

# **Derecho de Telecomunicaciones**

**”LO LEGAL NO PUEDE ESTAR POR  
DEBAJO DE LO JUSTO”  
La inseguridad jurídica del Sector de las  
Telecomunicaciones en el Ecuador**

Carlos R. Chávez Negrete  
Catedrático de Legislación de Medios de Comunicación

Con motivo de los repetidos y serios casos de inseguridad jurídica que el Ecuador viene experimentando, y que al parecer se han agudizado por la mala e irresponsable gestión de ciertos sectores de este gobierno, la Cámara de Comercio de Guayaquil organizó una jornada de conferencias que denominó "1 JORNADAS DE SEGURIDAD JURÍDICA". En esta jornada se expusieron por sectores de la producción, los hechos y prácticas que atentan contra la garantía constitucional de la seguridad jurídica. Participaron abogados involucrados con los sectores de: banca, petróleo, industria, comercio, inversión extranjera y telecomunicaciones. La Cámara de Comercio de Guayaquil me invitó para que exponga, como abogado involucrado en el sector de las telecomunicaciones, cuales eran a mi entender y parecer, aquellos aspectos que atentaban gravemente contra la certeza de derecho o seguridad jurídica dentro de esta nueva rama de especialización del ejercicio profesional del abogado. Con gusto acepté, no sólo porque en efecto habían muchos aspectos que desde tiempo atrás me frustraban, sino porque fue precisamente por el enorme grado de inseguridad jurídica que vivía el país en el año 2001, y que aún se mantiene, que vi frustrada una justa y muy oportuna iniciativa de privatizar las empresas estatales de telefonía básica ecuatorianas, cuyas falencias y problemáticas todos las conocemos, y de ese proceso junto con otros profesionales nacionales y extranjeros fui parte.

De lo anterior, es que quiero compartir con ustedes un resumen de mi exposición en las "1 JORNADAS DE SEGURIDAD JURÍDICA", y que además de ser un serio y objetivo análisis, desde un punto de vista práctico y no meramente enunciativo, de los problemas de incertidumbre legal que en la rama de telecomunicaciones sufre nuestro país, para quien esté interesado en ejercer en esta novedosa y apasionante rama del derecho, le

PUEDE resultar este artículo de mucha utilidad, pues está estructurado de una manera que le permite al lector tener en buena parte una idea sobre los principios generales y básicos que rigen al sector de las telecomunicaciones en nuestro país. A continuación el resumen de la exposición.

*"¿POR QUÉ ARTE INCONCEBIBLE HA PODIDO ENCONTRARSE EL MEDIO DE SUJETAR A LOS HOMBRES PARA HACERLES LIBRES? ¿ ... DE ENCADENAR SU VOLUNTAD POR SU PROPIO DESEO? ¿CÓMO PUEDE HACERSE QUE LOS HOMBRES OBEDEZCAN Y QUE NADIE MANDE, QUE SIRVAN Y NO TENGAN DUEÑO. TANTO MAS LIBRES, EN EFECTO CUANTO QUE BAJO UNA APARENTE SUJECIÓN, NADIE PIERDE SU LIBERTAD MAS QUE EN LO QUE PUEDA PERJUDICAR A LA DE OIRO? ESTOS PRODIGIOS SON OBRA DE LA LEY. ES SÓLO A LA LEY A QUIEN LOS HOMBRES DEBEN LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD. ES ESTE ÓRGANO SAL VIFICO DE LA VOLUNTAD DE TODOS EL QUE RESTABLECE EN EL DERECHO A LA IGUALDAD NATURAL ENTRE LOS HOMBRES. ES ESTA VOZ CELESTE LA QUE DICTA A CADA CIUDADANO LOS PRECEPTOS DE LA RAZÓN PÚBLICA... LA MÁs SUBLIME DE TODAS LAS INSTITUCIONES HUMANAS O MAS BIEN UNA INSPIRACIÓN CELESTE QUE ENSEÑÓ AL PUEBLO A IMITAR AQUÍ ABAJO LOS DI-.CRETOS INMUTABLES DE LA DIVINIDAD." (JUAN JACOB ROUSSEAU) 1*

Según los juristas, ganadores del premio Príncipe de Asturias en Ciencias Sociales, profesores García Enterra y Menéndez y Menéndez, en un precioso estudio sobre la importancia del derecho en las democracias, denominado El Derecho, La Ley y el Juez, al tratar sobre la seguridad jurídica manifiestan que: *ff( ... ) los principios de seguridad jurídica y de certeza del Derecho, que aseguran la previsibilidad de las normas como ordenadoras de las conductas, sin lo cual sería difícil hablar de una sociedad libre, ( ... ) llevan también a mantener la preeminencia de la Ley en*

Extracto de "Discours sur l'Économie politique" de Juan Jacobo Rousseau, tomado del libro "El Derecho, la Ley y el Juez Dos Estudios", Edit. Cívitas, Primera Edición 1997, Pág. 30.

*la sociedad democrática. Los ciudadanos tienen que saber que una conducta les compromete en la medida en que el Derecho va a calificarla, bien porque la estimen libre, legítima y aun protegida, o porque deban entender que está limitada o prohibida, capaz incluso de desencadenar una reacción jurídica de sanción o incluso punitiva. Esos valores, seguridad jurídica y certeza del derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad".* <sup>2</sup>

Las telecomunicaciones es tal vez uno de los sectores de la producción más sensibles al grado de certeza de derecho o de seguridad jurídica establecida en los pueblos. Más que una básica necesidad, para el desarrollo de este sector, la seguridad jurídica, por el contrario, se ha convertido en su más fuerte herramienta. En efecto el valor social o principio de libertad social e individual de la seguridad jurídica o certeza del derecho, en el sector de las telecomunicaciones, tiene proporciones globales y mundiales, por lo que su ordenamiento jurídico es una *lex universalis*, ley universal o mejor dicho ley internacional, de esto que cualquier distorsión o incumplimiento tiene repercusiones que rebasan fronteras, más aún en un mundo globalizado, y en léxico de telecomunicaciones, interconectado.

Sus principios básicos constan en el IV PROTOCOLO AL ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS (AGCS) de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), lo cual ha sido reproducido a nivel comunitario, y en lo que respecta al Ecuador, le son aplicables las Decisiones de la COMUNIDAD ANDINA (CAN), decisiones 432 (sobre interconexión) 462 (sobre los procesos de integración y liberación de los servicios) 439 y demás.

Con la declaratoria de la apertura del sector de las telecomunicaciones, el regulador de esa entonces y durante todo el año 2001 y principios del 2002, aprovechó a reafirmar, ampliar e introducir las condiciones regulatorias de práctica legal internacional en el Ecuador. Así tenemos que si quisiéramos hacer un breve resumen de cuales son las principales reglas de juego nacionales en materia de telecomunicaciones, o mejor dicho que principios o condiciones integran la seguridad jurídica en nuestro país, serían las siguientes:

<sup>2</sup> Tomado del libro denominado "El Derecho, la Ley y el Juez Dos Estudios", Edit. Cívitas, Primera Edición 1997, Pág. 51.

Inviolabilidad a las telecomunicaciones.

Continuidad de la prestación de los servicios (que es además una garantía constitucional).

El derecho a recibir contestaciones motivadas, y conforme a los procedimientos previstos para cada caso.

El derecho de acceso a las facilidades de terceros operadores ya establecidos (denominados incumbentes).

Derecho a exigir la prestación de los servicios en igualdad de condición.

Redes abiertas (es decir que no se usen tecnologías propietarias o cerradas).

Derecho a ser indemnizado por la falta de prestación de un servicio (en algunos contratos se les exige a los concesionarios a que se otorguen notas de crédito).

A que los costos de interconexión sean debidamente justificados, aprobados por el órgano competente, y que obedezcan a costos más una utilidad razonable.

A que no se discrimine a los usuarios (mediante descuentos por volumen de tráfico).

A que en caso de que se interrumpan los servicios sea sólo en períodos de baja demanda, de manera temporal y previa autorización del regulador.

No hay restricciones para la inversión extranjera.

Todos los servicios se deben de prestar en libre competencia (no hay monopolio ni exclusividad regulada de derecho).

Las concesiones se deben de otorgar mediante procesos públicos (en caso de que se den ciertas condiciones).

Para asegurar la previsibilidad de la norma, o mejor dicho, en otras palabras, para contar con una seguridad jurídica que proteja las inversiones ya establecidas en el país, atraiga nuevas iniciativas de capital local y extranjero, y de manera general en las palabras de los juristas antes citados, para poder contar con "( ... ) un sistema que asegura el ámbito de nuestra libre convivencia y nos defiende frente a la arbitrariedad"; bajo mi perspectiva deberíamos contar con algunos aspectos básicos cuyo nivel de cumplimiento o no a continuación paso a comentar, y así de esa manera podamos determinar juntos, que tan alejados de una certeza de derecho nos encontramos en el sector de las telecomunicaciones en el Ecuador.

## 1.- NORMAS CLARAS Y DE PRÁCTICA INTERNACIONAL - LEX UNIVERSALIS:

En este aspecto, Ecuador tiene una normativa que, en lo personal, discrepando con algunos colegas, la considero muy completa, y que recoge los principios de práctica internacional. El exceso de normativa, es un vicio que atenta contra la certeza de derecho. Por lo que en este sentido, no es un defecto que lesione la certeza de derecho, la falta de normas claras y de práctica internacional. Sin embargo si es un vicio que atenta enormemente con la previsibilidad de la norma la falta de: (a) aplicación de sanciones por la interrupción de los servicios, (b) de exigencia a las empresas estatales de telefonía que fijen entre ellas sus cargos de interconexión a costos incrementales a largo plazo (CILP) más una utilidad razonable, (c) sanción por los ilegales subsidios cruzados, (d) Y consecuentemente el no permitir que las estatales sinceren sus tarifas, evitando costos escondidos de ineficiencia, e) una lucha sincera, no demagoga ni politiquera, del tráfico ilegal de llamadas internacionales, conocido como "by-pass", (f) la intervención de la Superintendencia de Telecomunicaciones y del Fondo de Solidaridad al pretender controlar y fijar los precios de los acuerdos de intercambio de minutos de la larga distancia internacional, lo cual es y debe seguir siendo regulado por el mercado, etc.

## 2.- INDEPENDENCIA DEL ORGANISMO DE CONTROL Y DE REGULACIÓN:

En esto el Ecuador está en deuda. En otros países se está debatiendo (Chile por ejemplo) la necesidad de crear entes con absoluta independencia, eminentemente técnicos y especializados, ajenos a cualquier aspecto político, de tal suerte que el órgano regulador no dependa en lo absoluto del Ejecutivo. Mientras que en nuestro país el gobierno, en el sector de las telecomunicaciones, tiene varias "manifestaciones". Es regulador a través del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, y al mismo tiempo operador al ser propietario único de las empresas fijas de telefonía dominantes. Esto de ser controlador y controlado al mismo tiempo ha generado un serio problema en la práctica, por la falta de imparcialidad, no sólo en la preparación y emisión de nueva regulación, aplicación de sanciones, atención a solicitudes (especialmente las de interconexión), etc. Por eso una necesidad inminente es la privatización real de las operadoras dominantes de telefonía básica.

### 3.- LA ESPECIALIZACIÓN DE QUIENES INTEGREN LOS ÓRGANOS COMPETENTES:

Esto se cumple con muy pocas excepciones. Los cargos son políticos y recaen en personas ajenas al sector, y con poca o nada experiencia en la materia. Se ha hecho más énfasis en una especialización técnica que en lo jurídico. Esto se lo nota en la expedición de nuevas normativas, que por lo general contradicen normas de aplicación general, o recogen terminología legal impropia o no precisa, o por la atención de las peticiones que se las hace de una manera mecánica, sin una visión del derecho administrativo, comercial, constitucional y del derecho en general.

### 4.- RESPETO A LAS CONDICIONES CONTRACTUALES GARANTIZADAS POR EL ESTADO ECUATORIANO:

. La falta de respeto a las condiciones contractuales garantizadas por el estado ecuatoriano, es lo que más daño le ha hecho a este sector. No se cumple la garantía prevista en el artículo 249 de la Constitución, pues con meras resoluciones, a las que se les ha pretendido dar el carácter de reglamentos, se han modificado los equilibrios económicos de las concesiones imponiendo no sólo nuevas condiciones, sino verdaderas nuevas reglas de juego. En esto las empresas celulares, única y real inversión extranjera en crecimiento establecida dentro del territorio nacional, han sido las más lesionadas.

### 5.- DEBEN CUMPLIRSE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:

El debido., proceso, la motivación de las decisiones o actos administrativos, el principio de oportunidad (silencio administrativo), no se cumplen para nada.

Pero por sobre todos estos aspectos, a los que podríamos perfectamente identificar como vicios que atentan contra la certeza del derecho o la seguridad jurídica en el mercado de las telecomunicaciones, en nuestro país, y de manera especial en él, se ha arraigado una profunda creencia de que lo legal está por debajo de lo justo, y ese orden de ideas todo medio es aceptable según el grado de justicia que tenga su finalidad, y hemos caído en una preocupante y cada vez más abusiva arbitrariedad.

Los profesores Eduardo García Enterría y Aurelio Menéndez y Menéndez a quienes he citado en varias ocasiones al respecto nos dicen lo

siguiente: "( ... ) la estabilidad de una sociedad democrática nos pide que en cuanto sea posible tengamos la sensibilidad política suficiente para cambiar el Derecho por el cauce que proporciona un esfuerzo institucional a favor de la formulación de leyes más justas, y no por la vía de una violación, por justa que sea, de las leyes. Es esta toda una línea de pensamiento que potencia el valor del Derecho como garantía de la paz, el orden y la seguridad jurídica. Esa línea, donde, de algún modo, está el -más vale padecer la injusticia que provocarla- de Sócrates o el -prefiero la injusticia al desorden- de Goethe, tiene pleno sentido desde esta perspectiva, porque en el conflicto entre el Derecho y decisión arbitraria o, si se quiere, entre seguridad y arbitrariedad, independientemente de su valoración en el plano de lo justo o lo injusto, la experiencia histórica muestra el valor que tiene la primacía de lo jurídico como ordenamiento de la comunidad y muestra también la frecuente desviación de una arbitrariedad justa hacia una arbitrariedad despótica o que alimenta la corrupción" <sup>3</sup>

Estas en buen resumen, amigo lector, han sido mis preocupaciones, ansiedades, quejas y frustraciones que ha tenido como únicos testigos presenciales: mis libros, mis decisiones comunitarias, mis leyes y que ahora con mucho gusto he compartido con ustedes. Espero no haberlos aburrido, ni mucho menos desanimado, pues pese a que el balance es en efecto negativo, como tal vez nos lo podíamos haber imaginado, hay aún dentro de los órganos de regulación y control y del sector privado, correctos profesionales que tienen la clara y real intención de mejorar estos bajos índices de certeza de derecho. Esto último, y por supuesto palabras como aquellas con las cuales los dejo, me animan a continuar en esta noble profesión que el profesor Rafael Bielsa en su libro denominado "La Abogada" calificó como "( ... ) un freno contra la arbitrariedad y el despotismo ( ... )".<sup>4</sup> El pensamiento con el que deseo dejados es el siguiente, y ha sido tomado del autor del libro denominado "La Lucha por el Derecho" y de "Espíritu del derecho Romano", Rudolph Von Ilering, para que saquen sus propias conclusiones: "( ... ) Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si la fuerza moral, la energía, la perseverancia le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho".

Tomado del libro "El Derecho, la Ley y el Juez Dos Estudios", Edit. Cívitas, Primera Edición, 1997, Pág. 82.

Tomado de "La Abogacía" Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1960, pág. 21.