

# **NOTAS SOBRE LA EXCLUSIVIDAD REGULADA EN LOS SERVICIOS DE TELEFONIA EN EL ECUADOR**

Ab. Carlos Pazmiño Campos

## **1.- CONSULTA**

En vista de las múltiples opiniones sobre el tema de la prestación de servicios de telecomunicaciones en los regímenes de libre competencia y la exclusividad regulada se nos ha realizado la siguiente consulta:

"Se encuentra o no en vigencia la exclusividad regulada para prestar, administrar, operar y explotar, los servicios finales y los servicios portadores de telecomunicaciones en el Ecuador"

Para absolver la misma se nos ha entregado una copia del documento denominado "Contrato de Concesión" que otorgaran la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL) y la compañía ANDINATEL S. A. el 29 de diciembre de 1997 (que incluye varios anexos) mediante escritura pública autorizada por el notario Tercero del cantón Quito.

## **2.- CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.**

El negocio de las telecomunicaciones es cada día mayor. La cantidad de minutos que la gente utiliza los servicios de telecomunicación aumenta día a día y con ello aumentan también los ingresos de las empresas que hacen posible tal "telecomunicación", volviendo muy altas las consideraciones económicas que tendría una empresa si se confiere la exclusividad en la prestación de dichos servicios.

En el Ecuador hasta 1995 los servicios de telecomunicación se encontraban prácticamente reservados para el estado. En dicho año y producto de un esfuerzo por modernizar al estado y por atraer inversio-

nes al país se promulga la llamada "Ley de Modernización del Estado" que en lo que a las telecomunicaciones se refiere trata de aplicar un principio establecido en la Constitución Vigente en dicha época, Pero no aplicado, según el cual de forma excepcional el estado podía delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualquiera de las áreas de explotación económica reservada al estado.

En el área de las telecomunicaciones la tendencia modernizadora provocó que en el mismo año 1995 se reformara la Ley Especial de Telecomunicaciones vigente desde 1992 a efectos de hacer viable que operadores telefónicos distintos al estado pasen a administrar las telecomunicaciones en el Ecuador, para lo cual se previó la transformación de la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL en una sociedad anónima y la posterior venta de un porcentaje de las acciones de esta a un operador quien estaría también a cargo de la administración de la sociedad.

La ventaja que se ofrecía al operador era la posibilidad de explotar de forma exclusiva los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador durante determinado período de tiempo, siendo la duda actual si dicha exclusividad se encuentra o no vigente.

### 3.- LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Hemos querido transcribir las siguientes normas de la legislación ecuatoriana que creemos pertinentes al tema que se trata:

#### De la Constitución Política de la República del Ecuador:

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. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones .....

De la Ley Especial de Telecomunicaciones:

1 Art.8.- Servicios finales y servicios portadores.- Para efectos de la presente Ley, los servicios abiertos a la correspondencia pública se dividen en servicios finales y servicios portadores, los que se definen a continuación y se prestan a los usuarios en las siguientes condiciones:

a) Servicios finales de telecomunicaciones son aquellos servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal y que generalmente requieren elementos de conmutación.

Forman parte de estos servicios, inicialmente, los siguientes: telefónico rural, urbano, interurbano e internacional; videotelefónico; telefax; burofax; datafax; videotex; telefónico, móvil automático, telefónico móvil marítimo o aeronáutico de correspondencia pública; radiotelegráfico; de télex y de teletextos.

También se podrán incluir entre los servicios finales de telecomunicación los que sean definidos por los organismos internacionales competentes, para ser prestados con carácter universal.

El régimen de prestación de servicios finales será:

1. Los servicios finales de telecomunicaciones y de alquiler de circuitos se prestarán a través de las compañías a las que se refieren los artículos 38 y 45 de esta Ley Reformada, en régimen de exclusividad regulada, por el tiempo, en la forma y condiciones que se determinan más adelante.

El servicio telefónico móvil se prestará a través de los operadores en las condiciones que esta Ley y los reglamentos respectivos lo

Las disposiciones de este artículo que determinan las prestaciones de varios servicios en exclusividad regulada por EMETEL S. A. y las empresas productos de su escisión han sido derogadas, mas se transcribe el artículo tal cual estuvo vigente en la fecha de celebración del contrato con ANDINATEL S. A., para una mejor visión del problema.

establezcan, sin perjuicio de que las compañías referidas en el inciso precedente, también puedan proveer de este servicio.

2. El Reglamento Técnico de cada servicio final de telecomunicación deberá definir los puntos de conexión a los cuales se conecten los equipos terminales del mismo. Esta definición deberá contener las especificaciones completas de las características técnicas y operacionales y las normas de homologación que deberán cumplir los equipos terminales; y,

3.- Los equipos terminales, con certificado de homologación, podrán ser libremente adquiridos a la empresa estatal o a empresas privadas;

b) Servicios portadores son los servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación de red definidos.

El régimen de prestación de servicios portadores se sujeta a las siguientes normas:

1. En este tipo de servicios existen dos modalidades:

a) Servicios que utilizan redes de telecomunicaciones conmutadas para enlazar los puntos de terminación, tales como la transmisión de datos por redes de conmutación de paquetes, por redes de conmutación de circuitos, por la red conmutada o por la red télex; y,

b) Servicios que utilizan redes de telecomunicación no conmutadas. Pertenecen a este grupo, entre otros, el servicio de alquiler de circuitos;

2. Los puntos de terminación de red a que hace referencia la definición de servicios portadores deberán estar completamente especificados en todas sus características técnicas y operacionales en los correspondientes Reglamentos Técnicos.

3. Los servicios portadores, entre los que se incluye el alquiler de circuitos, se prestarán a través de las compañías determinadas en los artículos 38 y 45 de esta Ley Reformada, en régimen de ex-

clusividad, regulada, durante el tiempo, en la forma y bajo las condiciones que se determinan más adelante.

El ente de regulación de las Telecomunicaciones en el país podrá autorizar que más de una empresa explote los servicios equivalentes. con el objeto de promover la competencia, mejorar la eficiencia de la explotación y establecer la obligatoriedad de la interconexión de las redes.

La autorización habilitante para la prestación de estos servicios deberá ser específica para cada uno de ellos, no siendo válida una autorización genérica.

Art. 52.- Duración de la concesión. El régimen de concesión que se otorgará a EMETEL S. A. o a las empresas producto de su escisión tendrá una duración de quince años renovables de mutuo acuerdo, contados a partir de la venta de las acciones.

Art. 53.- Régimen de exclusividad. EMETEL S .. A. o las compañías resultantes de su escisión y Empresa Pública Municipal de Teléfonos. Agua Potable y Alcantarillado E.T.A.P.A. están autorizadas para explotar en régimen de exclusividad temporal y regulada dentro de la región concesionada, todos los servicios de telefonía local, nacional e internacional, servicio de portador incluyendo el arrendamiento de líneas y circuitos, alámbricos e inalámbricos, en la forma y por el tiempo determinado en la presente Ley.

Art. 54. Período de exclusividad. El régimen de exclusividad regulada en el ámbito local, nacional e internacional tendrá una duración de sesenta meses, contados a partir de la venta de las acciones de la compañía anónima, de acuerdo a la presente Ley.

Cumplido el plazo antes establecido, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) autorizará que otros operadores exploten, en régimen de competencia, servicios equivalentes a los mencionados en el artículo 53 de esta Ley Reformada.

#### De la Ley de Transformación Económica del Ecuador:

Art. 100.- Deróganse todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a la presente Ley y expresamente las siguien-

tea: ... p) El numeral 1 del literal a) y el numeral 3 del literal b) del artículo 8 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, así como sus disposiciones transitorias, generales y finales, incluyendo expresamente aquellas introducidas en virtud de leyes reformatorias.

#### 4.- CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA EXCLUSIVIDAD REGULADA A FUTURO

El artículo 8 de la Ley Especial de Telecomunicaciones originalmente otorgaba a la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL de monopolio de los servicios de telefonía otorgándose a favor de esta el régimen de exclusividad sobre dichos servicios.

Dicha disposición fue modificada por la Ley No. 94 Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones promulgada en el Registro Oficial No. 770 del 30 de Agosto de 1995<sup>2</sup>, reformas con las cuales se otorgaba a las empresas EMETEL S. A. (en su momento), PACIFICTEL S. A., ANDINATEL S. A. y a ETAPA la prestación de los servicios de telefonía en régimen de exclusividad regulada.

Esta última disposición a su vez fue derogada expresamente según lo dispuesto en el literal p) del artículo 100 de la Ley de Transformación Económica del Ecuador arriba transcrito, lo cual evita para futuro que el monopolio de las telecomunicaciones se encuentre en manos de una u otra de las empresas en este acá pite señaladas; siendo la conclusión evidente que, a futuro no existe exclusividad prevista para ninguna empresa que preste servicios de telecomunicaciones debidamente autorizada para ello por el estado por intermedio del Consejo Nacional de Telecomunicaciones y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones de acuerdo a la legislación relativa a telecomunicaciones en el Ecuador.

Nótese que he querido resaltar el término a futuro puesto que en la actualidad existe quienes opinan que el régimen de exclusividad existe en virtud de los documentos denominados "contratos de concesión" que fueran otorgados con las actuales operadoras de telefonía fija, copia del cual me ,ha sido enviada para la revisión del tema.

<sup>2</sup> Posteriormente por la Ley No. 17 promulgada en el Registro Oficial No. 134 del 20 de Agosto de 1997.

## 5.- CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA EXCLUSIVIDAD EN LA ACTUALIDAD

Es tan importante el tema de la vigencia de la exclusividad a favor de PACIFICTEL S. A. y ANDINATEL S. A., que han existido criterios oficiales diversos e incluso totalmente contradictorios provocando que algunos de ellos tengan que reformar de forma expresa criterios oficiales anteriormente otorgados.

El artículo 8 de la Ley Especial de Telecomunicaciones otorgaba a las empresas EMETEL S. A. (en su momento), PACIFICTEL S. A. Y ANDINATEL S. A. la prestación de los servicios de telefonía en régimen de exclusividad regulada. Dicha disposición establecía además de forma clara que dicho régimen de exclusividad regulada se prestaría "por el tiempo, en la forma y condiciones" determinadas en dicho cuerpo de leyes.

La Ley Especial de Telecomunicaciones regulaba el tiempo, la forma y condiciones de la señalada exclusividad regulada en su artículo 54 al señalar que el mismo tendría "una duración de sesenta meses, contados a partir de la venta de las acciones de la compañía anónima".

La condición constituida por la venta de las acciones de la compañía anónima a la que hace referencia el artículo 54 de la Ley Especial de Telecomunicaciones nos remite a lo previsto en el artículo 48 de la señalada ley, disposición en la cual se preveía la venta del 35% de las acciones de las compañías producto de la escisión de EMETEL S. A., es decir a la venta de las acciones de PACIFICTEL S. A. Y ANDINATEL S.A.

Por lo expuesto podemos concluir que, en vista de que no se cumplió la condición que consistía en la venta del 35% de las acciones de PACIFICTEL S. A. Y ANDINATEL S. A., no se ha dado inicio al período de exclusividad regulada previsto en el artículo 54 de la ley Especial de Telecomunicaciones.

## 6.- CONSIDERACIONES ESPECIFICAS SOBRE LA EXCLUSIVIDAD A LA QUE SE HACE REFERENCIA EN EL DENOMINADO "CONTRATO DE CONCESION".

Pero existe un documento adicional, que también ha sido materia de análisis, y en el cual se hace referencia a la existencia del régimen de

exclusividad. Dicho documento es el llamado "contrato de concesión" de los cuales, repito, únicamente se nos ha presentado a estudio el suscrito entre ANDINATEL S. A. y la SECRETARIA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.

En dicho documento existen varias disposiciones que hacen referencia a que existe a favor de ANDINA TEL S. A., una concesión para prestar los servicios en régimen de exclusividad regulada, las mismas que transcribimos a continuación:

**CLAUSULA QUINTA: OBJETO Y SERVICIOS CONCEDIDOS.-**

5.1.) **SERVICIOS DE EXCLUSIVIDAD.** Por mandato de los artículos 1, 2 Y 53 de la Ley Reformatoria se otorga al Concesionario<sup>3</sup> una concesión de servicio público en Régimen de Exclusividad Temporal y Regulada para organizar e instalar, en sus casos y para prestar, administrar, operar y explotar, por su cuenta y riesgo, los servicios que se enumeran a continuación, los cuales serán operados y explotados por el Concesionario, de acuerdo al presente contrato: 5.1.1.) Todos los siguientes servicios Finales .... 5.1.2) Servicios Portadores ....

**CLAUSULA SEPTIMA: REGIMEN DE EXCLUSIVIDAD**

**TEMPORAL Y REGULADA.-** 7.1) Servicios de Exclusividad. Sujeto a los términos y condiciones aquí establecidos, bajo ninguna razón ni circunstancia, ni la Secretaría, ni el Consejo, (ni cualquier órgano regulador que lo sustituya) otorgarán a favor de otra persona natural o jurídica que no sea el Concesionario, concesiones, licencias o permisos temporales o permanentes para el uso o explotación de los Servicios de Telecomunicaciones a los cuales se refieren las cláusulas 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3 Y 5.14 .... dentro del área de concesión, por sesenta (60) meses contados a partir de la fecha efectiva.

En el anexo respectivo se establece el siguiente significado de "Fecha Efectiva".

Fecha Efectiva: Fecha de entrada en vigencia del presente contrato, que se computará a partir de la suscripción del respectivo Contrato por la Secretaría.

<sup>3</sup> Léase ANDINA TEL S. A.

En virtud de estas disposiciones hay opiniones que afirman que, como el artículo 1588 del Código Civil establece que todo contrato es "ley para las partes" se tiene que respetar la exclusividad regulada otorgada según lo dispuesto en las cláusulas quinta y séptima que han sido transcritas.

Para determinar si esta última afirmación es concreta es imperativo indicar que la disposición contenida en el artículo 1588 del Código Civil establece como requisito para la validez y por lo tanto para la eficacia de los contratos en general que estos sean "legalmente" celebrados. Paso a transcribir la norma señalada:

Art. 1588,- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

La siguiente pregunta sería entonces si el documento denominado "contrato de concesión" fue legalmente otorgado.

En este punto es importante señalar que de acuerdo a las normas de derecho administrativo, aplicable a las actuaciones de los funcionarios públicos, estos únicamente pueden realizar los actos para los cuales se encuentran autorizados.

En el caso, la Ley Especial de Telecomunicaciones establecía claramente la forma, el tiempo y las condiciones para la existencia de la exclusividad regulada, en su artículo 53 al determinar que el régimen de exclusividad regulada se contaría únicamente a partir de la venta de las acciones.

Es importante anotar además que todas las disposiciones legales (a las que allí se hace referencia en el documento denominado "contrato de concesión") establecen que el régimen de exclusividad regulada se otorgará en la forma establecida en la Ley Especial de Telecomunicaciones.

De lo expuesto hasta ahora podemos concluir que ni el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, ni el Secretario Nacional de Telecomunicaciones tenían la facultad de otorgar a P ACIFICTEL S. A. o a ANDINATEL S. A. exclusividad alguna pues la ley no se los permitía; y, por lo tanto el Secretario Nacional de Telecomunicaciones al otorgar

el denominado "contrato de concesión" consideramos actuó incluso de forma contraria a la Ley Especial de Telecomunicaciones pues esta tenía previsto la vigencia de la exclusividad regulada únicamente a partir de la venta de las acciones que hasta la presente fecha se ha llevado a efecto.

Si la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones no otorgó el denominado "contrato de concesión" de forma legal y más bien lo hizo contrariando las expresas disposiciones de la Ley Especial de Telecomunicaciones, no se puede reclamar eficacia alguna de las disposiciones relativas a la exclusividad regulada del señalado "contrato de concesión".

Por otro lado es imperativo analizar el marco legal que engloba el otorgamiento de la concesión y especialmente del régimen de exclusividad regulada; régimen al cual hace referencia la Ley Especial de Telecomunicaciones y la Ley de Modernización del Estado. Ambas normas son reconocidas en el denominado "contrato de concesión" dentro del marco legal que rige el otorgamiento del documento.

Es importante hacer una distinción necesaria respecto de las normas señaladas. El artículo 47 de la Ley de Modernización del Estado prevé el otorgamiento de condiciones de exclusividad regulada siempre y cuando exista una autorización expresa del Presidente de la República expedida mediante Decreto Ejecutivo, refiriéndose de esta manera a la generalidad de casos en que se otorguen condiciones de exclusividad regulada relacionados con las áreas cuya explotación se encontraba reservada al estado entre 'las cuales se especificaba a las telecomunicaciones. La Ley Especial de Telecomunicaciones por su parte, al hacer referencia al régimen de exclusividad regulada en sus artículos 52 y siguientes única y exclusivamente se refiere a las concesiones que se otorgaría tras la venta de las acciones de P ACIFICTEL S A. Y ANDIN A TEL S. A.

Siendo entonces las normas contenidas en la Ley Especial de Telecomunicaciones dirigidas a regular el régimen de exclusividad regulada únicamente tras la venta de las acciones de P ACIFICTEL S. A. y ANDINATEL S. A., era necesario respetar las normas generales establecidas en la Ley de Modernización del Estado para el otorgamiento de condiciones de exclusividad regulada. A este respecto no hemos podido encontrar Derecho Ejecutivo alguno que, como la requiere la disposición

señalada, autorice el otorgamiento de condiciones de exclusividad regulada y el llamado "contrato de concesión" tampoco hace referencia a autorización presidencial alguna.

Es importante hacer referencia en este punto al artículo 249 de la Constitución Política de la República del Ecuador, disposición que refiriéndose, entre otros, a los servicios de telecomunicaciones establece que las condiciones contractuales acordadas con las empresas delegadas para la prestación de dichos servicios "no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones". Es importante hacer referencia a dicha disposición pues podría pensarse que el efecto de la misma sería que las disposiciones del "contrato de concesión" comentadas fueran consideradas inamovibles. Al respecto debo aclarar que las mismas no podrían ser aplicables al caso en virtud de que las disposiciones comentadas del denominado "contrato de concesión" serían nulas de nulidad absoluta por las razones arriba anotadas, siendo la declaratoria de dicha nulidad un acto distinto a los señalados en el comentado artículo 249 de la Constitución.

## 7.- CONCLUSIONES

1. La Ley para la Transformación Económica del Ecuador derogó la posibilidad de que exista exclusividad regulada a favor de algún operador a futuro.
2. Las disposiciones relativas a la exclusividad regulada contenidas en el denominado "contrato de concesión" fueron otorgadas al margen de la ley.
3. Al otorgarse las disposiciones relativas a la exclusividad regulada futura de la ley estas serían nulas.

## 8.- CONSIDERACIONES Y ACLARACIONES FINALES

Hemos creído necesario realizar las siguientes consideraciones finales:

- En varias partes de la consulta nos hemos referido a PACIFICTEL S. A. y a ANDINA TEL S. A. puesto que las disposiciones comenta-

das contemplan a ambas y de la Resolución No. 51o-21-eONATEL97 que se anexa al contrato se establece que el contrato que se ha comentado es un "contrato tipo".

- Téngase en cuenta que los servicios de telefonía del cantón Cuenca son prestados por la Empresa Municipal de Teléfonos, Agua Potable y Alcantarillado ET AP A cuya situación no ha sido analizada.

No hemos analizado las necesidades prácticas del otorgamiento del documento denominado CONTRATO DE CONCESIÓN.

- No hemos analizado tampoco si la concesión se encontraba correctamente otorgada ni tampoco si el documento analizado constituye un contrato a las normas del derecho ecuatoriano.

Agosto del 2000.

Carlos Pazmiño Campos.