1998, que facultaba la delegación de la gestión de los servicios públicos a empresas privadas, la actual Constitución estipula que esta delegación a la iniciativa privada, solo puede darse de manera excepcional. En este sentido, y partiendo de las normas constitucionales transcritas, cabe hablar de un restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones, por cuanto, el Estado se ha reservado su gestión y solo se prevé su delegación de manera excepcional. El alcance de este régimen especial de delegación señalado, ha sido referido en la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional para el período de transición, la cual será analizada más adelante.

En este punto es importante analizar y tratar de entender, las causas que motivaron a los asambleístas constituyentes ecuatorianos, para restablecer el monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones, conforme constan en las disposiciones constitucionales citadas. Así, es preciso empezar indicando que el articulado referido, fue tratado por la mesa constituyente No. 7, conocida como “*Del régimen de desarrollo*”, la misma que estaba integrada por los asambleístas Pedro Morales, quién la presidía, Ricardo Zambrano, Norman Wray, Germánico Pinto, Galo

¹⁹⁴ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], capítulo quinto, “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, art. 316, en Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).

Borja, Jaime Ruiz, Beatriz Tola, María Isabel Segovia, Alberto Acosta, Gilmar Gutiérrez, Martha Roldós, Pablo Lucio Paredes y Julián García.

El informe de mayoría presentado por la mesa 7, referente a los textos constitucionales sobre soberanía económica, política cambiaria, crediticia y financiera, política comercial, sistema financiero; y, de los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas, fue conocido por el Pleno de la Asamblea Constituyente, en su sesión 56, de 31 de mayo de 2008. En el informe señalado, en la parte relativa a los sectores estratégicos y servicios públicos, se establece:

Como último cambio dentro de esta sección se recupera la noción del sector estratégico bajo control exclusivo del Estado para aquellas áreas prioritarias en el desarrollo del país. Si bien no todas estas áreas estarán bajo la gestión exclusiva del Estado, éste se reserva el derecho de hacerlo. Así mismo, se establece la responsabilidad del Estado de proveer servicios públicos esenciales para la reproducción material y social de la población. Se ha establecido que el agua, su gestión y todos aquellos servicios que se definan en la ley, no serán susceptibles de privatización.¹⁹⁵

Del texto citado se puede colegir que la idea de crear el concepto de sector estratégico, era el de distinguir ciertas prestaciones, por su trascendencia en el desarrollo del país, de otras cuya prestación, en principio, podían ser delegadas a la iniciativa privada. Inclusive, se pone como un ejemplo de estas prestaciones esenciales al agua, indicando que dicho servicio no será susceptible de privatización. De esta manera, el artículo propuesto para primer debate establecía:

Artículo 32.- Son considerados sectores estratégicos y de control exclusivo del Estado la energía, las telecomunicaciones [...] el espectro electromagnético, espacio radioeléctrico y el agua, y los demás que por su trascendencia y magnitud, tengan decisoria influencia económica, social, política o ambiental y sea necesario orientarlos hacia el interés social, según defina la ley. El Estado se reserva el derecho a gestionar, administrar, comercializar y controlar los sectores estratégicos aplicando principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.¹⁹⁶

El debate en el Pleno de la Asamblea se centró en un noventa por ciento en los textos referentes al sistema financiero, soberanía económica y política cambiaria, crediticia y financiera. El diez por ciento restante se trató el tema de los sectores estratégicos, siendo el agua el principal tópico de debate. No obstante, conviene citar las principales posturas realizadas por los asambleístas constituyentes, en relación a la

¹⁹⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Acta 056, 31 de mayo de 2008, 8.

¹⁹⁶ Asamblea Nacional Constituyente, Acta 056, 31 de mayo de 2008, 10.

materia del presente estudio. Así, el presidente de la mesa 7, Pedro Morales, indicó que: “En los sectores estratégicos queremos que sea responsabilidad del Estado, para de esa manera tampoco ir hacia falsas interpretaciones. Los servicios públicos deberán ser prestados bajo control de la regulación del Estado, para responder con principios de eficiencia, de responsabilidad y con precios, sobre todo, equitativos.”¹⁹⁷ De lo expuesto por el asambleísta Morales se puede desprender la intención de distinguir a los sectores estratégicos de los servicios públicos, siendo los primeros de exclusiva responsabilidad del Estado, en tanto que en los segundos, su prestación podría ser delegada, pero bajo el control y regulación de la Administración Pública.

En contraposición, el asambleísta Pablo Lucio Paredes, en relación a los sectores estratégicos, señaló: “me parece fundamental dejar abiertas las opciones de participación pública y privada en todas las actividades. No creo que podemos decir en tal o cual actividad no puede haber esa participación y cerrar la puerta.”¹⁹⁸ La postura del asambleísta Paredes parte de un reconocimiento de la titularidad del Estado en los sectores estratégicos, pero sin que la misma signifique la monopolización de su gestión a favor de este, por el contrario, solicitó no limitar la intervención de la iniciativa privada en ninguna de estas prestaciones.

Por su parte, la asambleísta Sofía Espín expuso:

¿Por qué un servicio debe ser público? Para mí, debe ser público este servicio cuando es fundamental, cuando es básico para el desarrollo humano, para el desarrollo de la sociedad; cuando es básico para progresar, para crecer. En ese momento debe ser público. ¿Qué pasa si un servicio público es privatizado? Estaríamos violentando un derecho humano. [...] ¿el tema de las telecomunicaciones no debe ser un servicio público? Creo que eso también es un derecho fundamental y, como está planteado en los textos del articulado, habría la posibilidad de que no sean enteramente públicos, de que entre ahí una mano privada que quiera privatizar [...] lo mínimo que yo creo que debería asumir la Mesa siete es que, si en el tema de la energía eléctrica, las telecomunicaciones vamos a ir a servicios mixtos, a empresas mixtas, el Estado ecuatoriano debe garantizarse la mayoría accionaria de las empresas, de las empresas que vamos a tener mixtas. No podemos delegar totalmente porque estaríamos vulnerando derechos fundamentales.¹⁹⁹

Para la asambleísta Espín, todos los servicios públicos deben ser gestionados directamente por el Estado, esto en razón de su trascendencia dentro de la sociedad; pues, a su criterio, delegar la prestación de estos servicios al sector privado, constituye

¹⁹⁷ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 056*, 31 de mayo de 2008, 17.

¹⁹⁸ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 056*, 31 de mayo de 2008, 30.

¹⁹⁹ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 056*, 31 de mayo de 2008, 35-6.

una violación a los derechos humanos. Es decir, la asambleísta considera que el Estado únicamente puede garantizar la prestación de un servicio público, por medio de su gestión directa, desvirtuando la posibilidad que lo haga un particular bajo la regulación y control de la Administración. Del mismo modo, se debe resaltar que dentro de la ponencia de la asambleísta Espín, señaló que la concesión es privatización, por lo cual emplaza a la mesa a no solo prohibir la privatización del agua, sino también las concesiones y delegaciones a terceros.

De su lado, la asambleísta Beatriz Tola refirió: “Hemos vivido durante la larga noche neoliberal un proceso claro y nítido de desinversión en los sectores estratégicos en el país. [...] el otro elemento fundamental, que está planteado en el texto que estamos proponiendo, es recuperar la soberanía del Estado sobre esos sectores que han sido dilapidados, pero sobre todo entregados al manejo de las transnacionales.”²⁰⁰ Más allá de la carga ideológica política de la postura de la asambleísta Tola, se puede discurrir una idea basada en lo que se denominó como el proceso de huida y de recuperación del derecho administrativo; en tanto que, para la asambleísta, la gestión directa de los servicios públicos por parte de la Administración Pública está atada al rescate de la soberanía del Estado. Esta postura, no concuerda con la explicación realizada en el primer capítulo, cuando abordé la titularidad del Estado respecto a los servicios públicos, indistintamente de quien realice su prestación.

Por su parte, el asambleísta Roberto Córdova indicaba que: “Si el Estado va a ser el prestador de los servicios públicos, no basta enunciar como sectores estratégicos. Me parece ahí hay que hacer una mejor redacción de los dos elementos. Los servicios públicos, esos que son potestad exclusiva del Estado su manejo, porque son, justamente, estratégicos, tienen que quedar claros.”²⁰¹ En esta exposición, también se solicita distinguir a los “servicios públicos estratégicos”, del resto de servicios públicos, pues, se dice que la exclusividad de gestión del Estado, debe existir en relación a los primeros.

Por otro lado, y en relación a los recursos no renovables, como el espectro radioeléctrico, que en el texto propuesto también se lo cataloga como sector estratégico, el asambleísta Carlos Medina indicó que:

²⁰⁰ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 056*, 31 de mayo de 2008, 70.

²⁰¹ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 056*, 31 de mayo de 2008, 99.

Queremos señalar que la explotación de los recursos no renovables son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado. Es decir, nosotros no vamos a permitir que siga la voracidad de las transnacionales. [...] proponemos y el MPD propone entonces, que estos recursos de propiedad del Estado, deben seguir manteniéndose controlados por el Estado, y que la explotación de los recursos naturales se los realice a través de las empresas públicas y comunitarias.²⁰²

La postura del asambleísta Medina es similar a las ya citadas, en el sentido que los recursos naturales, calificados como sectores estratégicos, deben ser exclusivamente explotados por el Estado, fundamentándose también, en un “rescate” de los mismos.

En contraposición, el asambleísta Rolando Panchana al referirse al espectro radioeléctrico, señaló:

Me ha llamado la atención también, el hecho de que se considere al espectro radioeléctrico como sector económico. Me pregunto, ¿el espectro radioeléctrico es un sector económico? Para mí, el espectro es un bien de dominio público, no un sector económico [...] la explotación de ese bien del Estado debe ser explotada por particulares también, de acuerdo a una delegación y la delegación, repito, es un tema absolutamente técnico, debe hacérsela en una ley específica.²⁰³

Es decir, el cuestionamiento del asambleísta Panchana parece basarse en el presupuesto de que todo lo que sea catalogado como sector estratégico, debe ser un sector económico, por lo cual aparta de esta categoría al espectro radioeléctrico, indicando además, que por esta razón, sería susceptible de concesión a favor de la iniciativa privada.

En resumen, de las posturas realizadas por los asambleístas en el Pleno, se puede concluir que ninguno tuvo la preocupación de establecer con claridad la definición y alcance de lo que son los sectores estratégicos en el país, sino únicamente cuestionaron que servicio o bien público debía ser enlistado dentro de esa categoría. No existió un debate respecto a la concepción jurídica de esta nueva clase de servicios y bienes públicos; por el contrario, se redujo su análisis a establecer que son aquellos trascendentales para el desarrollo del país. Del mismo modo, sin examinar las razones por las cuales determinados bienes y servicios públicos deben enumerarse de manera taxativa o ejemplificativa dentro de una misma categoría jurídica, únicamente existió preocupación respecto a la posibilidad de concesionar los primeros o delegar la gestión de los segundos a favor de la iniciativa privada.

²⁰² Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 056*, 31 de mayo de 2008, 34.

²⁰³ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 056*, 31 de mayo de 2008, 57-8.

Con posterioridad, en la sesión 69 del Pleno de la Asamblea Constituyente, realizada el 26 de junio de 2008, se conoció el informe de mayoría de la mesa número 7 para el segundo debate en el Pleno, de los textos referentes a soberanía y política económica, dentro de los cuales se incluía el articulado de los sectores estratégicos. Así, en la parte expositiva del mencionado informe se indica que la mayor parte de modificaciones introducidas en los textos eran de forma, a fin de aclarar los mismos. No obstante, y en la parte concerniente a sectores estratégicos indican que “se establece que la participación de empresas públicas, mixtas o de economía solidaria en los sectores estratégicos, se dará por delegación del Estado dentro de los límites y condiciones claramente establecidas. Solo por excepción y mediante ley, para cada sector se podrá delegar a empresas privadas participación en dichos sectores”.²⁰⁴

Del análisis de los textos presentados para los debates del Pleno de la Asamblea, se puede colegir que el texto relacionado a la delegación por excepción fue incluido en el articulado presentado para segundo debate, toda vez que, y conforme se puede observar en las intervenciones citadas de los asambleístas, la mayoría de ellos se inclinaba hacia dejar en claro la exclusividad a favor del Estado, en la gestión de los sectores estratégicos.

Por su parte, en la sesión 69 del Pleno de la Asamblea, el ponente de la mesa 7, asambleísta Germánico Pinto, indicó: “Los sectores estratégicos merecen una atención particular. Hemos planteado unos textos, en donde el Estado, efectivamente, garantiza para sí, el control exclusivo de estos sectores estratégicos, y creemos que toda esta visión se enmarca en un concepto de soberanía económica.”²⁰⁵ De lo expuesto por el ponente de la mesa que desarrolló el articulado de los sectores estratégicos, resulta interesante que se fundamente el régimen de exclusividad señalado, en la idea de soberanía económica. Al respecto se debe indicar, que el concepto de soberanía se refiere a la autodeterminación de los pueblos, pero cuando se añade al mismo la característica de económica, se entiende relacionada a la potestad de un Estado de establecer su política económica, de emitir su propia moneda, etc.; es decir, siempre relacionada al dinero. Cabe entonces cuestionarse, si la finalidad de establecer un monopolio estatal en la gestión de los sectores estratégicos tenía una finalidad social, o si por el contrario perseguía el lucro dentro de estas actividades.

²⁰⁴ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 069*, 26 de junio de 2008, 15.

²⁰⁵ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 069*, 26 de junio de 2008, 35.

De su lado, el asambleísta Alberto Acosta señaló: “Lo que hemos hecho es, rescatar la planificación, el control, la regulación, el manejo adecuado del Estado, para que esté al servicio de la sociedad, el manejo adecuado del Estado al servicio de la sociedad y que ayude a corregir los desbalances del mercado. [...] Ni Estado a ultranza ni mercado a ultranza; ni la propuesta estadocéntrica ni la propuesta mercadocéntrica.”²⁰⁶ Destaca de la postura de este asambleísta, que al referirse al rescate del Estado, únicamente señala al control y a la regulación y no a la gestión directa; así mismo, se desprende que no descarta la participación de la iniciativa privada.

Finalmente, la asambleísta Mónica Chuji expuso:

Y creo que lo que ha hecho el neoliberalismo es, justamente, aquello, poner a la sociedad o al Estado, como enemigo del Estado. Hay que decir también y resaltar, que los artículos que la Mesa Siete ha presentado, recuperan y tratan de recuperar el sentido de lo público. Nos han dado la idea, nos han metido en la cabeza, de que las empresas públicas, por definición son malas. Yo creo que es importante resaltar aquí, que lo público, las empresas públicas fueron desmanteladas por el sistema neoliberal.²⁰⁷

En la postura de la asambleísta Chuji se puede desprender su referencia a lo que ha sido llamado como huida del derecho administrativo, relacionada a la privatización de la actividad de la Administración. En este punto es importante preguntarse si la actividad administrativa se reduce a la gestión directa de los servicios públicos, dejando de lado la regulación y control de los mismos; pues, a criterio de la mayoría de asambleístas, la actual Constitución tenía como objetivo el “recuperar” lo público.

Como se puede observar de las distintas exposiciones citadas, tanto en el primer como en el segundo debate, no existe ninguna postura que haga alusión al concepto jurídico de los sectores estratégicos ni a su alcance, ni una motivación técnica respecto al por qué debe establecerse un régimen de exclusividad en la gestión de los mismos. Lastimosamente el debate se redujo a posiciones ideológicas políticas, que no permite siquiera evidenciar si los asambleístas tenían conocimiento de lo que estaban legislando; por ejemplo, algunos se referían al espectro radioeléctrico como sector económico, otros como bien de dominio público y otros como recurso natural no renovable, pero ninguno justifica las razones por las cuales debe ser considerado sector estratégico.

²⁰⁶ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 069*, 26 de junio de 2008, 42.

²⁰⁷ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta 069*, 26 de junio de 2008, 81-2.

Como queda dicho, el establecimiento del régimen de exclusividad en la gestión de los sectores estratégicos respondió más a un proyecto político, que a decisiones técnicamente adoptadas; por lo que, cabe citar lo expuesto por el Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, quien en la solicitud de interpretación constitucional del contenido de los artículos 313, 315 y 316, planteada ante la Corte Constitucional para el período de transición, deja notar la tendencia política que hay detrás del régimen de exclusividad otorgado a favor del Estado. Así, dentro de las razones expuestas dentro de la solicitud señalada, el Presidente indica que “durante la década de los noventa en que se inició la tendencia privatizadora del Estado, los servicios públicos cuya prestación era responsabilidad estatal (agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, etc.) podían ser prestados directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, sin dar prioridad a ninguno de estos actores. Es decir, daba exactamente igual si los servicios públicos eran prestados por el Estado o por el sector privado; por lo tanto, no existía preferencia alguna a favor de ninguno de ellos.”²⁰⁸

Es decir, para el Primer Mandatario ecuatoriano, esta libre concurrencia en la prestación de los servicios públicos, afectaba la titularidad que el Estado tenía sobre estos, siendo necesario que se priorice a la Administración Pública en su gestión.

Por otra parte, cabe cuestionarse si esta idea de restablecer el monopolio estatal en la gestión de los servicios públicos, busca replicar un sistema jurídico foráneo, o si se trata de un producto original de los constituyentes ecuatorianos. Al respecto, se debe mencionar al membrete, que los propios constituyentes, se encargaron de atribuirle a la nueva Norma Suprema del país, al decir que la misma seguía la nueva tendencia mundial, conocida como el *neoconstitucionalismo*.

En este sentido, es preciso iniciar con el análisis del modelo español, pues como lo señalan los autores Viciano y Martínez, una de las constituciones más representativas en lo referente al neoconstitucionalismo es la española de 1978, la cual ha influenciado en los procesos constitucionales de Latinoamérica.²⁰⁹

En la constitución española no se encuentra una referencia específica de los servicios de telecomunicaciones; no obstante, se debe indicar que en la misma se prevé

²⁰⁸ Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición, [Sentencia No. 001-12-SIC-CC en caso No. 008-10-IC], en Registro Oficial, Suplemento, No. 629, 30 de enero del 2012.

²⁰⁹ Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez, “Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, en Luis Fernando Ávila Linzán, editor, *Política, justicia y Constitución*, (Quito: CEDEC, 2011), 211.

la posibilidad de un monopolio estatal en la prestación de servicios que los denomina como *esenciales*: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”²¹⁰

Esta categoría de “servicios esenciales”, guarda cierta similitud con lo que en la Constitución ecuatoriana se denomina como “sectores estratégicos”, pues como se observa, son aquellas actividades cuya gestión se reserva con el carácter de exclusividad para la Administración Pública.

En lo referente a las telecomunicaciones, si bien no hay una mención específica en la Constitución española, se debe destacar al artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones de España, el cual establece que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Cabe destacar que esta disposición normativa, guarda concordancia con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Conforme se puede observar, si bien en la Constitución española se establece la posibilidad de reservar en régimen de exclusividad a favor del Estado, la gestión de los denominados *recursos o servicios esenciales*, lo cual guarda similitud con el tratamiento que da la Constitución ecuatoriana a los sectores estratégicos; en contraposición a la realidad ecuatoriana, en la Ley española se establece que los servicios de telecomunicaciones se realizarán en un régimen de competencia.

De otro lado, conviene también realizar un análisis del sistema jurídico venezolano, en razón que existen varias referencias que indican que el modelo ideológico político del actual gobierno ecuatoriano, replica a la franquicia venezolana, que fue establecida por el Presidente Hugo Chávez.

En lo que se refiere al régimen jurídico para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, la Constitución venezolana señala que el mismo es de competencia del Poder Público Nacional. Así, el artículo 156 dispone: “Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 28. El régimen del servicio de correo y de las

²¹⁰ *Constitución de España* [1978], Título VIII, “Economía y Hacienda”, art. 128, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético.²¹¹

De la norma transcrita no es posible determinar si la gestión de estos servicios corresponde de manera exclusiva al Estado, o si es factible la concesión de los mismos al sector privado. En el desarrollo normativo de la citada disposición constitucional, esto es en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establece que los servicios de telecomunicaciones son actividades de interés general, por lo cual, su gestión está abierta a la iniciativa privada:

ARTICULO 5.- El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. [...] Así mismo, por su condición de actividad de interés general el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones podrán someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la Constitución y la ley.²¹²

Como se puede observar, la prestación de servicios de telecomunicaciones en Venezuela, no está reservada al Estado, como en el caso ecuatoriano; por el contrario, se contempla la posibilidad que estos servicios sean brindados por la iniciativa privada. En este sentido, es importante señalar que la anterior Ley de Telecomunicaciones venezolana, esto es la del año 1940, establecía un régimen de exclusividad en la prestación de servicios de telecomunicaciones a favor del Estado, tal como acontecía en la mayoría de países del mundo; por lo que, es con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del 2000, que se da apertura al libre mercado y a la libre competencia en esta clase de servicios. Las telecomunicaciones pasaban de ser actividades económicas públicas, a una nueva categoría: actividades de interés general, lo cual permite su gestión del sector privado.

De esta forma, el cambio que se dio en la normativa venezolana, fue a la inversa que en el caso ecuatoriano, pues allá se liberalizó el mercado, lo cual como quedó dicho, fue una tendencia mundial.

²¹¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [1999], art. 156. http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo4.php#cap1

²¹² Venezuela, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, art. 5. http://www.ventanalegal.com/leyes/ley_organica_telecomunicaciones.html

Del mismo modo, se debe destacar que la denominación “actividades de interés general”, con la cual se categoriza a los servicios de telecomunicaciones en la legislación venezolana, guarda similitud con la legislación comunitaria europea; y, en ambos casos, se establece que estos servicios se prestaran bajo el régimen de libre competencia.

Conforme se puede observar, en ninguno de los dos países se establece un régimen de exclusividad a favor del Estado en la gestión de los servicios de telecomunicaciones. Ni en España, considerada pionera en promulgar una Constitución del denominado *neoconstitucionalismo*, ni en Venezuela, modelo político del llamado *socialismo del siglo XXI*, encontramos una disposición constitucional o legal, que vaya en detrimento del régimen de libre competencia en el mercado de telecomunicaciones; por lo que, se puede concluir que este cambio de paradigma es un producto original del Ecuador.

En resumen, se puede afirmar que las causas para el restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones, fueron únicamente políticas y no técnicas, fundamentadas en un supuesto rescate de lo público, considerando a la privatización de los servicios como el enemigo a vencer. Todo este pensamiento político se puede observar, tanto en los discursos de varios asambleístas constituyentes, como en el texto de la consulta remitida por el Presidente de la República a la Corte Constitucional para el período de transición. En este punto es importante recordar el contexto histórico que fue analizado previamente, en donde la crisis económica y social que se produjo en el país en los noventa, fue atribuida a las políticas neoliberales y los lineamientos dados por el Consenso de Washington. En este sentido el presidente Correa y su movimiento buscaban demostrar ser la antítesis de este modelo, por lo cual, propugnaban recuperar el intervencionismo estatal.

Del mismo modo, se debe resaltar que este cambio de paradigma es un producto original de los constituyentes ecuatorianos, que siguiendo la línea política predicha, consideraron que lo mejor para el mercado de las telecomunicaciones en el país, era establecer un régimen de exclusividad a favor del Estado, contradiciendo la tendencia mundial que ha establecido la liberalización de este mercado, lo cual ha permitido el avance tecnológico y el desarrollo de redes de nueva generación, en beneficio de sus usuarios.

Con este antecedente, es preciso analizar el desarrollo normativo de la disposición constitucional referida, a fin de tener un mayor grado de entendimiento de

lo que significa este cambio de modelo en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

3.3 El desarrollo normativo del nuevo paradigma

Conforme quedó expuesto, el artículo 313 de la Constitución ecuatoriana, establece que las telecomunicaciones serán consideradas como sector estratégico y en este sentido, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar las mismas. En el desarrollo normativo de esta disposición constitucional, encontramos que el régimen de exclusividad señalado, se va diluyendo si se quiere, o al menos no es lo suficientemente claro, en relación a lo establecido en la Norma Suprema. Así, en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al referirse a la gestión de los servicios de telecomunicaciones, únicamente se indica que la misma se realizará de conformidad a las disposiciones constitucionales:

Art. 7.- Competencias del Gobierno Central.- El Estado, a través del Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones. Dispone del derecho de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, lo cual incluye la potestad para emitir políticas públicas, planes y normas técnicas nacionales, de cumplimiento en todos los niveles de gobierno del Estado.

La gestión, entendida como la prestación del servicio público de telecomunicaciones se lo realizará conforme a las disposiciones constitucionales y a lo establecido en la presente Ley.

Tiene competencia exclusiva y excluyente para determinar y recaudar los valores que por concepto de uso del espectro radioeléctrico o derechos por concesión o asignación correspondan.²¹³ (El énfasis es mío)

En el artículo citado, cuando se refiere a la gestión de los servicios de telecomunicaciones, en principio, se hace una remisión a disposiciones constitucionales; en este sentido, cabe citar el artículo 315 de la Constitución, que en su parte pertinente establece la forma en que el Estado gestionará los sectores estratégicos:

Art. 315.- *El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.*

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.²¹⁴ (El énfasis es mío)

²¹³ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 7.

²¹⁴ *Constitución de la República del Ecuador* [1998], Capítulo quinto, “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, art. 315, en Registro Oficial No. 1 (11 de agosto de 1998).

De conformidad a la disposición constitucional transcrita, el Estado debe gestionar los sectores estratégicos por medio de empresas públicas. En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 14 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala: “Con sujeción a lo dispuesto en la Constitución de la República, los servicios públicos de telecomunicaciones son provistos en forma directa por el Estado, a través de empresas públicas de telecomunicaciones”.²¹⁵

Ahora, se debe también indicar que el artículo 316 de la Constitución prevé la delegación de la gestión de los sectores estratégicos:

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

*El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.*²¹⁶ (El énfasis es mío)

De su lado, el ya citado artículo 14 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en concordancia con la norma constitucional transcrita, se refiere a esta delegación, como gestión indirecta de los servicios de telecomunicaciones:

Art. 14.- Formas de Gestión.- Con sujeción a lo dispuesto en la Constitución de la República, los servicios públicos de telecomunicaciones son provistos en forma directa por el Estado, a través de empresas públicas de telecomunicaciones o *indirecta 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.*²¹⁷ (El énfasis es mío)

Como se puede observar, la delegación de la gestión de los servicios de telecomunicaciones a empresas de economía mixta en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria, guarda total concordancia con lo dispuesto en el artículo 316 de la Norma Suprema; pero, cuando la disposición legal se refiere a la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, omite el carácter de excepcionalidad que se prevé en la norma constitucional referida. Es decir, de conformidad a lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica de

²¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 14.

²¹⁶ *Constitución de la República del Ecuador* [1998], Capítulo quinto, “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, art. 315, en Registro Oficial No. 1 (11 de agosto de 1998).

²¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 14.

Telecomunicaciones, no existe ninguna diferencia entre delegar la gestión de los servicios de telecomunicaciones a una empresa de economía mixta, cuyo principal accionista sea el Estado, o a un particular.

En el mismo sentido, en el artículo 15 del cuerpo legal citado, se establecen los previstos en que cabe la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, pero tampoco se hace referencia alguna, a que esta delegación tiene el carácter de excepcional como manda la Constitución:

Art. 15.- Delegación.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para otorgar títulos habilitantes por delegación, considerará lo siguiente: [...]

c. Para la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, 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.²¹⁸

De conformidad a la norma transcrita, se puede concluir que para que se delegue la gestión de un servicio de telecomunicaciones a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, basta con que exista una de las condiciones establecidas en el literal c), pues no se dispone la concurrencia de todas ellas.

Por su parte, del artículo citado, es importante resaltar a los numerales 4 y 5, que refieren a un régimen de competencia en el mercado de las telecomunicaciones en el país, lo cual contradice lo dispuesto en el artículo 313 de la Constitución, que establece que el Estado se reserva el derecho de gestionar a los sectores estratégicos, dentro de los cuales están las telecomunicaciones; y, al artículo 316, que señala que solo de forma excepcional, se podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas prestaciones. Entonces, ¿de qué régimen de competencia estamos hablando?

²¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 15.

El numeral 4 del artículo 15 de la Ley, establece como uno de los supuestos para delegar la prestación de servicios de telecomunicaciones a la iniciativa privada: “Cuando los servicios de telecomunicaciones se estén prestando en régimen de competencia por empresas públicas y privadas de telecomunicaciones”. Es decir, ¿se debe entender que una de las causas para aplicar el régimen de excepcionalidad previsto en la Constitución, es que previamente ya se lo haya aplicado, de forma tal que exista competencia en un determinado mercado de telecomunicaciones?

Otra de las contradicciones que revela la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, consta en el numeral 5 del citado artículo 15, que señala como una de las causas para delegar la gestión de las telecomunicaciones a la iniciativa privada: “Cuando sea necesario para promover la competencia en un determinado mercado.” Aquí cabe cuestionarse: ¿De qué forma puede existir un régimen de competencia en los servicios de telecomunicaciones, si por mandato constitucional, la gestión de los mismos debe estar reservada al Estado?

En el mismo sentido, se debe indicar que una de las políticas y lineamientos estratégicos establecida dentro del objetivo 11 del Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, emitido por resolución del Consejo Nacional de Planificación, señala: “Facilitar la competencia entre operadores de servicios de telecomunicaciones para establecer una distribución más uniforme del mercado y evitar monopolios y oligopolios.”²¹⁹ ¿Cómo se puede entender que uno de los objetivos del Plan Nacional para el Buen Vivir sea facilitar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, si por disposición constitucional se dispone la gestión exclusiva de estos servicios por parte del Estado y solo de manera excepcional se lo delegue a la iniciativa privada? Lo lógico sería que para poder cumplir el objetivo planteado, esto es incentivar la competencia para evitar monopolios y oligopolios en las telecomunicaciones, se establezca un marco regulatorio que asegure, garantice y proteja la libre competencia en este mercado y no que, por el contrario, consolide un monopolio, que más allá que sea estatal, no deja de ser monopolio.

No obstante lo expuesto, resulta curioso que en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, si se hace referencia al carácter de excepcional que

²¹⁹ Ecuador, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*, en Registro Oficial, Suplemento, 78 (11 de septiembre de 2013), Objetivo 11, “Asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica.”

tiene la delegación de la gestión de estos servicios a favor de la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria. Así, el artículo 32 señala:

Art. 32.- Formas de gestión del régimen general de telecomunicaciones.- Los servicios del régimen general de telecomunicaciones observarán lo siguiente:

1. Los servicios de telecomunicaciones serán provistos:

c. De forma indirecta y *excepcional* a empresas públicas de la comunidad internacional, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria.²²⁰ (El énfasis es mío)

Conforme se observa en la norma reglamentaria citada, el régimen de excepcionalidad previsto por la Constitución, si fue observado por el Presidente de la República al momento de emitir el Decreto Ejecutivo correspondiente; no obstante, que el legislador lo haya pasado por alto, al promulgar la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por otro lado, y regresando a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se debe destacar que en su artículo 35, se reconoce la titularidad del Estado en relación a estos servicios, pero no se hace ninguna mención a su gestión exclusiva por parte del Estado:

Art. 35.- Servicios de Telecomunicaciones.- Todos los servicios en telecomunicaciones son públicos por mandato constitucional.

Los prestadores de estos servicios están habilitados para la instalación de redes e infraestructura necesaria en la que se soportará la prestación de servicios a sus usuarios. Las redes se operarán bajo el principio de regularidad, convergencia y neutralidad tecnológica.²²¹

La norma transcrita no solo que no hace ninguna referencia a la gestión exclusiva por parte del Estado de los servicios de telecomunicaciones, sino que habla de prestadores de estos servicios de manera general, sin realizar ninguna distinción entre públicos y privados.

Por su parte, en el artículo 37 del cuerpo legal citado, se establecen los títulos habilitantes para la gestión de los servicios de telecomunicaciones, por parte de la iniciativa privada y la economía popular y solidaria; pero, sin hacer referencia alguna al carácter de excepcional, en que se da esta delegación:

²²⁰ Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 676 (25 de enero de 2016), art. 32.

²²¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 35.

Art. 37.- Títulos Habilitantes.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá otorgar los siguientes títulos habilitantes:

1. Concesión: Para servicios tales como telefonía fija y servicio móvil avanzado así como para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por empresas de economía mixta, por la iniciativa privada y la economía popular y solidaria.²²²

Por su parte, el artículo 15 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al referirse al otorgamiento de títulos habilitantes por delegación, señala que se debe: “Determinar motivadamente la pertinencia y conveniencia de la prestación de servicios de telecomunicaciones por delegación, tomando en cuenta lo previsto en la LOT.”²²³ Al respecto, solo basta que decir que por principio todo acto administrativo debe ser motivado, lo cual no exceptúa a la delegación. Si la idea del Presidente era guardar armonía con la disposición constitucional del artículo 316, el texto reglamentario debía enunciar que previo a delegar la gestión de un servicio de telecomunicaciones, se debe justificar la causa de excepción por la cual se concede la prestación de dicho servicio.

De la normativa citada, se puede concluir que existe un conjunto de normas discordantes dentro del marco regulatorio de las telecomunicaciones en el Ecuador, lo cual afecta a la seguridad jurídica del sector y por ende a sus consumidores. Así, encontramos en la Constitución el establecimiento de un régimen de monopolio a favor del Estado, lo cual es replicado en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pero que está en contraposición a lo establecido en dicha Ley, pues la misma fija un régimen de competencia en el sector, lo que guarda concordancia con uno de los objetivos del Plan Nacional para el Buen Vivir.

Este galimatías jurídico afecta a la seguridad jurídica y la estabilidad del sector, pues si un nuevo oferente busca acceder al mercado, existe la posibilidad que se le impongan barreras regulatorias a su entrada, al amparo del régimen de exclusividad referido; o por el contrario, se permita su admisión, justificándose en el régimen de libre competencia que señala la Ley, lo cual deja esta decisión al libre albedrío del régimen y funcionarios de turno.

Con estas consideraciones, resulta necesario realizar un análisis más pormenorizado de lo que significa la delegación excepcional de la gestión de los

²²² Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015), art. 37.

²²³ Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, en Registro Oficial, Suplemento, 676 (25 de enero de 2016), art. 15.

servicios públicos de telecomunicaciones a favor de la iniciativa privada, lo cual se realizará a continuación.

3.4. La delegación excepcional de la gestión al sector privado

Como ha quedado dicho, el artículo 316 de la Constitución señala que el Estado podrá delegar de forma excepcional la gestión de los sectores estratégicos a favor de la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria. Del mismo modo, en la propia norma constitucional se indica que los casos en que procederá esta delegación excepcional serán establecidos en la ley. No obstante, y como también quedó expuesto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lejos de desarrollar esta disposición constitucional, la contradice, al referir un régimen de competencia en este mercado.

Es por esto, que es preciso analizar la resolución de la Corte Constitucional para el período de transición, en la que se interpretó los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución; y, en la cual se analiza los elementos y características de la delegación excepcional a favor de la iniciativa privada.

3.4.1 Elementos y características de la delegación excepcional

Como antecedente se debe señalar, que con fecha 12 de agosto de 2010, el Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, solicitó a la Corte Constitucional para el período de transición, la interpretación del contenido de los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución. En respuesta, con fecha 5 de enero del 2012, la Corte Constitucional para el período de transición emite la sentencia No. 001-12-SIC-CC, en la cual se interpreta los artículos señalados.

La importancia de esta sentencia para el presente estudio, radica en el análisis que se realiza en la misma, de la delegación con carácter de excepcional a favor de la iniciativa privada, de la gestión de los sectores estratégicos.

En este sentido, se debe indicar que en la sentencia referida, se señala que para cada sector estratégico o servicio público, se deberá establecer los casos en que proceda la delegación por excepción, es decir, no se puede fijar un régimen único aplicable para todos. Así se indica: “Es preciso entender que los casos de excepcionalidad se deberían establecer para cada sector estratégico y/o para cada servicio público, pues son ámbitos conceptuales muy amplios que podrían ameritar distinciones o particularidades específicas para cada sector.”²²⁴ Al respecto, es importante recalcar que la propia

²²⁴ Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición, [Sentencia No. 001-12-SIC-CC en caso No. 008-10-IC], en Registro Oficial, Suplemento, No. 629, 30 de enero del 2012.

Constitución dispone que los casos de excepcionalidad serán establecidos en la ley, entendiéndose que se refiere a la ley de cada sector en específico, en consideración de las particularidades y características de cada uno de ellos.

Pero, ¿qué sucede cuando la ley específica de un sector, no señala los casos en que procede esta delegación excepcional? En estas circunstancias, la sentencia interpretativa indica que se debe proceder de la siguiente forma:

Si algunas leyes especiales de un sector no establecieren estos casos de excepcionalidad, en la actualidad, por ser cuerpos normativos anteriores a la Constitución de la República del 2008, podría ser viable una reforma legal, o, en todo caso, se estará a las leyes que regulen y manden en cada sector, en donde se determinen los casos de excepción y los requisitos correspondientes. No obstante, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su Libro V, Título I, regula el fomento y promoción de los sectores estratégicos, y en cuyo artículo 96 dice: “El Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el presente Código”; y la delegación de la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria se la hace de forma excepcional, en los casos previstos en el artículo 100 de este cuerpo normativo, el mismo que, en lo pertinente, dispone: “Art. 100.-Excepcionalidad.- En forma excepcional, debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros...”; bien podría entonces aplicarse esta disposición legal, hasta que la ley de la materia o del sector correspondiente determine los casos de excepcionalidad de delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria en cada materia o sector.²²⁵

La remisión al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que realiza la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional, para el caso en que la ley especial de un determinado sector no establezca los casos de excepcionalidad, resulta interesante, en tanto que el artículo 100 del Código citado, incorpora un requisito adicional para que proceda la delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, esto es, que la excepcionalidad sea decretada por el Presidente de la República. En estricto sentido, el requisito del Decreto Ejecutivo debería aplicarse para todos los sectores estratégicos, pues la disposición del Código de la Producción es

²²⁵ Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición, [Sentencia No. 001-12-SIC-CC en caso No. 008-10-IC], en Registro Oficial, Suplemento, No. 629, 30 de enero del 2012.

vinculante para todas las personas naturales y jurídicas que desarrollen una actividad productiva, conforme lo determina el artículo 1 de dicho cuerpo normativo.

No obstante, es la Corte Constitucional la que señala que lo dispuesto en el artículo 100 del Código de la Producción, debe aplicarse únicamente de manera subsidiaria, en aquellos casos en que la ley especial de cada sector no disponga los casos de excepción. Esta parecería ser la interpretación más lógica a lo dispuesto por la Corte Constitucional, sin embargo, aparece un criterio diferente por parte la Procuraduría General del Estado, la cual indica que cuando se trate de delegar a la iniciativa privada la gestión de un sector estratégico, siempre será necesario el Decreto Ejecutivo que declare la excepcionalidad:

En el inciso segundo del artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que faculta a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, para delegar a la iniciativa privada la prestación de los servicios públicos de su competencia; y, el artículo 30.5 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial que confiere competencias a los gobiernos autónomos descentralizados municipales para construir terminales terrestres, en atención a su consulta, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Milagro puede delegar a la iniciativa privada la construcción de la terminal terrestre del Cantón San Francisco de Milagro, sin que se requiera para el efecto del *Decreto de declaratoria de excepcionalidad señalado en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, puesto que no se trata de un sector estratégico reservado exclusivamente para el Estado, en los términos del artículo 313 de la Constitución de la República y artículo 100 del Código Orgánico referido en último término.*²²⁶ (El énfasis es mío)

De la cita realizada, fácilmente se puede colegir que a criterio de la Procuraduría General de Estado, el Decreto de declaratoria de excepcionalidad que señala el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, aplica para todos los sectores estratégicos, indistintamente de lo que disponga la ley especial de cada uno de ellos, esto en razón que el artículo 313 de la Constitución, ha reservado su gestión a favor del Estado.

Como se puede ver del desarrollo normativo e incluso jurisprudencial del régimen de excepcionalidad previsto en la Constitución, no solo que es exiguo, sino que en muchos de los casos, hasta contradictorio. Así, y en relación a la gestión de los servicios de telecomunicaciones, tenemos que la Constitución establece un régimen de exclusividad a favor del Estado, por su parte, la ley refiere a la existencia de

²²⁶ Ecuador, Procuraduría General del Estado, Absolución de Consultas, OF. PGE. Nro: 09183, 2 de agosto de 2012, en Registro Oficial No. 795, 24 de septiembre de 2012.

competencia en este mercado y su reglamento vuelve a señalar la delegación a la iniciativa privada, únicamente en casos de excepción.

Del mismo modo, existen contradicciones respecto de la aplicación del artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en relación a la necesidad de contar con el Decreto Ejecutivo que declare la excepcionalidad previo a la delegación, pues del texto de dicha norma se desprende que es vinculante para todos los sectores estratégicos; no obstante, la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional, referida previamente, señala que dicha norma debe ser aplicada únicamente de manera subsidiaria, a falta de disposición en la ley especial de cada sector; y, finalmente la Procuraduría General del Estado refiere a la obligación de todos los sectores estratégicos de contar con este requisito previo.

Frente a esta desorden jurídico, es preciso analizar cual es la realidad de la delegación de los servicios de telecomunicaciones a la iniciativa privada en la actualidad, a fin de determinar si se está aplicando el régimen de excepcionalidad dispuesto en la Constitución. Para el efecto, se tomará como referencia a la telefonía móvil celular, en razón que los últimos contratos de concesión de las dos principales operadoras del país, fueron suscritos, el uno en medio del proceso constituyente y el otro, un mes después que entró en vigencia la Constitución del 2008.

3.4.2 La delegación excepcional en la actualidad

En este punto es preciso iniciar citando al Plan Nacional para el Buen Vivir, que dentro de su objetivo 11, al referirse al mercado de la telefonía móvil en el país señala: “La concentración del poder de mercado alrededor de las telecomunicaciones y las TIC, incluyendo el espectro radioeléctrico, la televisión y la radiodifusión, plantea un desafío para el país en cuanto a su democratización. El mercado de las telecomunicaciones móviles es el ejemplo más crítico de oligopolio, con un operador dominante que controla el 70% del mercado y otra empresa que controla el 27% (Senatel, 2012).”²²⁷

Cabe resaltar que los datos que refiere el Plan Nacional, fueron elaborados por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (Senatel), cuatro años después de haberse promulgado la Constitución de Montecristi; es decir, ¿qué sucedió con la gestión exclusiva por parte del Estado de los servicios de telecomunicaciones, que incluyen a la

²²⁷ Ecuador, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*, en Registro Oficial, Suplemento, 78 (11 de septiembre de 2013), Objetivo 11, “Asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica.”

telefonía móvil? ¿Es acaso que los contratos de concesión otorgados a favor de las dos operadores dominantes de la telefonía móvil fueron otorgados previo a la promulgación de la Constitución? Estas son las cuestiones que se examinarán a continuación.

Empezaré analizando las fechas importantes en relación el contrato suscrito con la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL. Así, se debe resaltar a la Resolución No. 661-33-CONATEL-2007, de 20 de diciembre de 2007, mediante la cual, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (Conatel), autorizó a la Senatel, lleve a cabo el proceso de negociación de los contratos suscritos con las operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A. En este punto se debe destacar, que la primera sesión de la Asamblea Constituyente fue el 29 de noviembre de 2007, es decir casi un mes antes de la resolución del CONATEL referida. Esta referencia nos hace cuestionar, si el proyecto del gobierno, cuyos representantes fueron la mayoría en la Asamblea Constituyente, era establecer una gestión exclusiva de estos servicios a favor del Estado, o si por el contrario esta idea se fue formando en el desarrollo de la Asamblea.

Posteriormente, mediante resolución No. 199-06-CONATEL-2008, de 10 de abril de 2008, el Conatel dispuso a la Senatel, otorgar a CONECEL S.A., el plazo de diez días, para que llegue a un acuerdo satisfactorio para el Estado, respecto del valor de los derechos de concesión; y, en caso de no hacerlo, se de inicio al proceso de reversión de la concesión. Aquí, se debe resaltar que el primer informe de la mesa 7, en el cual ya constaba la reserva que realizaba el Estado a su favor para gestionar los servicios de telecomunicaciones, fue conocido por el Pleno de la Asamblea Constituyente, el 31 de mayo de 2008; es decir, se entiende que la mesa 7 previo a presentar su informe al Pleno, ya venía trabajando estos textos, lo cual dista de la actuación del Conatel en esos días.

Finalmente, con fecha 26 de agosto de 2008, se suscribe el contrato de concesión para la prestación del servicio móvil avanzado a favor de CONECEL S.A. Al respecto, se debe tener en cuenta, que el 26 de junio de 2008, la mesa 7 presento su informe para segundo debate, al Pleno de la Asamblea Constituyente. En este informe, además del establecimiento de la reserva de la gestión de los servicios de telecomunicaciones a favor del Estado, ya incluyó el régimen de excepcionalidad en la delegación a favor de la iniciativa privada; por lo que, llama la atención que mientras en la Asamblea Constituyente trabaja sobre el cambio de paradigma en la prestación de servicios de telecomunicaciones en el país, al mismo tiempo el órgano regulador del rector, estaba

suscribiendo un contrato de concesión a favor del principal operador dominante, según datos de la propia Senatel.

Por otra parte, y en relación al otro operador dominante del mercado de la telefonía móvil en el país, se debe señalar que mediante Resolución No. 486-21-CONATEL-2008, de 17 de octubre de 2008, el Conatel autorizó la suscripción del contrato de concesión a favor de OTECEL S.A.; es decir, tres días antes que se promulgue la nueva Constitución. Se debe destacar que el referéndum aprobatorio de la Constitución se realizó el 28 de septiembre de 2008, por lo que, sus textos eran de conocimiento público.

Con fecha 21 de noviembre del 2008, se suscribió el contrato de concesión para la prestación del servicio móvil avanzado a favor de OTECEL S.A., esto es un mes después de la promulgación de la Constitución de Montecristi. En el contrato citado, no existe ninguna referencia a la Constitución del 2008, peor aún se señala el caso de excepción que facultó a la Administración Pública a delegar la prestación de este servicio de telecomunicaciones. Es decir, no existe la debida motivación para la suscripción del contrato administrativo predicho, pues en la cláusula relativa a los antecedentes, únicamente se hace referencia a los contratos de concesión previos y a las resoluciones del Conatel relativas a las negociaciones con el operador y a los derechos de concesión a cancelarse.

Al respecto es importante recordar que la motivación constituye un requisito de validez del acto administrativo, en el cual se expresan no solo los fundamentos de hecho sino también los de derecho, que respaldan la expedición del acto. Como bien indican los autores García De Enterría y Tomás Ramón Fernández: “La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo).”²²⁸

Del mismo modo, es importante citar lo que establece la Constitución en relación a la motivación: “No habrá motivación si en la resolución *no se enuncian las normas o*

²²⁸ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, (Bogotá: Temis, 2008), 547.

principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.”²²⁹ (El énfasis es mío)

Al respecto, se debe indicar que en los dos contratos suscritos con las operadoras de telefonía móvil CONECEL S.A. y OTECEL S.A., no se enuncia ninguna norma constitucional o legal, mediante la cual se faculta al Conatel, concesione la gestión del servicio de móvil avanzado a favor de la iniciativa privada; claro, resaltando que en el caso del contrato de CONECEL S.A., aún estaba vigente el régimen de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones. No obstante lo dicho, se debe señalar que mediante Resolución 133-05-CONATEL-2009, de 31 de marzo de 2009, se autorizó la suscripción de la adenda al contrato de concesión de CONECEL S.A., con la cual se daba uniformidad a los textos de los contratos de concesión de las dos operadoras.

Por otro lado, y con relación al servicio de telefonía fija, es preciso indicar que mediante Resolución 069-04-CONATEL-2010, de 12 de marzo de 2010, el Conatel estableció un cronograma de trabajo para la adecuación de los títulos habilitantes de telefonía fija al marco constitucional vigente. Posteriormente, el 12 de septiembre de 2012, mediante Resolución TEL-597-21-CONATEL-2012, el Conatel dispuso a la Senatel, inicie el proceso de revisión para la adecuación de los títulos habilitantes de telefonía fija local a la nueva Constitución. Una vez que la Senatel emitió los informes correspondientes, mediante Resolución TEL-645-23-CONATEL-2014, de 12 de septiembre de 2014, el Conatel aprobó el contenido de los contratos de adecuación al marco constitucional y normativa vigente de los títulos habilitantes de telefonía fija, para las operadoras ECUADORTELECOM S.A., SETEL S.A., LINKOTEL S.A. y, LEVEL 3 ECUADOR LVLTL S.A.; es decir, para los operadores privados.

En este punto se debe destacar, que en ninguno de los actos administrativos citados, se hace referencia a la gestión exclusiva del servicio de telefonía fija por parte del Estado conforme lo establece la Constitución vigente; y, peor aún se establece el caso de excepción por el cual procede la delegación a la iniciativa privada. Adicionalmente, es importante resaltar que la cláusula referida al objeto de estos contratos, textualmente señala: “La Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en representación del Estado ecuatoriano y debidamente autorizada por el CONATEL,

²²⁹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], capítulo quinto, “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, art. 76, en Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).

adecúa al marco constitucional vigente, el Contrato de Concesión del Servicio Final de Telefonía Fija Local.”²³⁰

Llama la atención que se haya señalado como objetivo de este procedimiento administrativo, la adecuación de los títulos habilitantes de telefonía fija a la Constitución vigente y que en ningún acto administrativo, ni en los contratos suscritos, se haga una sola mención a las disposiciones constitucionales de los artículos 313 y 316, ni tampoco al artículo 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que de alguna manera justifique la delegación a la iniciativa privada de la prestación de estos servicios.

Con estos antecedentes se puede concluir que, el régimen de excepción establecido en la Constitución para la delegación de los servicios de telecomunicaciones en el país, no ha sido observado ni aplicado por el órgano regulador del sector, por lo que, a la presente fecha no existe ninguna delegación a favor de la iniciativa privada, que tenga como fundamento un caso de excepción, que justifique la misma.

²³⁰ Contrato de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones otorgado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones a favor de Servicios de Telecomunicaciones SETEL S.A., 4 de diciembre de 2014.

CONCLUSIONES

La pregunta central del presente trabajo académico, planteaba determinar las causas que motivaron el restablecimiento del monopolio estatal en la prestación de servicios de telecomunicaciones y establecer los efectos jurídicos de este nuevo paradigma. En este sentido, se concluye que el establecimiento del régimen de exclusividad en la gestión de los sectores estratégicos a favor del Estado, respondió más a un proyecto político, que a decisiones técnicamente adoptadas; pues, se fundamentó en las políticas económicas del denominado nuevo desarrollismo, que se presentaba como la antítesis de los lineamientos establecidos por el Consenso de Washington, teniendo como bandera de lucha, al rescate de lo público, considerando a la privatización de los servicios públicos como contrario a los derechos ciudadanos. Por su parte, y con relación a los efectos jurídicos de este nuevo paradigma, se concluye que los mismos no pueden ser determinados hasta la actualidad, en razón que el órgano regulador del sector, ha inobservado el régimen de exclusividad establecido en la Constitución y continua concesionando a la iniciativa privada la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Estas conclusiones principales, se sustentan en las siguientes:

1. Comparto la definición realizada por Manuel Ossorio, que en líneas generales señala que el monopolio es un régimen económico que determina la forma de producción, distribución y consumo de un determinado bien económico, derivado de preceptos legales o de circunstancias de hecho. El monopolio puede ser público, cuando se establece en beneficio del Estado, o privado, cuando se ejerce por particulares.
2. El monopolio derivado de una disposición normativa, debe referirse a un servicio público, independientemente si se lo otorga a favor del público o del privado.
3. Servicio público es toda actividad que satisface las necesidades de una determinada sociedad y que por su trascendencia corresponde su titularidad al Estado, el cual, ya sea directamente o delegando su gestión a la iniciativa privada, deberá garantizar su prestación y calidad, para todos sus ciudadanos.

4. Las telecomunicaciones son servicios públicos, por cuanto satisfacen necesidades esenciales de una población y su titularidad corresponde al Estado. Estos servicios pueden ser gestionados por operadores privados, sin que por esto pierdan la calidad de servicio público, correspondiendo al Estado, garantizar la continuidad y calidad de los mismos.
5. Uno de los principales medios de transmisión para la prestación de servicios de telecomunicaciones, es el espectro radioeléctrico, que no es un bien de dominio público, sino por el contrario, es patrimonio común de toda la humanidad; por lo que, se ha constituido un organismo internacional encargado de ordenar la asignación y uso de las frecuencias a los distintos países, los cuales únicamente pasan a ser administradores del grupo de frecuencias asignadas.
6. La tendencia actual en la prestación de servicios de telecomunicaciones es que se lo realice en un régimen de libre competencia, por cuanto la experiencia del sector ha determinado que el mismo ha logrado sus mayores avances tecnológicos, en un mercado de libre acceso; así como, una efectiva competencia ha permitido reducir los precios de los distintos servicios, haciéndolos más accesibles a la mayoría de ciudadanos.
7. Con la promulgación de la Constitución del 2008, en el Ecuador se da una nueva etapa en la historia de las telecomunicaciones, pues al ser catalogado como sector estratégico, se restablece el monopolio estatal en la prestación de estos servicios.
8. No obstante, el desarrollo normativo de las disposiciones constitucionales estudiadas, no sólo que son escuetas, sino que en muchos casos contradictorias; pues, en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se refiere a un régimen de libre competencia en el sector y en su Reglamento, se vuelve a mencionar la gestión exclusiva a favor del Estado.
9. Este fárrago normativo que actualmente rige al sector, se presta para que el libre albedrío de los funcionarios de turnos, determine si es procedente o no la delegación de la gestión de los servicios de telecomunicaciones a la iniciativa privada. Esto no significa que defienda la postura del monopolio estatal en la prestación de estos servicios, por el contrario, creo que los mayores avances tecnológicos, reducción de la brecha

digital y beneficios para los usuarios, se han dado en un régimen de libre competencia.

10. El restablecer el monopolio estatal, como lo hace la Constitución ecuatoriana, va a en contra de la tendencia mundial de las telecomunicaciones; lo cual, puede ser la razón por la cual el órgano regulador no encontró mejor salida, que inobservar lo establecido en el artículo 316 de la Constitución.
11. En definitiva, el país debe, por medio de los mecanismos constitucionales adecuados, reformar la disposición constitucional relativa a la gestión exclusiva por parte del Estado de los servicios de telecomunicaciones y de esta manera regresar a la libre competencia de actores a este mercado, para posteriormente armonizar toda la normativa del sector, fijando las reglas claras para sus participantes, y no como está en la actualidad, que deja al arbitrio del funcionario de turno, decidir si se aplica un régimen de exclusividad o de competencia.

BIBLIOGRAFIA

- Alessi Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: 1970. En Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*, Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Ariño Gaspar. *Principios de derecho público económico: Modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Baca Oneto Víctor. “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”. En Orlando Vignolo, coordinador, *Teoría de los Servicios Públicos*. Grijley, 2009.
- Bartolomé José Luis. “El planteamiento de los servicios públicos como servicios de interés general en la Unión Europea”. En Orlando Vignolo, coordinador, *Teoría de los Servicios Públicos*. Grijley, 2009.
- Beneyto José María. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Barcelona: Bosch, 2005.
- Blanc Altemir Antonio. *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. En Luisa Fernanda Tello Moreno. *El patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/5/art/art5.pdf>>
- Blanquer David. *Derecho Administrativo*, Volumen 2. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Bresser-Pereira Luiz Carlos. *El nuevo desarrollismo y la ortodoxia convencional*. Economía UNAM vol. 4, No.10, 2007. <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2007000100001>
- Cabanellas Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, VII, 16ta edición. Buenos Aires: Heliasta, 1983.
- Camargo Sergio Matías. *La teoría del servicio público y las telecomunicaciones*. Bogotá: Diálogos de saberes, 2013. <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wVJgzQEaVRQJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696237.pdf+&cd=1&hl=es&c=clnk&client=safari>>

- Cassagne Juan Carlos, “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, 864. En Juan Miguel Cuétara Martínez, coordinador, *Derecho administrativo y regulación económica*. Madrid: La Ley, 2011.
- Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8va edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
- Cassagne Juan Carlos. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- Chinchilla Marín Carmen. “*El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones*”. Madrid: Marcial Pons, 2000, 120-1. En Víctor Rafael Hernández Mendible. “La ocupación de los bienes del dominio público y del dominio privado para realizar las actividades de telecomunicaciones”. En Orlando Vignolo, coordinador. *Teoría de los servicios públicos*. Grijley, 2009.
- Chinchilla Marín Carmen y Matilde Carlón Ruiz. “*Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones*”. En Tomás Quadra Salcedo, director, Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.
- Constitución de la República del Ecuador* [1998]. Registro Oficial, 1 (11 de agosto de 1998).
- Constitución de la República del Ecuador* [2008]. Registro Oficial, 449 (20 de octubre de 2008).
- Constitución de España* [1978]. <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [1999]. <http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo4.php#cap1>
- Convenio Internacional de Telecomunicaciones [1973]. Malaga.
- DiLorenzo Thomas J. *El mito del monopolio natural*. The review of austrian economics Vol. 9, No. 2, 1996. <<http://88.167.97.19/albums/files/TMTisFree/Documents/Economy/Mises/rae/monopolio.pdf>>

- Dromi Roberto. *Derecho Administrativo*, 5ta edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- Dubón Lima Angela Rosalba. “La violación al principio de igualdad en la forma en que se autoriza el usufructo en las frecuencias radiofónicas”. Tesis de pregrado, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009. <http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7836.pdf>
- Dután Fausto. “Monopolios y poder en la historia del Ecuador”. En Eduardo Almeida Reyes, compilador, *Monopolios y Poder en la historia del Ecuador*. Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente [2008]. *Acta 056*, 31 de mayo de 2008.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente [2008]. *Acta 069*, 26 de junio de 2008.
- Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición, [Sentencia No. 001-12-SIC-CC en caso No. 008-10-IC]. Registro Oficial, Suplemento, No. 629, 30 de Enero del 2012.
- Ecuador. *Ley de Modernización del Estado* [1993]. Registro Oficial, 349 (31 de diciembre de 1993).
- Ecuador. *Ley Orgánica de Telecomunicaciones* [2015]. Registro Oficial, Suplemento, 439 (18 de febrero de 2015).
- Ecuador. *Ley para la transformación económica del Ecuador* [2000]. Registro Oficial, Suplemento, 34 (13 de marzo de 2000).
- Ecuador. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017* [1993]. Registro Oficial, Suplemento, 78 (11 de septiembre de 2013).
- Ecuador. Procuraduría General del Estado, [Absolución de Consultas, OF. PGE. Nro: 09183, 2 de agosto de 2012]. Registro Oficial, 795 (24 de septiembre de 2012).
- Ecuador. *Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones* [2016]. Registro Oficial, Suplemento, 676 (25 de enero de 2016).
- Fernando Pablo Marcos. *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Madrid: Colex, 1998.

- Forsthoff Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: 1958, 493-4. En Miguel Marienhoff. *Tratado del dominio público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960.
- García De Enterría Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Bogotá: Temis, 2008.
- Garrido Falla Fernando. “*El concepto de servicio público en Derecho español*”, Revista de administración pública, No. 135. 1994, 21. <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17240.pdf>
- Gomezjurado Zevallos Javier, Jorge Núñez Sánchez, Juan Cordero Íñiguez y Fernando Uyaguari Uyaguari. *Historia de las telecomunicaciones en el Ecuador*. Quito: Academia Nacional de Historia, 2014.
- González López Edgar. *Las telecomunicaciones y el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, 36. En Sergio Matías Camargo, *La teoría del servicio público y las telecomunicaciones*.
- Gordillo Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 4ta edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Hernández González José Ignacio. “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”. En Juan Miguel de la Cuétara Martínez, coordinador. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, 879. La Ley, 2011.
- Hernández Mendible Víctor Rafael. “La ocupación de los bienes del dominio público y del dominio privado para realizar las actividades de telecomunicaciones. En Orlando Vignolo, coordinador. *Teoría de los servicios públicos*. Grijley, 2009.
- Iglesias Enrique. *El papel del Estado y los paradigmas económicos en América Latina*. Revista de la Cepal 90, 2006. <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11134/1/090007015_es.pdf>
- Jaramillo Villa Fabián. “*Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador*”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2839/1/T1004 - MDE-Jaramillo-Analisis.pdf>>
- Larroulet Cristian. *Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile*. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184311/rev14_larroulet.pdf>

- Llanos Alonso. *Gestión del espectro radioeléctrico en Ecuador. Nueva modalidad para radiodifusión y televisión abierta*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2013.
- Lorenzo Almendros Bernardo. “*Modelos Regulatorios: Competencia en infraestructura o competencia en servicios*”. En José María Beneyto, director, *Regulación y competencia en telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2003.
- Loreti Damián. *El derecho a la información*. Buenos Aires: Paidós, 1995.
- Marienhoff Miguel S. *Tratado del dominio público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960.
- Martin Juan. *Funciones básicas de la planificación económica y social*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, 2005. <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7305/1/S057558_es.pdf>
- Mayer Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: 1903-1906, 138-9. En Miguel Marienhoff. *Tratado del dominio público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960.
- Medina Malo Enrique. “Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico”. En José Manuel Villar Uríbarri, director. *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e internet*. Navarra: Aranzadi, 2003.
- Miranda Alfonso y Juan Gutiérrez. *Fundamentos económicos del derecho de competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*. Revista Auctoritas Prudentium. 2009. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5047368>>
- Montaña Plata Alberto. *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Montero Juan José y Luis Souto. “Telecomunicaciones y Derecho de la Competencia. De la desmonopolización a la competencia efectiva”. En Javier Cremades, coordinador. *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*. Madrid: La Ley, 1999.
- Nebreda Pérez Joaquín. *Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones*. Madrid: La Ley, 2000.

- Organización de los Estados Americanos. *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión [2002]*.
- Ossorio Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 1era edición electrónica. Argentina: Editorial Heliasta. <<http://www.geocities.ws/rfariasfiguera/Diccionario%20Juridico.pdf>>.
- Parada Ramón. *Derecho Administrativo*, tomo III, duodécima edición. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Parejo Alfonso Luciano. *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/20.pdf>>
- Pereyra Andrés. *Monopolio Natural y Regulación Económica*. 2002. <<http://decon.edu.uy/~mito/cursos/microa/Notas%20Monopolio%20Natural.pdf>>
- Pureza José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad ¿Hacia un Derecho Internacional de la solidaridad?* Madrid: Trotta, 2002.
- Ramón Fernández Tomás. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, 1999, 63, <<https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:hKmRtXVQ1LsJ:scholar.google.com/+servicios+p%C3%BAblicos+impropios&hl=es&assdt=0,5>>
- Razo Carlos y Fernando Rojas. *Del monopolio de Estado a la convergencia tecnológica: evolución y retos de la regulación de telecomunicaciones en América Latina* Santiago de Chile: CEPAL Naciones Unidas, 2007. <<http://archivo.cepal.org/pdfs/2007/S0701071.pdf>>
- Rivero Ortega Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*. Séptima edición. Madrid: Marcial Pons, 2015. <<http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788416402724.pdf>>
- Rodríguez R. Libardo. *Derecho Administrativo*, duodécima edición. Santa Fe de Bogotá: Temis S.A., 2000.
- Sánchez Segovia Eduardo. *“Impactos de la liberalización del mercado de telefonía fija en Ecuador”*. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/751/1/T799-MDGT-Sánchez-Impactos%20de%20la%20liberalización%20del%20mercado.pdf>>

- Sayagués Laso Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, novena edición. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2010.
- Signes de Mesa Juan, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro. *Derecho de la Competencia*. Navarra: CIVITAS, 2013.
- Struzak Ryszard. *Gestión del espectro*. Unión Internacional de Telecomunicaciones ITU. <<http://www.itu.int/itu-news/issue/1999/03/perspect-es.html>>
- Tello Moreno Luisa Fernanda. *El patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/5/art/art5.pdf>>
- Ugarte Soto Aldredo. *Facilidades esenciales y abuso de posición dominante*. Revista de Derecho Coquimbo, 2013. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071897532013000200009>
- Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT. *Recomendación UIT-R V.662-2: Términos y definiciones*. <https://www.itu.int/dms_pubrec/itu-r/rec/v/R-REC-V.662-2-199304-S!!PDF-S.pdf>
- Uruguay. *Ley No. 18.232 del Servicio de Radiodifusión Comunitaria*. <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4696259.htm>>
- Usbeck Wandemberg Carlos. *Ecuador y las comunicaciones. Una historia compartida*, Tercera edición. Quito: Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, 2014.
- Usen Vicencio Alejandro. *El Estado empresario*. Revista de Derechos Fundamentales, 7, 2012. <<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/07.112-128Usen.pdf>>
- Velandia Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*, 2da edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Venezuela. *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. <http://www.ventanalegal.com/leyes/ley_organica_telecomunicaciones.html>
- Viciano Pastor Roberto y Rubén Martínez. “Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. En Luis Fernando Ávila Linzán, editor. *Política, justicia y Constitución*. Quito: CEDEC, 2011.

Villar Palasí José Luis. En Tomás Ramón Fernández. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, 1999, <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:hKmRtXVQ1LsJ:scholar.google.com/+servicios+públicos+impropios&hl=es&as_sdt=0,5>