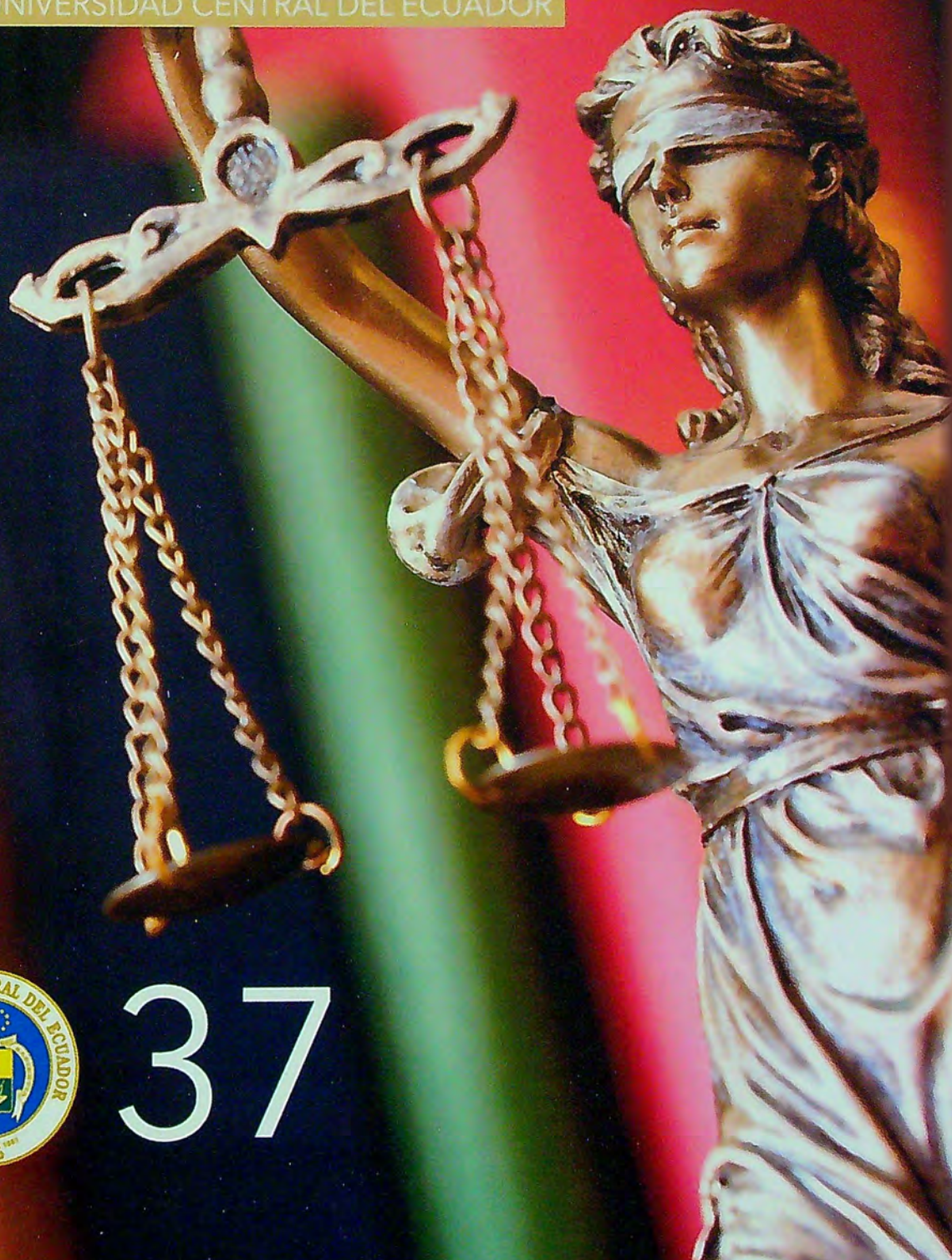


CIENCIAS SOCIALES

2015

REVISTA DE LAS CARRERAS DE SOCIOLOGÍA Y DE POLÍTICA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



37



CIENCIAS SOCIALES

REVISTA DE LAS CARRERAS DE SOCIOLOGÍA Y DE POLÍTICA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

37

Autoridades:

Rector: Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda

Vicerrector Académico: Dr. Nelson Rodríguez Aguirre

Vicerrector Administrativo: Econ. Marco Posso Zumárraga

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales:

Decano: Dr. Patricio Sánchez Padilla

Carrera de Derecho:

Director: Dr. Patricio Salazar Oquendo

Carreras de Sociología y de Política:

Director: MSc. Francisco Hidalgo.

Consejo Editorial:

Napoleón Saltos Galarza. (Director)

Rafael Polo Bonilla. (Codirector)

Francisco Hidalgo Flor. (Codirector)

Dra. MSc. Galicia Rodríguez Logroño

Dr. Lenin Reyes Merizalde

Consejo asesor y evaluador:

Dra. Phd Ana Abril Olivo

Dr. Hernan Rivadeneira Jativa

Dr. Mauricio Pacheco

Dr. José García Falconi

Dr. Alvaro Román Márquez

Dra. Patlova Guerra Guerra

Msc. Alejandro Rodas Coloma

Revista Ciencias Sociales:

Fundada en 1976

Diseño

Fabián Ponce G.

Correo electrónico: rcsociales@gmail.com

Revista 2015

Editorial Universitaria

Universidad Central del Ecuador

Impreso en

Corporación de Estudios y Publicaciones



FOTO PORTADA: Sebnem Raglboglu, 123rf.com



Se puede utilizar libremente los textos,
siempre que se cite la fuente.

Indice

Presentación	6
La participación ciudadana. Rol del estado inserto en la Constitución de 2008, Alejandro Rodas Coloma	8
Una Asamblea Constituyente para ampliar la democracia y la participación ciudadana, Hernán Rivadeneira Játiva	14
La participación ciudadana en el nuevo ordenamiento jurídico del Ecuador, Lenin Reyes Merizalde	24
Los derechos de libertad de las ciudadanas y ciudadanos en el derecho constitucional, Merck Benavides	30
El derecho constitucional de petición en la Legislación Ecuatoriana, Dr. José García Falconí	40
Historia del Consejo de la Judicatura del Ecuador, Javier Gomezjurado Zevallos	60
Historia del Consejo de la Judicatura del Ecuador, parte II, Javier Gomezjurado Zevallos	74
El Estado Neoconstitucional, la culpabilidad penal y los Wuoranis: La motivación penal desde lo constitucional, Mauricio Enrique Pacheco	84
La mujer en el derecho, María Patlova Guerra Guerra	94
El principio constitucional de igualdad tributaria desde una perspectiva de género, Katty Muñoz Vaca	98
La historia de la victimología, María Patlova Guerra Guerra	110
Criminología y género en el Sistema económico del Ecuador, Brenda Cielaika Vanegas León	108
"La casuística en el sistema adversarial", María Patlova Guerra Guerra	130
Mediación como método de solución de conflictos, Galárraga Carvajal Diego Renato	138
Problemas de la tipicidad en la actio libera in causa en su estructura básica, Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos	144
La interconexión como fundamento de la competencia en telecomunicaciones, Ana Abril Olivo	150
El régimen jurídico de la marca, Ana Abril Olivo	158
El Principio Precautorio en el Derecho Ambiental, Marcelo Galárraga Carvajal	164
De un estado excluyente a un estado intercultural, Álvaro Román Márquez	170
De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte II, Álvaro Román Márquez	180
De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte III, Álvaro Román Márquez	190
De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte IV, Álvaro Román Márquez	202
Estudio sobre las estructuras de dominación en el sistema educativo capitalista ecuatoriano, a partir del análisis de las nociones de habitus y capital cultural propuestas por Pierre Bourdieu", Alejandro Rodas Coloma.	214
Orígenes del autoritarismo en el régimen de Alianza País, Napoleón Saltos Galarza	222
Génesis de la ciudadanía: mecanismo ordenador de las relaciones de fuerza y dominación, Marcelo Bonilla Urbina	236
Normas para la publicación de artículos	250
Procedimiento para aprobación de artículos	251

LA INTERCONEXIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES

Dra. Phd. Ana Abril Olivo

Profesora de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador

Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales. Universidad Central del Ecuador. Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República. Universidad Central del Ecuador. Especialista Superior en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones. Universidad Andina Simón Bolívar. (UASB). Magister en Derecho Económico.(UASB). Doctora en Derecho (UASB). Actualmente además de desempeñarse como docente de la Carrera de Derecho, funge como Directora del Instituto Superior de Investigación y Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador

RESUMEN

El sector de las telecomunicaciones se nutre de un componente trascendental que permite que toda la información transite libre y eficazmente por la Red: es la interconexión entre todos los operadores y proveedores de servicios, gracias a ella se hace efectiva la garantía de una comunicación completa entre los usuarios y de acceso a todos los servicios; y desde lo jurídico, se obtiene una nueva dimensión del derecho a la libre expresión, comunicación e información, porque el ciudadano del mundo exige una comunicación masiva, global y a bajo costo.

Las telecomunicaciones nacieron siendo un espacio monopólico del estado, en el cual se mantenía la unidad de la red porque el objetivo era mantener su hegemonía en el ámbito de su cobertura. Pero los conceptos económicos evolucionaron en el mundo y alcanzaron también a las telecomunicaciones, para lograr la apertura de los mercados a partir del concepto de la competencia, como el elemento fundamental del libre mercado, lo que es posible alcanzar a través de la interconexión. La meta final de la interconexión es permitir la unidad funcional de las redes de telecomunicaciones para la satisfacción plena del usuario final.

Palabras clave: *Telecomunicaciones, Interconexión, Competencia, Información, Redes.*

ABSTRACT

The telecommunications sector thrives on a major component that allows all the information transits freely and effectively by the Network: the interconnection between all operators and service providers, because it is the guarantee of a complete communication users and access to all services; and from the law, a new dimension of the right to free expression, communication and information is obtained, because the citizen of the world requires a massive, comprehensive and inexpensive communication.

Being born telecommunications as monopoly state space where the network drive was kept because the goal was to maintain its hegemony in the area of coverage. But economic concepts evolved in the world and also reached to telecommunications, to achieve open markets based on the concept of competition, as the fundamental element of the free market, which can be achieved through the interconnection. The ultimate goal is to enable the interconnection of the functional unit of the telecommunications networks to the full satisfaction of the end user.

Keywords: *Telecommunications, Networking, Competition, Information Networks.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 08
APROBADO: 2015 - 05 - 21

La competencia

El modelo económico dominante en la actualidad es el del libre mercado, cuyo núcleo y fundamento es la competencia, que constituye la suprema expresión de la libertad de empresa, entendida como la garantía que coadyuva al desarrollo de la economía de mercado y, consecuentemente de la productividad.

En términos generales, la competencia implica la facultad que tienen para concurrir al mercado, los productores de bienes o prestadores de servicios a poner los a disposición de los clientes, usuarios y consumidores; mientras estos concurren a adquirirlos buscando sus mejores manifestaciones, que satisfagan su necesidad a precios asequibles. Así resulta que si bien se entienden de modo simple y claro las generalidades de la competencia, las políticas que se dictan, protegen valores expresados de diferentes modos, que están de acuerdo con la orientación jurídicoeconómica de cada Estado y Gobierno, manteniendo generalmente incólume la protección de bienestar del consumidor que es en definitiva el bien jurídico protegido (Miranda, 1999:30).

Respecto de la construcción de un concepto jurídico de competencia, como lo explica el Dr. Luis Guillermo Vélez (Vélez, 1999:125-128) se debe tener en cuenta que su contenido tiene siempre un fundamento económico. La competencia en estricto sentido jurídico se la define de la siguiente manera:

Competencia es la relación entre sujetos, personas físicas o morales que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de venta de mercancías o prestación de servicios similares, con relación a una clientela, también similar, de modo que puedan resultar repercusiones entre dichos sujetos, a causa de sus actividades en tal forma que pueda beneficiarse la actividad de un sujeto de la actividad de otro (Frisch & Mancebo. Citado por Vélez, 1999:18).

a) de defensa de la competencia, orientado al análisis del control y regulación de las prácticas restrictivas de la competencia y que en USA se denomina "Derecho antimonopolístico".

b) Derecho contra la competencia desleal.

Derecho de La competencia requiere guardar un equilibrio entre dos aspectos que son inmanentes a su existencia: por una parte, tiene un claro efecto autodestructor cuando genera efectos de desaparición de las empresas menos eficaces, mientras que por otra parte penaliza a aquellas otras que han logrado crecer y ser eficientes bajo el fantasma denominado monopolio, holding o trust. El ideal de competencia se alcanza cuando se logra el equilibrio entre los mencionados aspectos.

Para tratar la competencia, desde el punto de vista del Derecho, es necesario remitirnos a su alcance, que se desprende del conjunto de normas que tratan sobre las actividades económicas y actos de producción de bienes y servicios ofrecidos en el mercado y destinados al consumo. Estas normas son fundamentalmente las que se refieren a derechos reales y a obligaciones y contratos, pero al mismo tiempo no son la simple concepción de las cosas involucradas o de la licitud o ilicitud de las relaciones jurídicas, como se desprendería de lo manifestado, sino que versan sobre una institución jurídica especial diferente del derecho general, de contenido propio que parte de la calidad de libre que tiene la competencia y del consentimiento y voluntad de los privados, pero concebido para proteger primero, el interés público inmerso en la actividad competitiva y segundo, la preservación de esa misma actividad, con cuyo objetivo instituye obligaciones de no hacer.

Así conceptualizado el Derecho de la competencia, como las normas que tratan sobre las actividades económicas y actos de producción de bienes y servicios para proteger y preservar el interés público inmerso en la competencia del libre mercado mediante obligaciones de no hacer a favor de consumidores o empresarios y a cargo de personas que ejecutan actos comerciales atentatorios de la existencia de la competencia y su libre desarrollo, abarca un amplio campo de diversos ámbitos jurídicos, para cuya mejor comprensión, me permito agruparlos en tres partes, aclarando que pueden haber otras clasificaciones que pueden contener diferencias según sea el fundamento para su agrupación:

c) Derecho defensa al consumidor que incluye la tutela del consumidor y la protección contra el engaño.

d) Restricciones:

- Monopolios legales.
- Derechos de autor.
- Marcas, patentes y registro.

La interconexión y la competencia en telecomunicaciones

La interconexión en telecomunicaciones se fundamenta en la necesidad de que la información transite libre y eficazmente por la Red, de manera que se haga efectiva la garantía de la comunicación completa y global entre los usuarios y se produzca la interoperabilidad de los servicios.

Desde el punto de vista del desarrollo de los derechos, al alcanzar esta comunicación completa, se convierte en realidad el tradicional derecho a la libre expresión y a la información, dimensionada ahora de manera distinta, porque el ciudadano del mundo exige una comunicación global, masiva y a bajo costo. Técnicamente la interconexión es la unión física y lógica de dos o más redes públicas que "permite el intercambio y terminación de tráfico entre dos prestadores de servicios de telecomunicaciones, de manera que sus clientes y usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de otros prestadores"¹. Así es como la interconexión se constituye en elemento fundamental para la conformación de la red de redes que ha dado nacimiento a la sociedad de la información, con cuyo objetivo la interconexión debe darse de cualquiera con cualquiera.

Desde el punto de vista del mercado, a partir de la liberalización la interconexión entre redes ha adquirido especial trascendencia, porque ahí nace el concepto de la pluralidad de redes y servicios, mientras que en el espacio monopólico se mantenía el sistema de la unidad de red, permitiendo apenas el desarrollo de ciertas formas de enlaces, porque el afán de los operadores establecidos era mantener su monopolio en todo el ámbito geográfico de su cobertura.

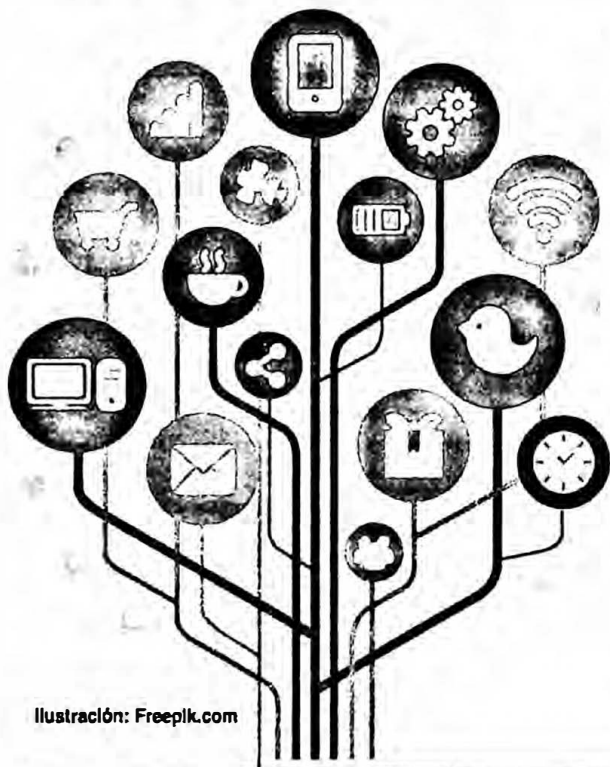


Ilustración: Freepik.com

Con el advenimiento del mercado, bajo el principio de la libre competencia, el sector de las telecomunicaciones debe resolver la necesidad de que el sistema se desarrolle con eficacia, para lo cual todas las redes deben cumplir con la interconexión que permita la unidad funcional desde el punto de vista del usuario final.

Así es como no basta que el organismo de regulación otorgue los títulos habilitantes, sino que además debe establecer las reglas suficientes para tutelar que los entrantes puedan ingresar, permanecer y operar en condiciones de igualdad y sin discriminación. Es decir, que a la regulación le corresponde por una parte, garantizar el derecho del usuario a una comunicación completa; y, por otra parte, preservar para todos los operadores un entorno competitivo sin barreras de entrada y en el que se haga efectivo el uso de las instalaciones esenciales del establecido. El enlace de las redes públicas y en general el acceso igual, no discriminado y eficaz de los nuevos prestadores de servicios y de los usuarios a las infraestructuras básicas de la comunicación es uno de los mayores postulados de la regulación para garantizar el ambiente adecuado que permita el advenimiento de la sociedad de la información.

El principio regulatorio de que la interconexión fundamenta la competencia se hace visible en las normas que imponen al operador establecido a contratar con el entrante, provocándose una diferencia básica con el principio jurídico de que un contrato se inicia con la autonomía de la voluntad, tanto más que los diferentes aspectos a negociar deben sujetarse a reglas establecidas igualmente en forma previa. En telecomunicaciones, para dar paso a la garantía de acceso a todas las redes públicas, el establecido debe contratar con todos los solicitantes a partir de la obligación incluida en la normativa. Para mayor seguridad, la regulación dispone que si en un plazo determinado no se concluye con el contrato, intervendrá para dictaminar sobre los puntos divergentes, con fuerza vinculante, como analizaré más adelante.

En el sector de las telecomunicaciones entonces, el desarrollo de una sana competencia tiene como fundamento la interconexión.

El derecho de telecomunicaciones

Los procesos de liberalización y de traspaso de las actividades a la iniciativa y al sector privado, vuelven necesario un rediseño de la conceptualización jurídica, porque es el Derecho el que debe imponer las reglas para hacer funcionar los objetivos, los principios y los contenidos del mercado.

La obligación de interconectar y todo su sistema inherente, se han convertido en punto neurálgico del nuevo Derecho de telecomunicaciones, que tiene como una de sus fuentes los ordenamientos regulatorios. El apareamiento de los diferentes elementos: redes, operadores, servicios, proveedores, interconexión, marcan este

1.- Reglamento de Interconexión, art. 2.

rediseño de los sistemas regulatorios, conservando siempre los objetivos finales que son: por una parte, la garantía de la libre competencia que requiere que el marco regulatorio le otorgue la seguridad jurídica para el mantenimiento y supervivencia del mercado, que sea capaz de preservar como prioridad el servicio al usuario final; y, por otra parte para tutelar que el servicio, ahora prestado por particulares o privados, llegue a esos segmentos a los cuales no llega el mercado, pero que tienen una connotación jurídica trascendente por su contenido de necesidad social o interés general.

El servicio público ha sido tradicionalmente concebido en conjunción con el sistema monopólico, cuando el Estado ha ejecutado sus acciones para satisfacer las necesidades sociales o de interés general. A partir de la liberalización del mercado, la explotación de los servicios fueron transferidos a la iniciativa y propiedad privada, sin embargo aquellos que se consideran básicos para la sociedad siguen manteniéndose bajo la calificación de servicios públicos, tal como sucede con las telecomunicaciones, para garantizar su permanencia y continuidad, así como la sujeción a la acción regulatoria a todos los lugares en los cuales no funciona el mercado o existen distorsiones. Esta posibilidad de acceder a las diferentes formas de comunicación es vital para los ciudadanos del mundo que reclaman el derecho de incorporarse masivamente a la sociedad de la información. En el Ecuador, tenemos una curiosa realidad generada por la falta de disposición expresa en la ley de la materia, que no ha podido ser reformada en el Legislativo y se mantiene desde 1995, con algunas modificaciones; sucede que la disposición constitucional de que las telecomunicaciones son un servicio público ha sido limitada a través del Reglamento General a la ley que puntualiza de modo expreso que tiene la calidad de servicio público únicamente la telefonía fija local, nacional e internacional y retira, consecuentemente, del servicio público a la telefonía móvil y al servicio portador.

Al Derecho de telecomunicaciones le corresponde encontrar las soluciones que permitan la adecuación de esta nueva realidad económica producida en el mercado liberalizado, con las instituciones jurídicas para alcanzar la articulación con los principios y contenidos comunes del Derecho. Deberá entonces, recoger positivamente las necesidades de un mercado imperfecto para incluir los fundamentos y procedimientos en el marco normativo.

En lo específico del servicio a esos lugares a donde no llega el mercado, debo manifestar que se cumple a través de la denominada universalidad del servicio que incluye tanto al servicio universal como al acceso universal, sobre los que me permito aclarar, siguiendo el criterio de la Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones², que el servicio universal es el mantenimiento y provisión de disponibilidad de la conexión desde cualquier hogar a las redes públicas de telecomunicaciones, mientras que el acceso universal se restringe únicamente al acceso a un teléfono público en cualquier centro comunicatorio de teleservicios. La normativa del Ecuador recoge estos conceptos en el Reglamento del Fondo para el desarrollo de

las Telecomunicaciones en áreas rurales y urbano marginales³, FODETEL.

En el entorno de mercado, donde los operadores tienen la obligación de inter-conectarse para cumplir con los postulados de la competencia, la prestación del servicio universal debe ser objeto de especial solución regulatoria, especialmente en lo referido a la definición y a su financiamiento.

La definición depende básicamente de cada país, que generalmente tiene en cuenta el aspecto económico que es el que permite una mayor o menor inclusión de servicios en la prestación del servicio universal, siendo evidente que los países industrializados tendrán la posibilidad de ofrecer a título de universalidad mejores y más completos servicios, mientras que los países en vías de desarrollo deberán circunscribirse a ofrecer el acceso universal.

Sobre el financiamiento, la competencia podrá hacerse efectiva siempre que se clarifique la posición del Estado, asumiendo el costo del servicio universal. Países industrializados han demorado la efectividad de la competencia por no establecer debidamente el coste del servicio universal que puede llegar a convertirse en una carga adicional para los operadores establecidos, como ha sucedido en España, en donde la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones ha debido intervenir para fijar el método de evaluación del coste neto de este servicio. Si bien los economistas y expertos del Sector han expresado una abierta oposición a la existencia de subsidios, criterio que es recogido repetidamente por la legislación ecuatoriana, se le considera uno de los caminos para viabilizar el financiamiento. Otros países orientan sus enfoques a soluciones diversas como son: Reformas basadas en el mercado, imposición de obligaciones de contribuir al servicio, compensaciones por déficit de acceso, conformación de un fondo de universalidad.

En el Ecuador es una realidad la necesidad de transparentar el mercado a partir de la ausencia del rebalanceo tarifario, que permite la existencia de subsidios cruzados a despecho de expresas disposiciones legales y reglamentarias que la prohíben. En este momento de entrada gradual de nuevos operadores le corresponde al Estado, a través de sus organismos de regulación asumir el reto de sincerar las cuentas por concepto de servicio universal, propiciando el desarrollo y madurez del mercado. Lo contrario significaría dejar que los operadores establecidos disminuyan apreciablemente su capacidad de competir por soportar una carga mayor que los entrantes, y lo que es más grave, que vayan mermando en el tiempo su capacidad financiera con impredecibles consecuencias para su permanencia, tal como ha sucedido con la Compañía Telecom de Colombia. Como se puede apreciar, la cobertura del subsidio al servicio universal es trascendental, habida cuenta que, abierta la competencia, ésta se producirá básicamente en la larga distancia, porque el servicio universal se da en el servicio local y se producirá en muy corto plazo el descreme del mercado³. El régimen de competencia será posible solo si se establece con claridad quién y en qué medida van a correr con estos gastos.

² Unión Internacional de Telecomunicaciones (Oficina de Desarrollo de las Tc), *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, Toronto, Hank Hintven, McCarthy Tétrault, noviembre de 2000 [hinven@mccarthy.ca], pp. 61 y ss.

³ Unión Internacional de Telecomunicaciones (Oficina de Desarrollo de las Tc), *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, Toronto, Hank Hintven, McCarthy Tétrault, noviembre de 2000 [hinven@mccarthy.ca], pp. 61 y ss.

La normativa en el Ecuador

En el Ecuador el modelo económico según la declaratoria constitucional contenido en el art. 244 es:

un sistema social de economía de mercado, dentro del cual al Estado le corresponde promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionan conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen (art. 23, num. 16.)

Sin embargo, el enunciado constitucional de que el Estado promoverá los mercados competitivos carece del marco legal correspondiente, pues los proyectos de *Ley de Defensa de la Competencia* presentados al Congreso Nacional para su promulgación fueron finalmente recogidos en un solo cuerpo normativo que al cumplir su procedimiento en el nivel ejecutivo recibió un veto total, lo que le imposibilita volver a discutirse hasta dentro de un año, plazo que cumplido, permitirá la habilitación de un nuevo intento para tener esta norma.

La realidad en el Ecuador es que aún no se ha desarrollado el Derecho de competencia, ni el Derecho contra la competencia desleal, dentro de los que tienen parte fundamental el tratamiento y potencial enfrentamiento a los *acuerdos y prácticas restrictivos y la competencia desleal*, ni uno ni otro aún han sido instituidos legalmente y por lo tanto no tienen una práctica jurídica. La razón, la ausencia efectiva de las normas que protejan y promuevan la libre competencia y concurrencia de los agentes económicos mediante el control, regulación y sanción a las conductas anticompetitivas y las restricciones que obstruyan o restrinjan las libertades económicas. Lo que si tenemos dentro del ordenamiento es la tutela de los derechos del consumidor a través de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*.

Así resulta que la competencia en el Ecuador está soportada legalmente solo en cuanto se refiere al consumidor, faltando lo que se refiere en términos generales, a la defensa de la competencia y contra la competencia desleal.

Con la fundamentación constitucional mencionada, y debido a la influencia de una permanente evolución que le confiere el aspecto técnico, en el Sector de las Telecomunicaciones, se dictó una norma mandatoria para que todos los servicios de telecomunicaciones se brinden en régimen de competencia, dictada después de permanecer casi cuatro años en un periodo de *exclusividad temporal y regulada*. La mencionada disposición sin embargo, no está dada por la Ley Especial de Telecomunicaciones que no ha podido ser reformada, como ya he mencionado, por falta del necesario acuerdo político en el legislativo, sino por una reforma que consta en la *Ley para la Transformación Económica del Ecuador* de 13 de marzo de 2000. Sin embargo, la declaratoria legal aún no ha sido ejecutada totalmente, porque estamos viviendo la siguiente fase a la de los concursos para la adjudicación de concesiones y consiguientes títulos habilitantes, que es precisamente la negociación previa a la implementación de los convenios de interconexión de las operadoras entrantes. Es decir, que hay una declaratoria de competencia de *jure*,

con la última prolongación del monopolio legal de facto en las operadoras telefónicas establecidas.

Esta norma legal que transforma el sistema económico de las telecomunicaciones incluyéndolo en el régimen de la libre competencia, dio lugar a la reforma de varias normas reglamentarias que contienen las disposiciones para aplicar los principios de competencia en los diferentes servicios, que prohíben ciertas conductas que restringen o falsean o pretenden falsear la competencia.

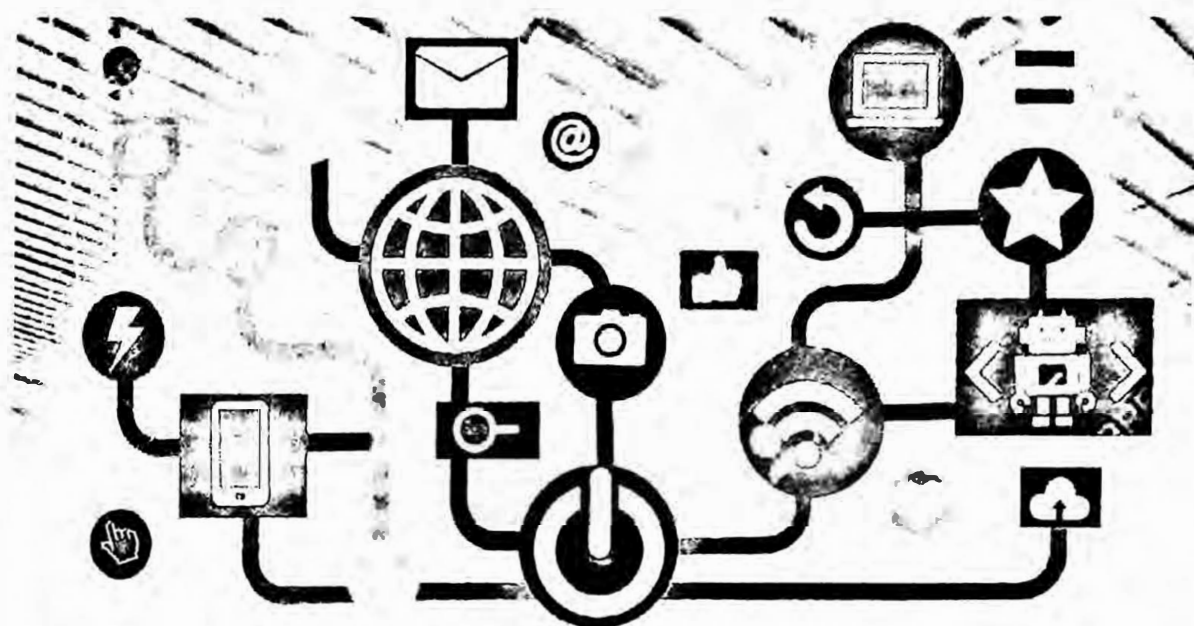
Para posibilitar la aplicación de la *Ley Reformatoria de la Ley Especial de Telecomunicaciones*, el Ejecutivo expidió el Reglamento General a la Ley, publicado en el R.O. 404 de 4 septiembre de 2001, que incluye varios capítulos referidos a los principales aspectos de la competencia como son: el *régimen de competencia*, el régimen del servicio universal, el régimen del operador dominante, el régimen de interconexión y la obligatoriedad de la conexión e interconexión. Igualmente se expidió por parte del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, el Reglamento de Interconexión, publicado en el R.O. 481 de 26 de diciembre de 2001, que contiene disposiciones que recogen los principios universales que consideran a la interconexión una obligación del operador establecido por su calidad de elemento clave en el desarrollo funcional de todo el sector.

La fundamentación para esta obligación legal de otorgar interconexión es la necesidad de asegurar que la competencia entre operadores se dará en igualdad de condiciones, sin que la propiedad de la red constituya una ventaja para el establecido ni pueda convertirse en una barrera de entrada. Esto, porque el régimen en el Ecuador permite que esta red del ex monopolio sea de propiedad privada.

Este cuerpo reglamentario establece principios de obligatoria observancia para todos los operadores. De entre estos principios, es necesario anotar el de la *Neutralidad: ningún prestador podrá abusar de su posición de mercado o de sus condiciones particulares para imponer condiciones de mayor ventaja en detrimento de sus competidores u otros prestadores*. El mandato reglamentario es claro en contra del abuso de posición dominante, cuando se orienta a favorecer a determinado operador, perjudicando a otros competidores.

Otra norma que contiene una disposición para garantizar que no habrá abuso de posición de dominio es la de que *las redes de telecomunicaciones deberán adaptarse al concepto de arquitectura de redes abiertas, entendiéndose por tal la obligación del prestador solicitado de permitir el uso eficiente de su red por parte de los prestadores solicitantes, bajo parámetros tecnológicos que posibiliten el acceso y la interoperabilidad de las redes*. En este caso, la norma prevé que el abuso puede generarse a partir de la utilización de una determinada tecnología, por lo que se dispone que la arquitectura debe tender a las redes abiertas que no se amarran a un protocolo.

Bajo idéntico análisis, también es objeto de la prohibición la imposición del dueño de la red para limitar o condicionar el diseño de la red del entrante. En estas dos últimas disposiciones, el Reglamento de Interconexión cristaliza el



Fotografía: Robert Churchill, 123rf.com

principio básico de la *red abierta* para garantizar la apertura real y efectiva.

Así mismo, el Reglamento garantiza la competencia imponiendo al operador dominante dueño de la red pública, el otorgamiento de la co-ubicación y acceso a la infraestructura civil a favor del entrante. La co-ubicación es el espacio físico y los servicios auxiliares que solicite el entrante para interconectarse. El acceso a la infraestructura incluye duetos, postes, pozos, derechos de vía, bajo la única condición de que sea técnicamente viable, que exista disponibilidad, que no interfiera en la prestación del servicio del establecido y que no altere su plan de expansión. Estas expresiones de la prohibición también contienen la prevención contra un potencial abuso de posición de dominio que nace igualmente de la propiedad de la infraestructura del dominante.

Para finalizar las prohibiciones de abuso de posición de dominio, el Reglamento establece la obligación al operador interconectante de otorgar el acceso a su red, por lo menos con la misma calidad que tiene para sí mismo o a las empresas relacionadas o a terceros.

En definitiva, el Reglamento sigue el camino de los principios generales de la interconexión que deben ser aplicados a los contratos:

- A acceso igual, cargo igual (principio de igualdad).
- No discriminación.
- Neutralidad.
- Transparencia.
- Unidad funcional de las redes.
- Proporcionalidad.
- Consensual.
- Oneroso.
- Bilateral.
- Sinalagmático.

La obligación de contratar y la dirimencia vinculante del regulador

A partir de estos antecedentes y en el entendido de que la interconexión es la clave para el desarrollo del mercado y para la innovación de la tecnología, la regulación debe asegurar el funcionamiento integral del sistema, mediante el establecimiento de una serie de obligaciones, revistiendo el carácter de principal la que se refiere a la suscripción de los convenios o acuerdos. Si esta institución es tratada en forma inadecuada por la regulación, implicará un alto costo financiero y de retroceso técnico, además de que tiene suficiente implicación como para detener al proceso de la apertura y para generar costos adicionales para los operadores, proveedores, inversionistas, consumidores y en definitiva para la economía nacional.

De este panorama trasciende la importancia de contar con un regulador independiente, imparcial, preparado y con reconocida competencia, para que a la hora de tomar decisiones, se garantice el equilibrio del sector, cuando se atiende en debida forma el interés general, de los operadores y del Estado. Mención aparte merece la cualidad de la honestidad que debe estar presente en todo funcionario y más en los representantes del organismo de regulación, cuando están investidos de la autoridad para dictar y ejecutar las políticas del Estado en relación a las telecomunicaciones.

Los estudios realizados por la *ur⁴* en la mayoría de los países indican que la interconexión constituye el tema de mayor importancia a partir del cual se puede desarrollar o no un mercado abierto en telecomunicaciones. Así aparece del tratamiento que ha tenido, en la mayoría de los países europeos en los que ha constituido un problema profundamente controversial; igualmente los países de Asia-África coinciden en señalar que el tema es de alta trascendencia para la regulación; mientras que en los países de bajo desarrollo competitivo, como son los países árabes y de América, el criterio en un 20 y 30%, respectivamente, es que la interconexión es una prioridad para el regulador.

Como ha quedado anotado, la primera manifestación de la libertad de mercado es la libertad de contratar, que tiene como técnica jurídica el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Pero, en telecomunicaciones se ha impuesto regulatoriamente la obligación de contratar, es decir, que hay una disminución de la autonomía de la voluntad. Este aspecto se explica porque con esta limitación de la voluntad contractual se da paso a la garantía de la igualdad para competir. Lo contrario significa que se contrate únicamente con operadores o privados escogidos mediante decisiones voluntarias, o no se ejecute por el poco interés de los establecidos de compartir el mercado y consecuentemente, de no hacer fácil el ingreso a sus competidores. La limitación de la voluntad contractual aparece también en los aspectos que reglamentariamente son objeto de disposiciones concretas que deben ser cumplidas por las partes; aquí se debe anotar que siempre serán mejores las normas que se

dan ex ante, que cualquier pauta que se pretenda imponer *ex post*. La segunda modalidad más bien puede tener cabida a través de mecanismos de solución de controversias o de instancias previstas por las normas de competencia si no ha existido acuerdo en la negociación directa.

En lo relativo a la intervención del regulador, los propios organismos y los expertos convergen en el criterio de que siempre será positiva si se da *ex post*, bajo la convicción de que el contenido de los acuerdos es muy complejo, de que son los propios operadores los que mejor conocen sus aspectos financieros, técnicos y operativos y de que si la participación del organismo regulatorio es inadecuada acarrearía costos muy altos para el sector.

La limitación de la voluntad contractual se da entonces, en la selección de la contraparte y en la imposición de disposiciones para garantizar la competencia a través de normas dictadas. Los potenciales acuerdos son el resultado de la acción regulatoria cristalizada en un texto, en el que poco influirá la autonomía de la voluntad, tanto más que si en la negociación no han podido concertar los participantes en un plazo determinado, que en la normativa del Ecuador es de sesenta días, los dos o uno de ellos puede acudir al regulador a solicitar su intervención para dirimir sobre los aspectos que aún no hayan concluido.

En estos casos, el organismo regulador intervendrá, de acuerdo al ordenamiento de telecomunicaciones, mediante una potestad administrativa de poder máximo que sustituye el acuerdo que debió existir entre los operadores, para expedir dentro de los lineamientos establecidos por la ley, la resolución con un contenido que será vinculante para las partes y que producirá el objetivo proseguido de asegurar la interconexión como principio sustentador del sistema de competencia. Se hace evidente que el efecto que se persigue es el cumplimiento de la obligación de interconectar, a partir de la imposición legal que pretende no librar a la voluntad de los contratantes la ejecución del elemento clave para el establecimiento del mercado, concretado en la interconexión⁵.

Este principio de vinculación es reconocido positivamente en los ordenamientos de telecomunicaciones; tal sucede también en nuestra normativa, como he dejado anotado en los Reglamentos General a la Ley y de Interconexión.

La intervención del regulador además tiene las características de ser subsidiaria y dirimente. Subsidiaria porque tiene lugar en ausencia del acuerdo de las partes, en los plazos determinados por la norma, o en caso de que determinadas cláusulas se consideren violatorias de las disposiciones regulatorias vigentes. Es dirimente porque su resolución obliga a las partes a resolver sus diferencias, aceptándolo, lo que le otorga la calidad de la dirimencia. Aquí bien cabe una segunda reflexión para establecer que las normas regulatorias en telecomunicaciones parece que se alejan de los principios generales de la administración pública, que debe estar orientada al cumplimiento de la ley y a velar por el interés general, pero no a resolver los

4 Hank Intven, McCarthy Tétrault, *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones, Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones (BOT) de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ur)* y el InfoDev (Fondo del Banco Mundial), Washington D.C., 2001, pp. 3

5 José María Chilón, "Contenido de la acción regulatoria, el acceso y operatividad en el mercado, Régimen de acceso e Interconexión", documento preparado para el Organismo de Regulación de la República Dominicana, mayo de 2003.

intereses de los operadores, que devienen en particulares, pugnando por la mejor solución a sus intereses privados. Cabe entonces, centrar la intervención del regulador dentro de la estricta esfera de la dirimencia para salvaguardar el interés general que es su razón de ser.

Comentarios sobre el estado de la interconexión en el Ecuador

Como he manifestado, el estado actual del sector es de una declaración de *jure* de apertura a la libre competencia, con un estado posterior de entrada de operadores al mercado de la telefonía fija, mediante el otorgamiento de los respectivos *títulos habilitantes* por parte del regulador. Y como corresponde a la fase establecida por la teoría de los expertos en el sector, se están ejecutando las negociaciones directas entre las partes, para suscribir los acuerdos de interconexión que aseguren a los entrantes el acceso a la red pública.

Pero en este entorno es donde se visibilizan las defectuosas consecuencias que nos ha dejado la falta de decisiones estrictamente regulatorias, en el naciente mercado. Ahí están temas trascendentes como son la falta de *rebalanceo* tarifario y la ausencia de medidas para enfrentar el coste del servicio universal. Una y otra se constituyen en verdaderas amenazas para el desarrollo del mercado. Rebalancear implica que los precios de cada uno de los servicios reflejan de la manera más cercana posible, sus costos (pero la realidad es que existe un desequilibrio, porque hay servicios como la telefonía local con precios por debajo de los costos y la telefonía internacional con precios muy superiores).

Las experiencias de los países que nos han precedido en la apertura, demuestran que los subsidios son

prácticamente insostenibles en un régimen de competencia, porque los operadores entrantes orientarán su explotación a los segmentos más rentables, provocando consecuencias negativas por partida doble, pues descremarán el mercado y no atenderán a los sectores pobres.

Resulta entonces que la regulación debe encarar con frontalidad los problemas anotados que amenazan no solo a los operadores establecidos sino al mercado que en tales condiciones no podrá cumplir con los principios que animan la competencia. La acción regulatoria deberá imponer obligaciones de expansión de la red y de servicio universal, a través de los respectivos títulos habilitantes, por lo menos en la misma proporción de aquellas que se han impuesto a los operadores establecidos.

Así mismo deberá enfocar su acción a encontrar medidas compensatorias para el coste del servicio popular, que le permita al establecido superar las deficiencias generadas en contra de su capacidad competitiva por el exceso de cargas que debe cumplir.

En todo caso, la apertura a la competencia nos anima a confiar en que llegará el fortalecimiento del mercado, para lo cual la declaratoria legal es un estado previo, en el que todos debemos poner el mejor empeño. Datos proporcionados por las investigaciones de la urr dicen que la entrada de nuevos operadores siempre genera la incorporación de nuevas modalidades de atención a la universalidad de usuarios para compartir la obligación social inherente a la prestación de todo servicio, por cuyo antecedente, y a pesar de mi continua crítica a las acciones regulatorias, cuando carecen de fundamento jurídico o económico o técnico, debo abrigar la aspiración de cambio para este sector que, por su expansión e influencia en el desarrollo del país, merece mejores oportunidades.

Bibliografía

Chillón, José María (mayo de 2003) "Contenido de la acción regulatoria, el acceso y operatividad en el mercado, Régimen de acceso e interconexión", documento preparado para el Organismo de Regulación de la República Dominicana.

Miranda Londoño, Alfonso (1999) *El régimen general de la libre competencia*. Bogotá: Centro de Estudios de la Competencia, CEDEC, Pontificia Universidad Javeriana/Artes Gráficas.

Vélez, Luis (1999) *Los objetivos de las normas antimonopolísticas. Planteamientos para un debate*. Bogotá: Centro de Estudios de la Competencia, CEDEC, Pontificia Universidad Javeriana/Artes Gráficas.