

REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN VENEZUELA

José Ignacio Hernández G.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. DEL SERVICIO PÚBLICO A LAS ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

- A. Las telecomunicaciones como actividades económicas públicas.
- B. Las telecomunicaciones como actividades de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.

II. LA NEO-REGULACIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES. ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NUEVA ORDENACIÓN.

- A. Una nota sobre la neo-regulación.
- B. La neo-regulación para implementar la libre competencia.
- C. La neo-regulación como técnica de limitación: el servicio universal y las obligaciones de servicio público.

CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en lo adelante, LOT)¹ representa el cambio más significativo en la ordenación de las telecomunicaciones y, también, una de las transformaciones más importantes que el Derecho Administrativo Económico ha tenido en Venezuela. La Ley, abandonando la filosofía que había impulsado al legislador a *reservar* las telecomunicaciones al Estado, parte de la *confianza* en la *libre iniciativa económica privada*, en la *libre competencia* y en definitiva, en el *mercado*, como instrumentos para atender un servicio que, como las telecomunicaciones, tiene una indudable vinculación con el interés general.

Se ha producido, pues, la *liberalización de las telecomunicaciones* en Venezuela. Liberalización que ha sido abordada por el legislador de una manera tímida, a veces de manera confusa y un

¹ Publicada en la *Gaceta Oficial* número 36.970, de 12 de junio de 2000. Véase, con carácter general, el estudio que sobre tal Ley está publicado en la página www.badellgrau.com, en la cual se publican, además, algunos estudios del autor sobre el sector de las telecomunicaciones.

tanto ambigua. Liberalización, también, que aparece acompaña en la nueva Ley de algunas disposiciones cuya intención, debemos reconocerlo, pareciera ser otra, muy distinta. Es así como junto a la *liberalización* de estas actividades –cuya finalidad es, a la postre, el *incentivo* de la libre iniciativa privada- la LOT preserva (e intensifica) algunas de las técnicas que tradicionalmente había desplegado la Administración para intervenir en las telecomunicaciones.

Ahora bien, la novedad de la Ley –cuyas disposiciones apenas si se han comenzado a aplicar- impide, al menos en los actuales momentos, formular conclusiones categóricas sobre el impacto que la nueva ordenación traerá en este importante sector. De allí que, a través de este estudio, sólo pretendemos esbozar los *principios rectores* sobre los que pivota la LOT, formulando un juicio crítico acerca de su alcance práctico.

Partiendo de estas premisas, el presente estudio se estructurará en *dos partes*. La primera se encuentra dividida en dos secciones, en las cuales estudiaremos, respectivamente, el régimen de las telecomunicaciones como actividades económicas públicas y el régimen de las telecomunicaciones como actividades de interés general. En la segunda parte, dividida en tres secciones, abordaremos el concepto de neo-regulación; la neo-regulación que la LOT implementa para introducir la libre competencia y la neo-regulación destinada a limitar la libertad económica.

I. DEL SERVICIO PÚBLICO A LAS ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

A. Las telecomunicaciones como actividades económicas públicas

La Ley de Telecomunicaciones de 1940², como correspondía al *momento histórico* en el cual fue dictada, partió de la *publicación de todas* las actividades de telecomunicaciones, las cuales, en consecuencia, eran de *titularidad pública*. Así se desprende del artículo 1 de la Ley, según el cual:

“...el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o

² Publicada en la *Gaceta Oficial* número 20.248 de 1 de agosto de 1940

sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado. Su administración, inspección y vigilancia, al Ejecutivo Federal ...”.

El instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo tal publicación es la *reserva*, esto es, la *potestad* que constitucionalmente se atribuye al Estado para *asumir la titularidad* de actividades o servicios, *excluyendo* a la libre iniciativa privada. Reserva de titularidad y exclusión de la libertad económica eran, entonces, las dos consecuencias que derivaban de la norma que acabamos de transcribir.

Podría afirmarse –como en efecto se ha hecho- que lo anterior erigía a las telecomunicaciones como *auténticos* servicios públicos. Afirmación que si bien es usual, presenta sin embargo innumerables problemas y matices que han de considerarse, especialmente, frente a la nueva ordenación que introduce la LOT. Por ello preferimos optar por una calificación que, al margen de cualquier otra connotación, parte de la literalidad del artículo: las telecomunicaciones, bajo la legislación de 1940, eran *actividades económicas públicas*. Su *desarrollo*, por tanto, no se encontraba dentro del *ámbito* propio de actuación de la libre iniciativa económica privada. Es ahí donde reside, precisamente, el fundamento de la *reserva* efectuada por el legislador.

Carácter *público* de las telecomunicaciones, que se proyectaba, también, sobre *todo su régimen jurídico*. De esa manera, las notas que caracterizaban a las telecomunicaciones como *actividades económicas públicas* pueden sistematizarse conforme a la siguiente enumeración.

- a. Exclusión de la libertad económica y el necesario traslado del derecho de acceso al mercado. La política de concurrencia desplegada por CONATEL.

Es este, sin duda, el efecto más importante de la Ley de Telecomunicaciones de 1940: la exclusión de la libertad económica. Los particulares no tenían el *derecho constitucional a dedicarse a cualquier actividad de telecomunicaciones*. Además, la exclusión de la libertad económica producía, *en principio*, otra consecuencia: la exclusión de la libre competencia. En efecto, la libre competencia es un atributo inherente al derecho constitucional a la libertad económica; eliminada ésta, queda también proscrita aquélla.

Los particulares, en consecuencia, no podían *explotar* actividades de telecomunicaciones en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica. Tampoco podían *competir libremente* entre ellos. En definitiva, el sector privado no podía concurrir, *en libertad*, en las distintas actividades que integraban el sector³.

Pero que los particulares no tuviesen el derecho constitucional a intervenir en el sector de telecomunicaciones, no significaba que esa intervención estuviese igualmente proscrita. Muy por el contrario, la Ley de Telecomunicaciones expresamente permitía que los particulares interviniesen en la explotación de actividades de telecomunicaciones, previo el otorgamiento de **permisos** (si no se perseguían fines de lucro) o la **concesión** (si se perseguían fines lucrativos). Lo particular de esos títulos habilitantes –en especial, de la concesión– era su *carácter traslativo*: a través del contrato administrativo de concesión la Administración *trasladaba* al particular el *derecho* a explotar las actividades de telecomunicaciones⁴. Conviene aclarar que esta traslación –en contra de lo sostenido incidentalmente por la jurisprudencia venezolana– no suponía la *transformación* de la naturaleza jurídica de la actividad que era concedida, pues las telecomunicaciones, aún concediéndose en su explotación al sector privado, seguían siendo *actividades económicas públicas*⁵.

³ JOSÉ ARAUJO JUÁREZ (*Derecho de las Telecomunicaciones*, Universidad Católica del Táchira y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1997, p. 77), al analizar la *reserva* contenida en la Ley de Telecomunicaciones de 1940, concluyó que ésta "... origina dos efectos jurídicos fundamentales: en primer lugar, el establecimiento de una prohibición a los particulares de realizar actividades en el sector reservado; y, en segundo lugar, el establecimiento de un monopolio de derecho a favor del Estado, para realizar la o las actividades o servicios reservados...". Esta conclusión sería, sin embargo, rechazada posteriormente por la jurisprudencia, como veremos más adelante.

⁴ El propio artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones, luego de *reservar* estos servicios al Estado, señalaba que "... sin embargo, el Ejecutivo Federal podrá otorgar permisos y concesiones a particulares para el establecimiento y explotación, o para el empleo con fines educativos, de los servicios expresados...". La reglamentación dictada en ejecución de la Ley distinguió los permisos (definidos como los *títulos que habilitan la prestación de servicios de telecomunicaciones sin fines de explotación comercial*) de las concesiones (definidas como los *títulos que habilitan la prestación de servicios de telecomunicaciones con fines de explotación comercial*). Cfr.: ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., p. 28.

⁵ La sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, caso *CANTV*, señaló lo siguiente: "... los servicios de telecomunicaciones son, en principio, servicios públicos, por encontrarse entre aquellos que el legislador ordinario ha reservado exclusivamente al Estado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de la materia (...) esto no impide, sin embargo, que algunos de dichos servicios *sean transferidos al sector privado y pierda, en consecuencia, su carácter de*

De hecho, la posibilidad de otorgar concesiones para intervenir en las actividades de telecomunicaciones permitió a CONATEL implementar una *política de concurrencia*. Salvo el sector de la telefonía básica, la participación del sector privado en las telecomunicaciones se efectuó a través de *concesiones no exclusivas*, por lo que –y a excepción de la actividad ya señalada– ningún sector de las telecomunicaciones era explotado en *monopolio*.

Esta concurrencia de operadores era posible, recalcamos, pues la Administración –principalmente, a través de concesiones– *trasladaba* a los particulares el derecho a explotar servicios de telecomunicaciones, al ser éstos actividades de titularidad pública. Sin embargo, la explotación de ciertos servicios de telecomunicaciones requería, además, el otorgamiento de otro título: la *concesión* de uso del *espectro radioeléctrico*, auténtica concesión de la dominialidad pública. Nótese que, en el primer caso, la concesión permitía al particular *explotar una actividad reservada al Estado*; en el segundo supuesto, la concesión permitía el *uso de un bien del dominio público*. Es importante resaltar la existencia simultánea de uno y otro título pues, como veremos, la figura de la concesión del dominio público subsiste en la nueva ordenación de las telecomunicaciones⁶.

Una última aclaratoria. La exclusión de la libertad económica y de la libre competencia, como corolarios de la *reserva* sobre el sector de las telecomunicaciones, si bien era una consecuencia pacíficamente

servicio público, porque la ley faculta al Gobierno Nacional para otorgar permisos o concesiones a particulares para el establecimiento o explotación de los mismos, y el Estado puede, a su vez, recuperar el servicio otorgado a un particular, cuando se extinga la concesión, o como consecuencia de la resolución del respectivo contrato o de un acto en virtud del cual el Gobierno adquiera las instalaciones de la empresa, o las acciones de la compañía, caso de ser la concesionaria una persona jurídica ...” (destacado nuestro). Sin embargo, la concesión no supone la transferencia de la titularidad de la actividad; sólo la transferencia de su gestión. De esa manera, los particulares podían explotar servicios de telecomunicaciones sin que ello implicase el traslado de su titularidad. Como señaló ARAUJO JUÁREZ la Administración nunca “... enajena sus potestades sobre la materia concedida; por el contrario, se reserva una facultad de intervención y control de prestación, ajeno a la sistemática de Derecho Privado y pasa a constituir un poder jurídico exorbitante frente al concesionario. El Poder Público sigue ejerciendo el control y fiscalización de las actividades derivadas de las concesiones de telecomunicaciones quedando el concesionario obligado a observar las limitaciones y restricciones que unilateralmente el Ejecutivo Nacional imponga reglamentariamente con la más estricta sujeción a la ley, y, en última instancia a la Constitución...” (*Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., página 76).

⁶ El uso del espectro radioeléctrico contó con una regulación especial, a saber, la *Ley de Concesiones del Espacio Radioeléctrico* (*Gaceta Oficial* número 5.397 Extraordinario del 25 de octubre de 1999). Las disposiciones de esta Ley fueron *expresamente* incorporadas en la novísima LOT.

aceptada, fue rechazada expresamente por la jurisprudencia, primero, de la Sala Político-Administrativa (sentencia de 18 de junio de 1998, caso *Avensa*)⁷ y después, de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (sentencia de 19 de noviembre de 1998, caso *Omnivisión*). Este último fallo recayó, precisamente, en materia de *telecomunicaciones*, por lo que es conveniente transcribir el criterio ahí mantenido:

“... el legislador patrio, en atención a preceptos históricamente recogidos por nuestra Carta Magna durante la primera mitad del presente siglo, y que hoy se consagra en el ordinal 22 del artículo 136 de la Constitución de 1961, reserva a la competencia del Poder Nacional lo inherente a las telecomunicaciones. Así pues, la índole o naturaleza de servicio público de tales actividades, viene definida en la Ley de Telecomunicaciones publicada el 1º de agosto de 1940 en la Gaceta Oficial N° 20.248 (...) Del análisis del referido marco legal, podemos concluir que (...) Las transmisiones televisivas (...) constituyen, por definición constitucional y legal, un servicio público (...) El referido servicio está reservado al Poder Público Nacional (al Estado, según la Ley de la materia), y sólo puede ser explotado por los particulares mediante un régimen de permiso o concesión (...)

Al analizar situaciones similares, esta Corte ha expresado la improcedencia de reclamos fundamentados en el libre ejercicio de la actividad económica consagrado en la Carta Magna, cuando se trata de actividades que están reservadas al Estado (Ver, entre otras, sentencia de fecha 9 de abril de 1997, caso *Arnaldo González Sosa vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones* ; y ello, por cuanto la limitación

⁷ El criterio mantenido en este fallo de la Sala Político-Administrativa fue el siguiente: “...las nociones de libertad económica y reserva al Estado no resultan excluyentes entre sí, lo que sucede es que, cuando existe una «reserva» en los términos señalados se afecta uno de los atributos de la libertad económica como lo es la posibilidad de libre concurrencia es decir, de acceder al ejercicio de la actividad. *Una vez levantada dicha limitación en virtud del otorgamiento de una concesión, nada autoriza a deducir que la libertad económica del sujeto así habilitado, haya sido destruida, y vaciada de contenido en forma general.* Ciertamente, no puede negarse que el ejercicio de una actividad reservada al Estado por parte de un concesionario normalmente viene asociada a un conjunto de regulaciones sobre la materia a las cuales debe ajustarse dicho ejercicio, pero, de la misma forma no puede desconocerse que tales limitaciones no son absolutas. En efecto, en cuanto constituye una limitación a derechos constitucionales, es necesario deducir que la reserva sólo afecta a los aspectos por ella regulados. *Esta circunstancia de coexistencia o vigencia de la libertad económica aún en el contexto de actividades reservadas no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual se da, por ejemplo, el caso de concesiones en materia de «telefonía celular» y la «explotación de la industria del fósforo» en las que se verifica la presencia de más de una empresa, capaces de competir entre sí, en base a las reglas que rigen el mercado, en la medida en que no sean contrarias al régimen de reserva ...” (destacado nuestro).*

legalmente desarrolladas con fundamento en la propia norma constitucional tiene tal alcance que impide la libre competencia y, más aún la libre escogencia de ese sector de actividad.

Más, debe precisar esta Corte, que ello no excluye, al menos no en el campo de las Telecomunicaciones, la posibilidad de que la actividad sea ejercida por particulares; pues como se reflejó en (...) algunos preceptos, la Ley de la materia habla del eventual permiso o concesión a los particulares.

En relación a estas consideraciones, resulta imperioso traer a colación el novedoso criterio asumido por la Sala Político-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 375 dictada el 18 de junio de 1998, en el caso Aerovías Venezolanas S.A., AVENSA (...)

.... Por todo ello, es forzoso concluir que las pautas anteriormente resumidas constituyen el desarrollo actual del marco conforme al cual se puede limitar la actividad económica, en esta materia especial de las comunicaciones televisivas; ya que, una vez que el particular obtiene la concesión por parte del Estado, puede efectuar dichas actividades, e incluso competir con otros concesionarios del ramo sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las Leyes; y las que reglamentariamente establezca el Ejecutivo Nacional, gracias a la habilitación que le otorga la Ley de la materia al poder reglamentario... ”.

Este criterio jurisprudencial produjo una inflexión en lo que, hasta entonces, era el régimen jurídico de las telecomunicaciones, pues la reserva no suponía ya la exclusión de la libertad económica; antes por el contrario, una vez otorgada la concesión correspondiente, los concesionarios podrían explotar la actividad sin más limitaciones que las expresamente derivadas de la reserva. Si bien la sanción de la LOT impidió que este criterio pudiese afectar efectivamente el régimen jurídico de las telecomunicaciones, lo cierto es que obliga a matizar algunas de las interpretaciones que se han dado de la nueva Ley⁸.

⁸ Véase así el estudio de DÍAZ COLINA, MARY ELBA, “El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Revista de Derecho Administrativo número 8*, Caracas, 2000, pp. 231-232. Partiendo de la literalidad de este criterio jurisprudencial, puede afirmarse que la libre competencia *se encontraba vigente* bajo el régimen hoy derogado por la LOT.

b. La existencia de una relación jurídica de sujeción especial

*Consecuencia de las concesiones previstas en el régimen derogado de las telecomunicaciones, era la existencia de una relación contractual en la que la Administración ostentaba las más amplias potestades de dirección, control y limitación sobre la actividad del concesionario, quien carecía de cualquier autonomía en la explotación del servicio. De allí que la jurisprudencia entendió que el régimen jurídico de las telecomunicaciones, como actividades de titularidad pública, se caracterizaba por "...el ejercicio por parte de la Administración, precisamente en defensa del interés público, de incidentes poderes de regulación, dirección, vigilancia, inspección, control e intervención ..." y por la vinculación de los particulares a "... una indiscutible relación de sujeción especial respecto de la Administración concedente en todo lo concerniente a la actividad que desarrolla al prestar el servicio ..." (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso Venevisión). Según esta sentencia, los concesionarios se relacionaban con la Administración a través de una **relación especial de sujeción**, relación que quedaba "... sumida en todo un régimen jurídico especial de incidentes potestades de intervención notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano ... "*⁹.

⁹ Este fallo señalaba, además, que "... queda claramente manifiesto que en el desarrollo de su actividad, la sociedad mercantil accionante no se desenvuelve respecto a la Administración dentro del marco natural de relaciones ordinarias que se da entre ésta y cualquier administrado, no estando sometida como se ha visto a la simple prevalencia del interés general o colectivo en condiciones de normalidad, generalidad o igualdad, ni sumida a un genérico poder de imperio frente al que puedan ser invocadas -en toda su plenitud y contundencia- garantías como la reserva legal de tipificación que alega vulnerada por las disposiciones que impugna, pues al hacerlo olvida por completo que, muy contrariamente, su condición de concesionario para la prestación de un indiscutible servicio público la coloca en un plano razonablemente distinto y más precario al descrito, caracterizado por la existencia de una auténtica relación de sujeción especial frente a la administración a la que se vinculó voluntariamente al solicitar y obtener la concesión que hoy ejecuta, quedando así sumida en todo un régimen jurídico especial de incidentes potestades de intervención, notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano ...". La sentencia de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, de 26 de marzo de 1993, caso *RCTV*, también se pronunció en este sentido, al señalar que, en virtud de la *reserva o publicatio* sobre la actividad, el concesionario queda obligado "... no sólo por las cláusulas contractuales, sino, y muy especialmente, a observar las limitaciones que unilateralmente el órgano público imponga reglamentariamente con la más estricta sujeción a la Ley y, en última instancia, a la Constitución...".

c. El régimen económico de las telecomunicaciones: la teoría del equilibrio económico financiero del contrato.

*Institución aneja a la concesión regulada en el régimen derogado, es la teoría del equilibrio económico financiero del contrato, teoría que garantizaba al concesionario el equilibrio del alea económica del contrato, tanto por situaciones imprevistas, como por el ejercicio de potestades administrativas con incidencia negativa sobre su patrimonio. Esta teoría no garantizaba, debemos aclarar, el lucro que podía obtener el concesionario, pues privaba aquí, en toda su extensión, el principio de riesgo y ventura. Pero lo cierto es que era éste un útil mecanismo que garantizaba la **integralidad patrimonial** del concesionario de telecomunicaciones¹⁰.*

d. La deslegalización del sector.

*Finalmente, y como toda actividad económica **pública**, el principio de legalidad que impide a la Administración afectar la esfera jurídico-subjetiva del particular sin previa habilitación legal específica, carecía de vigencia alguna o, cuando mucho, se encontraba severamente restringido. En efecto, la ordenación, limitación, supervisión y dirección de los servicios de telecomunicaciones que el concesionario explotaba, encontraban como fuente primaria de regulación el contrato de concesión, del cual derivaban amplias y variadas potestades de la Administración que, sin sujeción específica a la Ley, permitían a ésta afectar al particular co-contratante.*

¹⁰ Según expone RAFAEL BADELL, el fundamento de la teoría del *equilibrio económico* de los contratos administrativos –y dentro de éste, el contrato de concesión– se basa en la *equivalencia* que ha de existir entre las *potestades y prerrogativas* de la Administración y los *derechos* del co-contratante: “... resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del Co-contratante exista una equivalencia honesta, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública...” (“La ejecución del contrato administrativo: teoría de la imprevisión, depreciación monetaria e inflación”, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, p. 65, así como en *Contratos Administrativos*, Cuadernos Jurídicos BADELL & GRAU número 5, Caracas, 1999, pp. 135 y siguientes). Véase también, sobre el tema, a BREWER-CARIAS, ALLAN, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 185 y siguientes. En relación con la teoría del equilibrio económico en los contratos de concesión de telecomunicaciones, bajo la Ley de 1940, vid. ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de las Telecomunicaciones*, pp. 127 y siguientes.

B. Las telecomunicaciones como actividades de interés general que se prestan en régimen de libre competencia

Todas estas notas han cambiado en la LOT. Cambio, recalcamos, drástico, pues el principio sobre el que pivota la nueva ordenación es la **libertad económica**, consagrada en el artículo 112 constitucional. Veamos, en contraste con lo antes expuesto, las notas que identifican a las telecomunicaciones en la nueva Ley.

a. La vigencia de la libertad económica. El sometimiento de todas las actividades del sector a la libre competencia y su conformación como actividades de interés general

La LOT *derogó* la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y, con ello, derogó también la *reserva* que dicha Ley contenía, lo que produce un importante efecto: las telecomunicaciones, antes actividades económicas públicas, pasan ahora a configurarse como actividades económicas privadas, en las que rige la libertad económica y la libre competencia, en los términos preceptuados en los artículos 112 y 113 de la Constitución. La LOT, por tanto, privatizó materialmente el sector de las telecomunicaciones. Esto produce dos importantes consecuencias.

En *primer lugar*, desde la entrada en vigencia de la LOT, y en un todo de acuerdo con el artículo 112 de la Constitución, todos los particulares tienen el derecho constitucional a dedicarse a cualquier actividad o servicio de telecomunicaciones, dejando a salvo, claro está, las propias excepciones que consagra la Ley. Posibilidad de acceder, en consecuencia, a *cualquier* servicio de telecomunicaciones. Ello supone, además, la vigencia absoluta del principio *favor libertatis* y, también, la necesidad de *interpretar restrictivamente* todas las normas de la LOT que deriven en *limitaciones* a ese derecho constitucional.

Además, y en *segundo lugar*, las telecomunicaciones se rigen por el principio de **libre competencia**, y en especial, por las normas de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley PROCOMPETENCIA)¹¹. La posibilidad antes aceptada por la jurisprudencia comentada tiene ahora un sólido respaldo legal. En todo caso, debemos

¹¹ Publicada en la *Gaceta Oficial* de 13 de enero de 1992, número 34.880.

hacer, en este punto, una reflexión adicional: en el Proyecto que originalmente elaborara CONATEL, expresamente se señalaba que las telecomunicaciones debían prestarse en *régimen de libre competencia*¹². La disposición, no obstante, sería *suprimida* en la aprobación definitiva de la Ley. En nuestra opinión, dicha omisión no apareja ninguna consecuencia pues la libre competencia *es inherente a la libertad económica*, derecho que pasa a regir con carácter general la explotación de telecomunicaciones. Asimismo, debe recordarse que la libre competencia es un *principio de valor constitucional*, consagrado como tal en los artículos 113 y 299 del Texto Fundamental. De allí que resulta siempre aplicable y vinculante, como regla general, a todas las actividades económicas.

Convendría subrayar, además, que la *libre competencia* que rige en el sector de las telecomunicaciones –así como en todas las actividades económicas privadas- no es una libertad absoluta, plena o perfecta. El concepto que da el artículo 3 de la Ley PROCOMPETENCIA es, en nuestra opinión, inexacto: en pocas actividades económicas los particulares tienen “completa libertad” para el ejercicio de actividades empresariales. La libre competencia, como bien jurídico tutelado por la Administración, no es, insistimos, una libertad perfecta. Como hemos señalado en otro lugar, estimamos que el concepto de libre competencia no depende de la *completa libertad* de entrada y salida del mercado, sino de la *aptitud* de los agentes económicos que actúan en el mercado (como oferentes o demandantes) de fijar libremente las condiciones de los intercambios comerciales que se realicen. No se trata de un concepto *absoluto*, sino *relativo*; se admite, por tanto, condicionamientos a esa libertad. De allí que para nosotros el concepto que debe mantenerse es el de competencia efectiva o *plausible*. Como precisa la Constitución en su artículo 113, el Estado debe implementar condiciones *efectivas* –no perfectas- de competencia en la economía¹³.

¹² El artículo 5 del Proyecto elaborado por CONATEL establecía que “toda actividad de telecomunicaciones deberá ofrecerse bajo régimen de competencia, sin perjuicio de que sea sometida a obligaciones de servicio universal u otras especiales de conformidad con esta Ley”.

¹³ Según el artículo 3 de la Ley PROCOMPETENCIA hay libre competencia en actividades económicas cuando existen las condiciones necesarias para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga “completa libertad” de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio. Sin embargo, como reconoce JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, no hay un objeto teórico del Derecho a la competencia, existiendo cuando menos tres posiciones: la competencia como libertad de oferta y demanda; la *competencia efectiva* y la competencia como proceso de descubrimiento. Para el autor, el objeto del Derecho a la Competencia es la protección de la competencia eficaz o factible (cfr.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho*

Debemos destacar, además, que la LOT *calificó* a las telecomunicaciones como actividades *afectas* al interés general. El artículo 5 resulta, en este sentido, revelador:

“... 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 ...” (destacado nuestro).

¿A qué se refiere el legislador cuando señala que las telecomunicaciones son *actividades de interés general*? Dejado a salvo la notable –y criticable– influencia del Derecho Comunitario Europeo¹⁴, creemos que el artículo 5 afirma que la nueva ordenación de las telecomunicaciones **no desconoce el interés general** presente en estas actividades, interés general que, en 1940, motivó su reserva al Estado. Distintas son las

Español de la Competencia, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 20 y 57-58). Nos remitimos a lo expuesto en nuestro artículo “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *Revista de Derecho Administrativo número 10*, Caracas, 2000 (en prensa). Un principio general rige, también, en el sector eléctrico, recientemente liberalizado en Venezuela, tal y como expusimos es “Reflexiones sobre la nueva ordenación del sector eléctrico Venezolano”, *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila número 1*, Caracas, 2000, pp. 191-193. En todo caso, como señala DÍAZ COLINA (“El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, cit., p. 232) una de las novedades más importantes de la nueva Ley, en el plano formal, es “... la entrada al servicio de telecomunicaciones al mundo del ‘nuevo servicio público’ o *servicio de interés general*, caracterizado por la participación de los particulares (...) en condiciones de libre competencia...”.

¹⁴ El artículo 86 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, en su apartado segundo, hace referencia a los *servicios de interés económico general*, los cuales quedarán sometidos, como regla general, a las normas sobre libre competencia que el Tratado prescribe. Ese concepto ha sido introducido en el ordenamiento interno de los Estados miembros; destaca, así, el artículo 2 de la *Ley General de Telecomunicaciones* de España (Ley 11/1998), según el cual **las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia**. Es este un concepto amplio, ambiguo, plenamente justificable como tal en el contexto del Derecho Comunitario Europeo, pues en éste es preciso procurar la *armonización* de los distintos sistemas de Derecho Administrativo existentes en los Estados miembros. Pero esta imprecisión y ambigüedad no se justifica, en absoluto, en Venezuela. Es por ello que la LOT ha introducido, en su artículo 5, un concepto *novedoso* en Venezuela, que debe ser interpretado –para nosotros– según los principios tradicionales del sistema de Derecho Administrativo venezolano. De allí que el concepto a que alude el mencionado artículo 5 supone, por un lado, que las telecomunicaciones son actividades económicas que se desarrollan en ejercicio del derecho constitucional previsto en el artículo 112, y por el otro, que son actividades que afectan al *interés general*. Nos remitimos a lo que exponemos, con mayor detenimiento, en “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, cit.

causas que erigen a las telecomunicaciones como *actividades de interés general*. Por un lado, encontramos la existencia de *necesidades colectivas* que las telecomunicaciones satisfacen; por el otro, la íntima y estrecha relación de las telecomunicaciones con los derechos fundamentales: en concreto, con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. Son estas las razones sobre las cuales la jurisprudencia *justificó* la reserva declarada en 1940¹⁵, y son también estas las razones por las cuales la jurisprudencia *justificó* el carácter orgánico de la nueva Ley¹⁶. Luego volveremos sobre este aspecto.

Las telecomunicaciones, en definitiva, se estructuran como actividades económicas privadas de interés general, que se prestan en régimen de libre competencia.

b. La autorización como instrumento de intervención pública

Si la reserva sobre todos los servicios de telecomunicaciones quedó derogada, no puede tener cabida, ya, el contrato administrativo de concesión. De allí que, para el acceso de nuevos operadores, la LOT exija como requisito previo la *autorización*. La exposición de motivos del Proyecto elaborado por CONATEL establecía, con gran claridad, que éstos *títulos habilitantes* tenían un carácter *declarativo*: la noción de habilitación administrativa que se asume en la presente Ley —conforme dispone la Exposición de Motivos— alude “... al acto mediante el cual se ‘levanta’ un obstáculo jurídico para el ejercicio de un derecho preexistente, la cual se diferencia conceptualmente de la figura de la “concesión”, -también usada en la Ley- pero para aludir al régimen propio de los bienes del dominio público asociados a las telecomunicaciones ...”. Reconocimiento expreso de la teoría que, en el siglo XIX, asumieron RANELLETI y MAYER acerca de la *autorización* como el *levantamiento del obstáculo que impide*

¹⁵ La sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*, señaló que la reserva sobre el sector partía de la necesidad de “custodiar que el ejercicio de la libertad de pensamiento se ejerza a cabo con absoluto respeto a los límites impuestos”.

¹⁶ La Comisión Legislativa Nacional decidió otorgar al Proyecto de Ley de Telecomunicaciones carácter orgánico, decisión que, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución, fue sometida a consulta de la Sala Constitucional. En sentencia de 12 de junio de 2000, la Sala *confirmó* el carácter orgánico del Proyecto presentado, al considerar que éste desarrollaba “parcialmente derechos constitucionales a la comunicación y de acceso a la información, lo cual la hace válida en este respecto, aunque su carácter orgánico no dependa exclusivamente de las garantías que ofrece para tales derechos”.

el ejercicio de un *derecho preexistente*, derecho que en este caso no es otro que la *libertad económica*. Operó, de esa manera, una conversión de títulos (*conversio tituli*), pues la concesión es ahora sustituida por la *autorización*¹⁷.

Carácter declarativo de la autorización presente, con indiscutible claridad, en el Proyecto de Ley que originalmente que elaborara CONATEL¹⁸. Mas durante la discusión –por demás breve- del Proyecto ante la Comisión Legislativa Nacional, este carácter declarativo se difumina, pierde su identidad e, incluso, llega a confundirse con un pretendido carácter *constitutivo* de las *habilitaciones administrativas*. Ello ocurrió por la distinción contenida en el artículo 16 de la LOT –distinción nada ortodoxa- entre las *habilitaciones administrativas* y los llamados *atributos* de estas habilitaciones. La habilitación administrativa, según dispone esa norma, es el *título* que otorga la Administración para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Pero a continuación la norma dispone que “... *las actividades y*

¹⁷ Para JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA (*Derecho Administrativo especial*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 321) “...al desaparecer la publicatio de actividades deja de tener sentido la concesión como título habilitante y, en su lugar (...) [se] acude a la técnica autorizatoria...”. Así también se pronuncia JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (“La regulación económica en España”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 237-238) al disponer que “... uno de los rasgos característicos del régimen con el que suele sustituirse a la *publicatio*, constituyendo incluso por sí mismo un elemento significativo de la *despublicatio* o de la ausencia de *publicatio*, es la sumisión al ejercicio de la actividad de que se trate, *in totum*, o en algunos de sus aspectos, a **previa autorización administrativa** (...) La autorización, si se emplean con el debido rigor los términos, es un acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos, en el sentido de que el derecho a ejercer o llevar a cabo la actividad que constituya su objeto no nace de ella, no es constituido ni generado por ella, sino que es propio del sujeto con anterioridad ...”. Además, véase a CARRASCO, ANGEL, y CORDERO, ENCARNA, “El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley General de la Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, pp. 271-278; LAGUNA DE PAZ, JUAN CARLOS, *Televisión y Competencia*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 29 y siguientes y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, pp. 309-316. Asimismo, vid. los estudios de ALBI ALBI, JOAQUÍN y MESTRE DELGADO, FRANCISCO contenidos en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 67-69 y 47, respectivamente. Desde el Derecho Venezolano, vid. ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de las telecomunicaciones*, cit., pp. 213-214.

¹⁸ Disponía el artículo 16 de ese Proyecto que “...La habilitación administrativa es el título que otorga el Ejecutivo Nacional, por órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley. Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa. En los casos en que se requiera el uso del espectro radioeléctrico el operador deberá obtener además la correspondiente concesión...”.

servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 15 de esta Ley...”

Es esta, insistimos, una distinción inusual. Equívoca, para ser precisos. Pues si la *habilitación* funge como *autorización* (que permite el ejercicio del derecho preexistente a la libertad económica), ¿cuál es la finalidad de estos *atributos* administrativos?. Atributos que –nótese bien- **otorgan derechos**, es decir, tienen carácter constitutivo. El artículo 16 rompe, de esa manera, con toda la teoría de las autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo.

La reglamentación dictada en ejecución de esta norma no aclara mucho cuál es su sentido. Por el contrario, ésta se limita a *enumerar* los distintos *atributos* que la Administración puede *conceder* a los particulares a través de los títulos habilitantes. Se estructura, ciertamente, un *catálogo* de las actividades que *pueden* ser explotadas por los particulares¹⁹.

El régimen autorizatorio de la LOT –si es que cabe calificarlo como tal- tiene, en nuestra opinión, una clara vocación de *intervención* sobre el ejercicio de actividades de telecomunicaciones. Esta intervención, en sí misma, no es cuestionable; antes por el contrario, el interés general presente en el sector justifica plenamente que el *acceso* de nuevos operadores se someta a un control administrativo²⁰. Lo que cuestionamos es la *intensidad* de ese control y, sobre todo, su *finalidad*, pues la Administración tiene amplias potestades para *definir* qué actividades podrán explotar los particulares, todo ello a través de la figura de los “atributos” de las habilitaciones administrativas.

¹⁹ Véase, especialmente, el *Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico* (Decreto número 1.094 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en *Gaceta Oficial* número 37.085 de esa fecha).

²⁰ Es usual en el Derecho Comparado que las autorizaciones requeridas para explotar servicios de telecomunicaciones supongan una *intensa intervención*, aunque, en todo caso, parten siempre del *reconocimiento de la libertad económica* como derecho preexistente. Sobre este particular, véase a ARIÑO SÁNCHEZ, RAFAEL, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL y ZAGO PAVESI, TIZIANA, *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Comares, Granada, 2000 y a NEBREA PÉREZ, JOAQUÍN, *Títulos habilitantes en el sector de las Telecomunicaciones*, Editorial La Ley, Madrid, 2000.

c. El régimen económico de las telecomunicaciones. La extensión de la responsabilidad extracontractual de la Administración

Si la explotación de actividades de telecomunicaciones no requiere previa concesión –exceptuando, por supuesto, la concesión de uso del espectro radioeléctrico- la teoría del equilibrio económico, como sistema de garantía del particular, no tiene ya aplicación alguna. Sí es aplicable, por el contrario, la teoría de la *responsabilidad patrimonial de la Administración* en sus dos vertientes, a saber, *responsabilidad por sacrificio particular* y *responsabilidad por funcionamiento anormal*. Pero lo anterior presenta *aristas* mucho más complejas. Nos referiremos tan sólo a dos aspectos, incidentalmente, que permitirán *estimar* la dimensión exacta de la *responsabilidad patrimonial* de la Administración en el contexto de la liberalización de las telecomunicaciones.

Responsabilidad derivada de los *daños y perjuicios ocasionados por los particulares con ocasión de la explotación de servicios de telecomunicaciones*. Es ese el primer aspecto que queremos resaltar. Sabido es que en el régimen tradicional, el *concesionario* era responsable frente a *terceros* por los *daños y perjuicios* producidos con ocasión de la concesión, lo que no excluía la responsabilidad de la Administración. Si la concesión desaparece en la LOT, cabe preguntarnos si la responsabilidad de la Administración es igualmente exigible. La doctrina ha respondido afirmativamente a esta cuestión. La responsabilidad –que encuadraría dentro del sistema de *funcionamiento anormal*- tendría como *causa imputable a la Administración* el *error* de ésta al *otorgar* el título habilitante que permitió al particular prestar el servicio. Responsabilidad por *culpa in eligendo*. Ello exige, en todo caso, que este error supere el *standard* de funcionamiento normal, que sea imputable a la Administración y que, además, ocasione un daño cierto, real, económicamente ponderable²¹.

Segundo aspecto. La Administración –luego nos referiremos en extenso a esta posibilidad- *impone* al particular una “*obligación de servicio universal*” o una *obligación de servicio público*. Imposición, en

²¹ Cfr.: MAGIDE HERRERO, MARIANO, “El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos”, en *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Coloquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, obra colectiva coordinada por CALOGNE VELÁZQUEZ, ANTONIO y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, JOSÉ LUIS, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 373-397.

definitiva, de *cargas obligatorias*. Pero la *obligación* del particular reside sólo en el *deber de cumplir* con la *obligación impuesta*; no se extiende, por tanto, al *deber* de soportar los *perjuicios* que tales cargas ocasionen, siempre y cuando ello suponga un sacrificio particular. Lo anterior encaja perfectamente en la teoría de la *responsabilidad patrimonial derivada de actos administrativos lícitos*. Responsabilidad exigible siempre, recalcamos, que exista un *sacrificio particular*. Mas la LOT otorga, en este sentido, una solución un tanto distinta: la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por las *obligaciones de servicio universal* se cubrirá *a través de un fondo privado*, el llamado *fondo de servicio universal*. ¿Este sistema *excluye* la responsabilidad patrimonial de la Administración?. Creemos que no. Esta responsabilidad tiene su origen en la Constitución, por lo que no puede el Legislador *excluirla*, a través de mecanismos como el llamado *fondo de servicio universal*²².

d. La legalización del sector y el ímpetu deslegalizador de la nueva Ley

La derogación de la reserva que contenía la Ley de 1940 supone, lo hemos señalado ya, la vigencia *plena* del derecho constitucional a la libertad económica en los términos consagrados en el artículo 112 de la Constitución. Por tanto, el derecho de *todos* los particulares a explotar *cualquier servicio de telecomunicación* sólo puede ser *afectado* por actos con rango y fuerza de Ley. Exigencia de Ley –así lo impone la Constitución– para restringir el ejercicio de la libertad económica en el sector de las telecomunicaciones. Hay, por tanto, una “vuelta a la legalidad”. Se ha sostenido, así, que la liberalización de “servicios públicos” a través de la derogación de la *reserva* (que es lo que efectúa precisamente la LOT) hace necesario dotar “... de una habilitación legal expresa para cualquier tipo de intervención regulatoria sobre la actividad ...”, lo cual es exigencia “... de la seguridad jurídica, del principio de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad ...”²³.

²² Sobre la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a partir de la nueva Constitución, véase a ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, “La Responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de Venezuela de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional número 1*, Caracas, 1999, pp. 267-312.

²³ Cfr.: SÁNCHEZ BUSTAMANTE, ALEJANDRO, “El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas”, en *Regulación sectorial y competencia*, Madrid, 1999, p. 198. La opinión, si bien se sitúa dentro del sector eléctrico, es perfectamente extensible a la liberalización del sector de las telecomunicaciones.

Las telecomunicaciones son entonces actividades económicas *privadas* cuya *regulación* es, conforme el artículo 112, materia *reservada a la Ley*. Mas esa reserva no excluye el concurso del reglamento, tal y como recordara la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 6 de marzo de 1997, caso *Pinco Pittsburgh*, al indicar que "... la reserva legal en materia de limitaciones de las libertades públicas, y en especial, en lo relativo a las limitaciones al derecho de libertad económica, resulta atemperada, sin embargo, por razones de técnica legislativa...". Atemperamiento del principio de legalidad administrativa y reconocimiento de poderes normativos amplios a la Administración económica: principios que, curiosamente, han sido *notablemente* incrementados a consecuencia de la liberalización de determinados sectores de la economía, como es el caso de las telecomunicaciones. Pero siempre es necesario que la *limitación* a la libertad económica se encuentre *establecida* en la *Ley*, como ha confirmado recientemente la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 27 de abril de 2000, caso *Asociación de Trabajadores del Banco de Venezuela*.

La LOT no es ajena a estos principios. Por el contrario, se constatan en ellas distintas remisiones a favor del reglamento. Remisiones que, sin embargo, no respetan siempre los *límites* generales que a la potestad reglamentaria fijó la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, de 2 de julio de 1996, caso *V. Rodríguez*. Conforme este fallo, el legislador puede permitir al Ejecutivo desarrollar y completar normativamente ciertos aspectos de la reserva legal, *siempre y cuando se establezcan los parámetros básicos dentro de los cuales la potestad reglamentaria debe conducirse*. Empero, la LOT, al *remite* al reglamento el desarrollo de distintas materias, no siempre enuncia los *principios básicos* que debe seguir la Administración. Sucede así con el artículo 5, que remite al reglamento la imposición de limitaciones a la libertad económica y con el artículo 14, que delega en el reglamento el establecimiento de los derechos de los operadores de telecomunicaciones (ignorando que tal derecho deriva del artículo 112 de la Constitución). Además, la Ley carece de cualquier regulación material acerca de los requisitos necesarios para obtener los títulos habilitantes, lo que se traduce, también, en una amplia habilitación a favor del reglamento. Igualmente, el artículo 211 remite al reglamento –sin mayor precisión– la regulación de la apertura del mercado de las telecomunicaciones. Así también ocurre en materia tributaria, desde que los artículos 144, 149 y 153 delegan en la Administración la

fijación de la alícuota de los tributos regulados en tales normas. La LOT contiene, por tanto, reiteradas y amplias remisiones genéricas a favor del reglamento, lo que menoscaba el principio de legalidad y la reserva legal sobre la libertad económica.

II. LA NEO-REGULACIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES. ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NUEVA ORDENACIÓN

A. Una nota sobre la neo-regulación

Luego de su liberalización las actividades de telecomunicaciones -como ha destacado la doctrina- se caracterizan por (i) estar altamente regladas; (ii) sujetas a la actuación de técnicas afines a la “policía administrativa”; (iii) con aplicación del régimen de concesiones, en ciertas actividades; (iv) con imposición de obligaciones de servicio público, e incluso (v) con limitaciones en cuanto a los operadores que pueden intervenir en el mercado²⁴. La liberalización no implica *ausencia de regulación*; supone, muy por el contrario, la existencia de una *regulación*, aunque con una orientación muy distinta a la *regulación tradicional* de los “servicios públicos”. Veamos, de inmediato, cuáles son las *características* de esta “nueva regulación”.

El primer término que debemos tener en cuenta es *regulación*. Concepto multívoco, alude a supuestos muy diferentes. Pueden englobarse, en él, todas las limitaciones al ejercicio de la iniciativa económica privada, con independencia de su naturaleza jurídica y de su forma de manifestación. Lo relevante es, entonces, el efecto que esa regulación produce: la ordenación de la actividad económica bajo determinados parámetros. Ahora bien, esta ordenación pública tiene, en no pocas ocasiones, efectos *colaterales* que perjudican al mercado. Por ello, en el campo de la *regulación económica* surge el denominado “*riesgo regulatorio*”, pues la regulación, en vez de *ordenar* el ejercicio de determinada actividad, produce sobre ésta efectos nocivos. Siguiendo a ARIÑO y DE LA CUÉTARA, pueden identificarse, como manifestaciones del *riesgo regulatorio*, la ambigüedad asociada a toda regulación económica que produce incertidumbre jurídica. La regulación es, además, mutable e inestable. Igualmente, los

²⁴ Sobre estas características, vid. CARRASCO, ANGEL, y CORDERO, ENCARNA, “El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 271-354.

entes reguladores abusan de las potestades discrecionales que comúnmente reconocidas por el ordenamiento jurídico, lo que incentiva la *inseguridad jurídica* derivada de esta regulación²⁵.

De esa manera, la regulación económica, cuando es desplegada por los Poderes Públicos para *sustituir* a la iniciativa privada, reduciendo todo ámbito de *libertad*, tiende a producir efectos *nocivos*, principalmente, al afectar la *eficiencia* en la explotación de actividades económicas: los *objetivos* a perseguir por la empresa privada, los *medios* necesarios para ello, las *inversiones* requeridas para la explotación de la actividad, los *contratos* que deben suscribirse, así como la *remuneración* o *beneficio económico* a obtener, quedan sometidos enteramente a la regulación pública. Esa era la situación, precisamente, de las telecomunicaciones bajo la legislación dictada en 1940, pues la iniciativa privada carecía, por completo, de *libertad*. Dos ejemplos muy concretos nos permiten ilustrar lo precedentemente expuesto. Bajo el régimen hoy derogado, la Administración controlaba la *remuneración* de los concesionarios de telecomunicaciones, remuneración que comprendía el *lucro* que el particular obtenía. No había, por tanto, *incentivo* por parte del operador para incrementar la *eficiencia* en la prestación de su actividad, en procura de mayores beneficios económicos. Vayamos al segundo ejemplo: bajo el régimen concesional, como es sabido, la Administración puede *revertir* los bienes anexos a la concesión una vez extinguida ésta, lo que desestimula las inversiones que el particular puede efectuar en la última etapa de la concesión, al conocer que tales inversiones serán revertidas al Estado, probablemente, sin ocasión para amortizarlas adecuadamente²⁶.

La necesidad de modificar el esquema regulatorio cuenta por diversas razones. Por ello, la liberalización de actividades económicas sometidas a una regulación tradicional, como es el caso de las telecomu-

²⁵ Véase el tratamiento que, sobre este tema, desarrollan ARIÑO ORTIZ, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL en "Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos", *Cuadernos de Derecho Público número 9*, INAP, Madrid, 2000, pp. 9-26.

²⁶ El ejemplo que hemos dado acerca de las *tarifas* en las telecomunicaciones, y su efecto nocivo sobre la eficiencia, fue objeto de estudio por LITTLECHILD, quien aportó una interesante solución, a través de la fórmula "RPI-X". El incremento de las tarifas se efectúa según el incremento del índice de precios al consumo (RPI), el cual se minorará en atención al factor "X", que refleja un parámetro de eficiencia fijado por la Agencia Reguladora. Con ello, se estimulaba que las empresas reguladas mantuvieran el nivel de eficiencia reflejado en el factor "X", para la obtención de mayores beneficios. Sobre esta teoría vid. VILLAR ROJAS, FRANCISCO, *Privatización de Servicios Públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 162-164.

nicaciones, ha permitido el surgimiento de una *nueva regulación*, esto es, una *neo-regulación* o *re-regulación*. Lo que debe indagarse es qué motivos *justifican* la *regulación* de las telecomunicaciones.

Podemos identificar *tres razones* que respaldan la concepción de las telecomunicaciones como actividades reguladas. En *primer lugar*, razones *técnicas* aconsejan la intervención de los Poderes Públicos en este sector. Así, las telecomunicaciones son servicios cuya prestación requiere el uso de *infraestructuras de red*, a saber, las llamadas *vías de telecomunicaciones*. La existencia de esta red *propende* a la configuración del sector como un *monopolio natural*, pues el uso necesario de las redes de telecomunicaciones impide la *libre concurrencia* de operadores, requiriéndose, por tanto, la intervención de los Poderes Públicos a fin de *ordenar* el ejercicio de esta infraestructura. En *segundo lugar*, la intervención del Estado en el sector es necesaria a fin de *tutelar el uso de un bien del dominio público* como es el espectro radioeléctrico, cuya explotación es indispensable para el ejercicio de determinados servicios de telecomunicaciones. No se olvide que, precisamente, es en el *origen demanial* donde suelen encontrarse los fundamentos de las potestades públicas de intervención en la economía. Finalmente, y en *tercer lugar*, los Poderes Públicos deben intervenir en las telecomunicaciones a fin de proteger los *diversos derechos fundamentales* involucrados en este sector.

Las telecomunicaciones, efectivamente, están conectadas con distintos derechos constitucionales. Destaca, así, el artículo 57 de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho a “... expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura ...”. El derecho de expresión se ejerce, precisamente, a través de servicios de telecomunicaciones, como es el caso de los servicios de difusión. Junto a este derecho, el artículo 58 constitucional establece que “... la comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la Ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral ...”.

La existencia de esos dos derechos constitucionales exige la participación del Estado en las actividades de telecomunicaciones, conforme los títulos competenciales previstos en la Constitución. En general, el Estado debe promover y garantizar los derechos consagrados en ésta, incluyendo los derechos a la libertad de expresión y a la información (cfr.: artículo 3 constitucional). Hay, por tanto, la *obligación positiva* del Estado de *proteger y facilitar* el ejercicio de estos derechos constitucionales, que se erigen como *derechos fundamentales de contenido prestacional*. Además, la intervención del Estado encuentra especial regulación en el artículo 108 constitucional, conforme al cual:

“... los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de biblioteca y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información ...”.

Es esta una disposición novedosa, que afianza la intervención que *necesariamente* tienen que desplegar los Poderes Públicos en las telecomunicaciones. El Estado debe **garantizar** servicios públicos de radio y televisión –esto es, servicios de difusión- a fin de permitir **el acceso universal a la información**. Garantía pública de la universalidad de la información. No precisa la norma a través de qué instrumentos debe materializarse esta obligación de garantía; es, en definitiva, una opción que compete al Poder Legislativo, dentro de la libertad de configuración del ordenamiento jurídico que a éste órgano reconoce la Constitución. Lo importante, la obligación inexcusable, es que el Estado ha de garantizar la prestación universal de los servicios de difusión.

Se desprende de lo anterior la *necesaria* intervención del Estado a fin de salvaguardar la efectiva prestación del derecho de expresión, del derecho de información y, también, a fin de garantizar la universalidad de los servicios de difusión. Pero además, el servicio de telefonía básica es parte de los *servicios básicos esenciales* que, de conformidad con el artículo 82 constitucional, debe igualmente garantizar el Estado.

La liberalización no puede desconocer la intervención que necesariamente tiene que desplegar el Estado de conformidad con los artículos 57, 58, 82 y 108 de la Constitución. Intervención del Estado que se afianza en virtud de la cláusula del Estado social que la Constitución incorpora

en su artículo 1, y de la cual derivan *obligaciones positivas* de los Poderes Públicos dirigidas a garantizar la adecuada atención de los derechos fundamentales prestacionales. Todo esto, en definitiva, justifica la regulación de las telecomunicaciones.

Regulación que, sin embargo, se plantea en atención a principios del todo *distintos* a los que informaron la regulación tradicional. La intención de la LOT es, en este sentido, garantizar la adecuada satisfacción de estos derechos fundamentales, respetando la libertad económica y la libre competencia. La *neo-regulación* es, de esa manera, una *regulación conforme al mercado*, una *regulación acorde con el principio de libre competencia*. Regulación económica que, en definitiva, respeta, afianza y estimula el derecho constitucional a la libertad económica, diferente por tanto a la *regulación tradicional*, que sustituía la libre iniciativa privada y eliminaba la competencia efectiva.

Esta *neo-regulación* de las telecomunicaciones estará orientada, de esta manera, a dos objetivos centrales. El primero de ellos, la *implementación y protección de la libre competencia*. La tutela del mercado, como refiere SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, exige muchas veces la intensa intervención de los Poderes Públicos. Pero además, esta neo-regulación se manifiesta a través de *técnicas de limitación de la iniciativa privada*, destinadas, principalmente, a proteger la adecuada satisfacción de los derechos fundamentales asociados a las telecomunicaciones²⁷.

²⁷ Para lo aquí expuesto y con carácter general, vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAS, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", *El nuevo servicio público*, cit., pp. 25-48; DE LA CRUZ FERRER, JUAN, "Regulación, Desregulación y neo-regulación", en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 347-385; DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS, *Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 67-70; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años", en *Revista de Administración Pública número 150*, Madrid, 1999, pp. 247-274 y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y mercado, Tomo I, Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 225-324. La doctrina venezolana se ha pronunciado sobre la *compatibilidad* entre la *libre competencia* y las técnicas de actuación indirecta del Estado en la economía. Con un planteamiento general, véase a PESCI-FELTRI SCASSELLATI, FLAVIA, "La libre competencia en el desarrollo de la intervención estatal en la economía", en *Revista de Derecho Administrativo número 3*, Caracas, 1998, pp. 217-243. En el concreto tema de los servicios de telecomunicaciones, véase a ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de Telecomunicaciones*, cit., pp. 212-213. MARY ELBA DÍAZ COLINA ("El régimen de la Libre Competencia en la Ley Orgánica de las Telecomunicaciones", cit., pp. 234) expresa, al analizar la LOT, que a diferencia del régimen derogado, ésta "... representa el soporte legal de la apertura de las telecomunicaciones en nuestro país...". Véase también el estudio que, sobre la reciente liberalización de servicios esenciales, hemos formulado en "Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", cit.

B. La neo-regulación para fomentar la libre competencia

La intención de la LOT es fomentar y proteger la libre competencia en el sector. Dos intenciones, acotamos, muy distintas. Así, para *fomentar* la libre competencia, la Ley implementa una regulación cuyo objetivo es, precisamente, facilitar la concurrencia de operadores. Por el contrario, para *proteger* la libre competencia, hay en la Ley principios que *sancionan* las prácticas anticompetitivas, que han de concordarse con la legislación especial en la materia. Nuestro interés se centrará, exclusivamente, en los principios que la LOT recoge a fin de *fomentar* la libre competencia en las telecomunicaciones, especialmente, la llamada *Oferta de Red Abierta* (ORA)²⁸.

a. Las vías de telecomunicaciones como recurso escaso y la Oferta de Red Abierta

Hemos señalado ya que las telecomunicaciones dependen, para su desarrollo, del uso de una *infraestructura de red*, esto es, las *vías de telecomunicaciones*, consideradas en la LOT un *recurso escaso*. Los operadores de telecomunicaciones requieren, por lo general, el uso de *vías de telecomunicaciones* para poder prestar servicios. Sin embargo, estas vías no pueden ser utilizadas indiscriminadamente; por el contrario, sólo un número *restringido* de operadores puede acceder a ella. Además, la *construcción* de nuevas redes se encuentra sujeta a distintos obstáculos, que dificultan su ampliación.

Es por ello que los servicios de telecomunicaciones se han considerado tradicionalmente un *monopolio natural*, pues éstos se prestarán con mayor eficiencia mientras menor sea el número de operadores que concurren en la actividad. Sobre la base de esta característica, las telecomunicaciones –en Venezuela, como en otros muchos países- fueron *reservadas al Estado*, al estimarse que eran actividades que por su propia naturaleza tendían al monopolio. Es conveniente recordar que la

La influencia del derecho anglosajón en esta materia es evidente. Precisamente, fue en la década de los ochenta cuando, en el Reino Unido, se comenzó a implementar el modelo de *regulación competitiva* en los sectores económicos sujetos a una *intensa regulación pública* (los llamados *public utilities*). Por todos, véanse los distintos estudios contenidos en McCrudden, Christopher (editor), *Regulation and Deregulation*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

²⁸ Sobre las prácticas anticompetitivas en el sector, vid. Díaz Colina, Mary Elba, “El régimen de la libre competencia...”, cit., pp. 236-244.

Constitución de Venezuela –siguiendo a la Constitución de Italia– al tratar la *reserva* de servicios y actividades, establece como una de las causas que pueden legitimar tal reserva, la existencia de *monopolios*. Sin embargo, la reciente evolución de las telecomunicaciones ha demostrado que una adecuada *regulación* puede *promover* la competencia, a través de la ordenación de un *estatuto de red*, esto es, un conjunto de normas que *ordenen* el uso de la infraestructura de red, con la finalidad de *promover la concurrencia de operadores*. Esto es, una *neo-regulación* de las vías de telecomunicaciones, cuyas notas distintivas son (i) la gestión autónoma de la red y (ii) el fomento del acceso de terceros a la red, condición indispensable para asegurar la libre competencia. Como bien expresó CONATEL, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Telecomunicaciones “... el desarrollo tecnológico y el abaratamiento de los costos ha supuesto desde el punto de vista normativo el abandono del binomio señalado (monopolio natural – reserva al Estado), por mecanismos que permiten a este último cumplir sus cometidos sociales ...”²⁹.

Las redes o vías de telecomunicaciones *afectan* la libre competencia, por lo que requieren una adecuada regulación. Es esa la intención última de la *Oferta de Red Abierta* (ORA), que parte de la necesidad de *garantizar* el libre acceso de todos los operadores a la red y el uso de ésta, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. En todo caso, es conveniente efectuar una distinción, derivada del artículo 6 de la LOT. El *establecimiento* o *explotación* de redes de telecomunica

²⁹ Las telecomunicaciones son consideradas como un sector económico infraestructural, término definido por DE LA CUÉTARA (“Sobre las infraestructuras en red”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red [REDETI] número 1*, Madrid, 1998, pp. 19-25) como las “... actividades que requieren un soporte subyacente, sólido, territorial, físico, que constituya a su vez la ‘infraestructura material’ de las empresas que en ellos actúan...”. Como aclara ARAUJO JUÁREZ (*Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., p. 19) las “... infraestructuras de telecomunicación son predominantemente materiales o físicas (cables, canalizaciones, edificios, torres, planta externa, etc.), aunque incluyen también algunos componentes inmateriales (derecho de uso del espectro radioeléctrico)...”. Aclaremos que, en este estudio, nos referimos a un concepto *estricto* de infraestructuras, a saber, las llamadas *vías de telecomunicación*, que son *redes* materiales o físicas. Ahora bien, ha señalado JUAN DE LA CRUZ FERRER (“Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras”, en *REDETI número 7*, Madrid, 1999, pp. 11-55) que la regulación tradicional de las infraestructuras de red se basaba en la teoría del monopolio natural y en los fallos del mercado, lo que justificaba la intervención de los Poderes Públicos. Sin embargo, en la actualidad ha surgido una nueva regulación –inspirada en la liberalización de las telecomunicaciones, energía y transportes desarrollada en el Reino Unido y en Estados Unidos– que se fundamenta, principalmente, en la separación de la gestión de la infraestructura, y la introducción de la libre competencia mediante el fomento de la iniciativa empresarial privada. Surge entonces el llamado *estatuto de red*, cuyas notas, ya definidas, han sido esbozadas por ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “Significado actual de la noción del servicio público”, cit., p. 31.

ciones puede hacerse con dos finalidades: para satisfacer necesidades propias del propietario o gestor de la red (autoprestación) o para satisfacer necesidades de terceras personas. Sólo éstas redes, acotamos, quedan sometidas a los principios de la ORA, es decir, al *estatuto de la red*. Por ello, las redes de telecomunicación destinadas a *autoprestación* no estarán sometidas al conjunto de cargas, derechos y deberes asociados a las “redes públicas de telecomunicación”.

b. El derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones

El primer instrumento de la ORA es el *derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones*. Todos los operadores del sector tienen el *derecho a usar las vías de telecomunicaciones* de los otros operadores, a fin de prestar sus servicios, esto es, el principio de *acceso de terceros a las redes* (ATR). La LOT ha recogido este principio bajo el enunciado del “*derecho a la vía*”, cuyas notas generales son la *objetividad, publicidad, igualdad y no discriminación*³⁰.

Dispone el artículo 126 de la LOT que toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicaciones, deberá permitir el acceso o utilización de la misma por parte de los operadores de telecomunicaciones que se lo soliciten, *cuan- do su sustitución no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación*. A los efectos de la norma, se entenderá por vías generales de telecomunicaciones “los elementos que permiten emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo previsto en el reglamento respectivo”.

Nótese que se trata de un *derecho de los operadores*, en cuya virtud éstos podrán “hacer uso de las vías generales de telecomunicaciones existentes”. Se trata, por tanto, de un *derecho de uso* sobre determinado *bien*, como son las vías de telecomunicaciones. Pero además, es una *carga para los propietarios o gestores de las vías de telecomunicaciones*, pues éstos deben permitir, salvo las excepciones que la norma prevé, el *uso* de estos bienes por terceras personas. Es, por tanto, una verdadera *limitación* al derecho de propiedad sobre las redes, cuya aplicación, como

³⁰ En este sentido, vid. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y Mercado. Tomo II. Las Telecomunicaciones*, cit., pp. 80 y siguientes.

aclara el segundo párrafo del artículo 128, “no deberá afectar irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle, causarle daños a las instalaciones de éste o afectar la continuidad y calidad de su servicio”. Sin embargo, la LOT condiciona el ejercicio de este derecho a parámetros nada claros, que pueden menoscabar la efectividad de esta figura. En efecto, el derecho de uso de las vías de telecomunicaciones no es absoluto, sino limitado: sólo podrá ejercerse si la sustitución de la vía “no es factible”. Ahora bien, las redes de telecomunicaciones *siempre podrán* sustituirse, pues los operadores pueden construir nuevas redes; por tanto, su sustitución *siempre es factible*. No obstante, esta posibilidad, en la práctica, es bastante limitada. De allí la necesidad de interpretar el término “factible” en el sentido *más favorable* al ejercicio del “derecho a la vía”.

Interesa destacar, finalmente, que en la instrumentación de este derecho rige el principio de *autonomía privada de las partes*, pues corresponde a los operadores interesados pactar las condiciones bajo las cuales este derecho se ejercerá, así como la remuneración que por ello corresponda, tal y como postula el artículo 128 de la Ley. Sólo en caso que ese acuerdo no se logre –bien por negativa expresa, bien por silencio de alguna de las partes en cuanto a la solicitud de ejercicio del derecho de vía- CONATEL podrá *imponer* el ejercicio de este derecho, a través de un procedimiento *cuasijurisdiccional*, regulado en el artículo 129.

c. La interconexión

El derecho a la vía, según lo antes expuesto, involucra a dos sujetos: por un lado, operador de telecomunicaciones *propietario* de la red o, en todo caso, el operador que gestione o controle tal bien; por el otro, al operador de telecomunicaciones que no es propietario ni posee una red. Sucede, sin embargo, que el propietario o gestor de una red, para poder prestar los servicios de telecomunicación, requiere *usar* las redes de otros operadores. Es en este supuesto en el que tiene aplicación el principio de *interconexión*.

Así, la interconexión se refiere al derecho de los operadores *propietarios de vías de telecomunicación a interconectar* esas redes con otras, según se deriva del artículo 130 de la LOT, conforme al cual los operadores de redes de telecomunicaciones *tienen la obligación* de

interconectarse con otras redes de telecomunicaciones con el objetivo de establecer, entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. Si bien la redacción de la norma es un tanto confusa, deriva de ella la *obligación* de los operadores de *permitir* la interconexión de redes³¹.

Pero es éste un derecho limitado, ya que el artículo 137 de la LOT establece que la interconexión entre redes de telecomunicaciones deberá ser efectuada *sin menoscabar los servicios y calidad originalmente proporcionado*, de forma tal que se cumplan los programas y planes dictados por CONATEL. El artículo precisa, además, que la interconexión se realizará de acuerdo a los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores, “conforme a los términos establecidos en esta Ley, sus reglamentos y demás normas aplicables”.

De nuevo rige, en esta materia, el principio de *autonomía de la voluntad de las partes*, quienes definirán los términos en los cuales se ejercerá la interconexión. La Administración sólo podrá intervenir ante

³¹ Como señala RODRÍGUEZ ILLERA (“La regulación de la interconexión en los mercados de Telecomunicaciones liberalizados”, en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global*, coordinada CREMADES, JAVIER y MAYOR MENÉNDEZ, PABLO, La Ley, Madrid, 1999, p. 236) “... la introducción de competencia efectiva en los mercados de las Telecomunicaciones se ha visto con frecuencia dificultada por la existencia de barreras de entrada de nuevos agentes en el mercado, barreras cuyo efecto es bien el de limitar el número de agentes en el mercado, bien el de hacerles incurrir en costes distintos a los de los operadores ya posicionados ...”. Una de tales barreras deriva, precisamente, de las redes de telecomunicaciones, y la interconexión es, de esa manera, instrumento que permite sortear tales barreras. Esa figura alude por lo general a tres ideas: el intercambio de comunicaciones entre abonados de redes diferentes; la prestación de servicios de un operador a los abonados a una red de telecomunicaciones operada por otro agente, y la utilización de redes de otras personas. Este último concepto se corresponde con el derecho de acceso a las vías, por lo que reduciremos el término interconexión a los dos primeros supuestos mencionados. Vid. también a CARRASCO, ANGEL y MENDOZA, ANA, “Interconexión y acceso a redes”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, pp. 461-541 y RODRÍGUEZ ILLERA, REINALDO, y VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR, “Comentario”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, coordinada por DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, cit., pp. 150-161.

En Venezuela, es obligatoria la remisión al completo estudio de CÁRDENAS CÁRDENAS, GILBERTO, “Régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones en España”, en *Revista de Derecho Administrativo número 8*, Caracas, 2000, pp. 97 y siguientes. Véanse asimismo el *Reglamento de Interconexión de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones* (Decreto número 1.093 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en Gaceta Oficial número 37.085 de esa fecha) y el *Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica* (Decreto número 1.095 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en Gaceta Oficial número 37.085 de esa fecha). Bajo la vigencia de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 se reguló la interconexión de la “Red Básica de Telecomunicaciones” a fin de facilitar la entrada de operadores. Esta regulación –mucho más clara que la hoy vigente– se basaba en la obligación impuesta a todo operador de una “Red Básica de Telecomunicaciones” de “proveer facilidades de interconexión a su Red Básica de Telecomunicaciones a los otros operadores de servicios”. Cfr.: ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de Telecomunicaciones*, cit., pp. 153-179.

ausencia o falta de la libre voluntad de los operadores, o cuando éstos no puedan llegar a acuerdos sobre las condiciones y términos de la interconexión, tal y como se desprende del artículo 133, el cual *restringe* las potestades de CONATEL, al señalar que la actuación de dicha Comisión “deberá ser la estrictamente necesaria para proteger los intereses de los usuarios”. Además, y de conformidad con el artículo 135, corresponde a la Administración *resolver las controversias que se planteen sobre los acuerdos de interconexión*. Se trata, indudablemente, del reconocimiento de potestades jurisdiccionales a la Administración, que resultan, para nosotros, enteramente criticables. Más aún cuando, de conformidad con el artículo 142, las partes *deberán someter* a la CONATEL la resolución de los conflictos que se planteen. Esta norma, interpretada literalmente, viola el derecho constitucional a la *tutela judicial efectiva*, previsto en el artículo 26 constitucional, desde que veda el acceso directo a la justicia. Interpretación que, como tal, es descartable. En caso de conflicto, los particulares siempre podrán acceder a los órganos de justicia. Es esa, para nosotros, la interpretación que debe darse al artículo comentado.

d. Algunas precisiones sobre la ORA y la libre competencia

En el *Informe de Políticas Públicas en el Sector de las Telecomunicaciones*, elaborado por PROCOMPETENCIA, se hizo énfasis en el estatuto de la red que debía informar la apertura a la competencia del sector. Especialmente, en el informe se llama la atención sobre la *interconexión*, al disponer que “... para introducir la competencia en el sector de las telecomunicaciones es necesario asegurar la interconexión a la red a otros operadores, porque no tiene sentido abrir la competencia en ciertos segmentos del sector, si los nuevos competidores no pueden tener acceso a la red, con lo cual el operador dominante podría terminar monopolizando dichos segmentos...”.

En efecto. La negativa del propietario o gestor de la red de permitir el ejercicio del derecho de acceso a terceros o del derecho de interconexión, puede constituir una práctica contraria a la libre competencia. Una de las dificultades prácticas que suelen devenir de la liberalización de las telecomunicaciones, como destaca JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA, es la negativa del titular de la red a permitir el uso de la red de telecomunicaciones. Ello llevó al Tribunal de Defensa de la Competencia español a establecer, en la temprana decisión de 1 de febrero de 1995, que la negativa del operador dominante de permitir el acceso a las redes,

constituye abuso de la posición de dominio³². Por tanto, de conformidad con la Ley PROCOMPETENCIA, la negativa del titular de la red a permitir el acceso de terceros o la interconexión, *puede* constituir un abuso de posición de dominio³³.

e. El tratamiento de los otros recursos escasos. La numeración y el espectro radioeléctrico

Además de las vías de telecomunicaciones, la LOT regula expresamente *otros recursos escasos o limitados*, que se caracterizan por *afectar la concurrencia* de operadores. La regulación sobre éstos se dirige, por tanto, a *fomentar la libre competencia*.

Tal es el caso de la numeración. Obviamente, el carácter *limitado* de este recurso proviene el *uso práctico* que puede hacerse de los números en la comercialización de servicios de telecomunicaciones. Por ello, debe la Administración *promover el uso eficiente* de este recurso, a través de la *planificación numérica*³⁴. Ahora bien, los servicios de telecomunica-

³² Cfr.: DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL, "Algunos conflictos –resueltos y pendientes– planteados en las Telecomunicaciones", en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global*, cit., pp. 201-277. Sobre la decisión comentada –que recayó en el asunto conocido por el Tribunal, a consecuencia de la negativa de Telefónica a permitir el acceso a sus redes, por parte de un operador telefónico que operaba en un aeropuerto– vid. MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ, y SOUTO SOUBRIER, LUIS, "Telecomunicaciones y Derecho de la Competencia. De la desmonopolización a la competencia efectiva", en *La liberalización de las Telecomunicaciones...*, cit., pp. 405-407.

³³ El abuso de la posición de dominio ha sido definido por PROCOMPETENCIA como toda conducta unilateral a través de la cual los agentes que ostentan una posición de dominio se aprovechan abusivamente de la ausencia de competidores eficaces, imponiendo condiciones que le beneficien, las cuales no podrían establecerse de existir una competencia real y efectiva (resoluciones número SPPLC/0027-94, caso Sofimera y número SPPLC/0016-95, caso Servicios Técnicos Schindler, C.A)

³⁴ La Ley define la numeración como "... la representación unívoca, a través de identificadores, de los equipos terminales de redes de telecomunicaciones, elementos de redes de telecomunicaciones, o a redes de telecomunicaciones en sí mismas ...". Los identificadores estarán basados en códigos o caracteres alfanuméricos, siguiendo las pautas establecidas por los organismos de regulación internacionales o regionales que normen la materia (artículo 111). La importancia de la planificación numérica, en el desarrollo de las telecomunicaciones, ha sido tratada por JAVIER CREMADES de la siguiente manera: "... para el diseño de cualquier red telefónica es imprescindible establecer planes de numeración. Un plan de numeración consiste en la distribución de la numeración entre los abonados al servicio. El altísimo número de abonados y la gran complejidad de las redes hacen que dicha distribución sea un proceso de singular relevancia. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la numeración, contra lo que podría parecer a primera vista, es un recurso escaso, debido a las limitaciones técnicas de las redes y a los criterios de eficacia y rapidez que se imponen en el diseño de las mismas ..." (vid. el estudio del autor en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 192-193).

ciones suelen identificarse con determinado número, el cual es suministrado por el operador. Si el usuario desea cambiar de operador, probablemente tendrá que cambiar, también, el correspondiente número, lo que desestimula tal cambio, afectando, en definitiva, el acceso de nuevos agentes económicos en condiciones de oferentes. Para paliar este efecto anticompetitivo, la liberalización de las telecomunicaciones incorpora el principio de *portabilidad numérica*, en virtud del cual los usuarios tienen el *derecho* a conservar los números asignados, y los operadores, por tanto, el *deber* de permitir tal portabilidad. Este principio, aunque de manera ambigua, aparece recogido en el artículo 117 de la LOT³⁵.

Es también considerado recurso limitado el *espectro radioeléctrico*, el cual se declara un *bien del dominio público*, lo que supone, además de su sometimiento al régimen ordinario de los bienes del dominio público, las potestades que, en relación con tal bien, puede ejercer la Administración, y que han sido reconocidas ampliamente en la LOT. Sin embargo, este régimen jurídico cuenta con una especial peculiaridad: el espacio radioeléctrico es un bien cuyo uso es *necesario* para la explotación de ciertos servicios de telecomunicaciones, por lo que su uso debe estar orientado a fomentar la concurrencia de operadores. Además, debe tenerse en cuenta que no todo el espacio radioeléctrico puede ser explotado indistintamente por los operadores, pues éste tiene restricciones en cuanto a la porción que efectivamente puede ser empleada. De allí que las potestades administrativas que ordenan y regulan el uso de ese bien deben mantener el difícil equilibrio entre el *uso racional* del espectro y la *libre competencia*.

³⁵ La *portabilidad numérica* "... consiste en la posibilidad de cambiar de operador, lugar y/o servicios sin cambiar el número de teléfono. Es un instrumento técnico que tiene el potencial de desligar un número telefónico de su dirección física original en la red, del operador al cual se le había asignado inicialmente, y del servicio para el que se dio el número ..." (CREMADES, JAVIER, cit. p. 226). Este principio, decíamos, se recoge en el artículo 117 de la LOT, el cual dispone que "... los operadores de telecomunicaciones garantizarán, en los casos, términos, condiciones y plazos que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, que los contratantes de los servicios puedan conservar los números que les hayan sido asignados de acuerdo a las modalidades que establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, basada en las normas y tendencias internacionales...". Además, el artículo establece como *obligación mínima* que deben satisfacer los operadores de redes de telecomunicaciones "... la conservación de los números telefónicos de los contratantes del servicio cuando éstos decidan cambiar de operador o de ubicación física en una misma localidad. Para disfrutar de la conservación de la numeración establecida en esta Ley, los contratantes de los servicios deberán estar solventes con el operador que le presta el servicio ...". Sin embargo, debe notarse que el derecho a conservación de la numeración –salvo para el caso en que tal derecho se relacione con cambios de operador dentro de la misma localidad– sólo será exigible *en los términos que disponga CONATEL*, con la cual se *delega* en la Administración la *delimitación* de un derecho de los usuarios que se desdobra en cargas para los operadores.

Además de tal equilibrio, la vigencia de la libre competencia exige que la asignación de uso de este bien respete el principio de *igualdad*. Tiene aquí especial importancia la *licitación* a través de la cual deberá otorgarse –como principio general– esta concesión, licitación regida por los principios de *igualdad, concurrencia y publicidad*, en la cual deberá darse especial importancia a la *libre competencia* entre los distintos oferentes³⁶.

f. Algunas precisiones sobre el fomento de la libre competencia y la apertura del mercado de telefonía básica

El mercado de telefonía básica, en virtud de *régimen de concurrencia limitada* contenido en el título concesional otorgado a la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), sólo podía ser explotado por un ese operador, el cual, consecuentemente, ejercía una posición de dominio en los términos del artículo 14, numeral 1 de la Ley PROCOMPETENCIA. Se trataba, sin embargo, de un régimen tempo-

³⁶ El artículo 4 de la LOT define el espectro radioeléctrico “como el conjunto de ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de tres mil gigahertz (3000 GHz) y que se propagan por el espacio sin guía artificial”. La ley reconoce a la Administración amplias potestades de dirección, control y supervisión sobre ese bien del dominio público de carácter restringido. De esa manera, según la LOT, corresponde a CONATEL, en general, la administración, regulación, ordenación y control del espectro radioeléctrico, de conformidad con lo establecido en la Ley y en las normas vinculantes dictadas por la Unión Internacional de telecomunicaciones (UIT), procurando además armonizar sus actividades con las recomendaciones de dicho organismo (artículo 69). La Exposición de Motivos del Proyecto que elaborara CONATEL señalaba, en este sentido, que “... esta enunciación bastante amplia de administración, regulación, organización y control, incluye entre otras facultades la planificación, la determinación del Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF), la asignación, cambio y verificación de frecuencias, la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, el establecimiento de normas técnicas y jurídicas para el uso del espectro, la detección de irregularidades y perturbaciones en el mismo, de acuerdo a la normativa correspondiente, el control de su uso adecuado y la imposición de sanciones a que haya lugar (artículo 73). Aprobar y publicar el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia (CUNABAF) y los planes técnicos de utilización asociados (artículos 74 y 75) ...”. Hubiese sido deseable, en todo caso, una regulación más específica y *limitada* de estas potestades, sobre todo si se considera que tan exagerada amplitud puede repercutir negativamente sobre la *libre competencia*. Es de hacer notar, además, que la propia Ley regula el *procedimiento licitatorio* a través del cual se otorgará la correspondiente concesión, procedimiento que se rige por los principios enunciados en el artículo 77 de la LOT: igualdad, transparencia, publicidad, eficiencia, racionalidad, pluralidad de concurrentes, competencia, desarrollo tecnológico e incentivo de la iniciativa, así como la protección y garantía de los usuarios.

La condición del espectro radioeléctrico como bien del dominio público presenta no pocos inconvenientes. Un tratamiento general del tema puede encontrarse en *Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada*, coordinada por CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, Marcial Pons, Madrid, 2000, con especial atención a los estudios de PÉREZ-ARDA CRIADO, JAVIER (“Introducción al dominio público”, pp. 13-40) y MARZO COSCULLUELA, JAVIER (“El dominio público radioeléctrico”, pp. 149-189).

ral, vigente sólo hasta el 27 de noviembre del año 2000. Vencido como está este derecho exclusivo, cualquier operador, en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica, puede acceder al mercado de telefonía básica.

Sin embargo, ese acceso requiere un régimen especial, a través del cual se ordene la concurrencia de los distintos agentes que accedan al mercado, estableciéndose, además, los principios por los que se regirá el operador titular del derecho exclusivo, hoy extinguido. Por ello la Ley establece, en su artículo 211, que el Ejecutivo Nacional, a través del “Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica” determinará “el modelo, condiciones, limitaciones, requisitos y cualquier otro aspecto necesario para obtener las condiciones que estime convenientes para la apertura del servicio de Telefonía Básica, a cuyo efecto podrá establecer regulaciones asimétricas”. CONATEL elaboró, en este sentido, los *Lineamientos de Políticas para la apertura del mercado de telefonía básica*, extenso documento a través del cual se precisaron los principios generales que regirían tal proceso de apertura. Se reitera en estos “lineamientos” que el Ejecutivo Nacional “... tiene la obligación legal de realizar todas las acciones necesarias para asegurar que, a partir del día siguiente de la cesación del privilegio de concurrencia limitada, los operadores que hayan cumplido con los requisitos establecidos puedan explotar los servicios básicos de telecomunicaciones...”, para lo cual “... los esfuerzos del Estado están destinados a diseñar e implementar una política coherente que asegure tanto la libertad de empresa de los operadores y el beneficio privado en la realización de la actividad, como la protección de los intereses de los usuarios y el desarrollo integral del país...”³⁷.

Uno de los inconvenientes que se presenta con mayor frecuencia en la implementación de la liberalización de las telecomunicaciones es la introducción de nuevos agentes económicos, cuando existe un operador dominante en el mercado. Ese operador dominante, además, suele ser propietario de la infraestructura de red cuyo uso es indispensable. De allí que en los procesos de liberalización suele establecerse un “estatuto del operador dominante”, a través del cual se realiza una “discriminación positiva”, esto es, se imponen cargas y deberes a ese operador dominante

³⁷ Estos “lineamientos” pueden ser consultados en la página www.conatel.gov.ve

a fin de garantizar la vigencia del principio de libre competencia, objetivo central de toda liberalización. A esa especial normativa se le conoce como *regulación asimétrica*, por las diferencias de trato entre el operador dominante y los nuevos operadores que ingresan al mercado. Conviene destacar que la figura del operador dominante *no se relaciona con la posición dominante o de dominio*, a la cual hemos hecho referencia. En efecto, la calificación del *operador dominante* permite precisar qué agente, en el mercado de las telecomunicaciones, tiene una cuota de mercado de tal magnitud que dificulte la entrada de nuevos operadores.

Se ha expresado así que la liberalización de las telecomunicaciones, aplicada respecto actividades que eran prestadas en régimen de monopolio, requiere para su éxito la competencia de dos elementos: que los nuevos entrantes no tengan que acometer altas inversiones para poder prestar servicios y que se asegure la prestación de los servicios universales. Para ello, se imponen cargas al operador dominante que faciliten el acceso a la infraestructura de red de los nuevos agentes y además, se le asignan obligaciones de servicio universal. Ahora bien, debe quedar claro que ese estatuto, al derivar en cargas y limitaciones al ejercicio de la libertad económica, es materia de la reserva legal. Sin embargo, la Ley delegó de manera amplia tal regulación en el reglamento, afectándose, en nuestra opinión, la reserva legal que informa a las limitaciones de la libertad económica³⁸.

En definitiva, este proceso de apertura –regulado a través del *reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica*– tiene por finalidad última *introducir* la libre competencia en ese mercado, atemperando las barreras (de hecho o de derecho) que restringen el acceso de nuevos operadores. Para ello, se *facilita* el otorgamiento de los títulos habilitantes necesarios para acceder al mercado y se regula la *interconexión* a la red asociada a ese mercado, así como las condiciones de acceso a tal mercado por parte de los usuarios. Ello demuestra que la liberalización supone, por lo general, la adopción de medidas coactivas destinadas a fomentar la libre competencia, peculiar manifestación de la

³⁸ En relación con lo expuesto, vid. ARPÓN DE MENDIVIL, ALMUDENA, y FIGUERA, CECILIA, “El estatuto del operador dominante”, en *Comentarios a la Ley General de las Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 205-246. Con carácter general, vid. DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL, “Asimetría regulatoria, equidad y transición a la competencia en las telecomunicaciones españolas”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)* número 4, Madrid, 1991, pp. 11 y siguientes.

obligación prevista en el artículo 113 constitucional, en cuya virtud el Estado debe garantizar la existencia de condiciones efectivas de competencia³⁹.

C. La neo-regulación como técnica de limitación: el servicio universal y las obligaciones de servicio público

a. El servicio universal

Los servicios de telecomunicaciones, lo hemos indicado ya, se relacionan con derechos fundamentales prestacionales, respecto a los cuales la Constitución impone obligaciones positivas a los Poderes Públicos destinadas a garantizar su efectiva satisfacción. Satisfacción que la LOT ha confiado a la libre iniciativa privada y a la libre competencia.

Mas no puede delegarse enteramente en el mercado la satisfacción de estos derechos fundamentales. No se trata, subrayamos, de un planteamiento basado en determinada postura ideológica. Por el contrario, es éste un argumento que encuentra apoyatura expresa en la Constitución: que el Estado debe garantizar el ejercicio de derechos prestacionales, es conclusión inequívocamente derivada de los artículos 1 y 3 de la Carta Magna. El carácter normativo y vinculante de la Constitución –reconocido en su artículo 7- así lo exige. Recordemos que la liberalización no es, ni puede ser, una simple apelación al mercado, tal y como destacan DE LA QUADRA SALCEDO y GARCÍA DE ENTERRÍA. Se acude al mercado en búsqueda de eficiencia y para estimular la libertad económica. Pero los Poderes Públicos no pueden acudir al mercado para desligarse del cumplimiento de obligaciones positivas impuestas por la Constitución y asociadas a derechos fundamentales⁴⁰.

Esta circunstancia plantea *límites constitucionales* a la liberalización. A través de ésta, se insiste, no cabe renunciar a la protección de los derechos fundamentales; tampoco puede afectarse el *carácter universal* con el que determinadas prestaciones deben ser atendidas. Ocurre así con

³⁹ Destaca el espíritu intervencionista de este reglamento, que *enumera* los distintos atributos que pueden ejercer los titulares de las habilitaciones que a tales efectos se otorgue, enumeración propia de un régimen concesional, pero extraña a lo que debería ser un régimen de libertad.

⁴⁰ Véase el estudio preliminar de estos dos autores, contenido en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999.

lo previsto en el artículo 108 de la Constitución: los servicios de difusión deben ser prestados *universalmente*, lo cual debe ser garantizado por el Estado.

La liberalización de las telecomunicaciones en el Derecho Comparado ha tocado, precisamente, la esencia de lo que aquí tratamos de reflejar: el mercado y la libre competencia pueden ser instrumentos no idóneos para garantizar la universalidad con la cual deben ser atendidas ciertas prestaciones. Piénsese así en los servicios de telecomunicaciones que, inherentes a un adecuado nivel de vida –empleando los términos a que alude el artículo 82 de la Constitución– no son económicamente rentables. La aplicación del mercado hará, muy probablemente, que los operadores desatendan estos servicios, dedicando su iniciativa empresarial a las actividades que resulten más lucrativas. Aspecto éste, destacamos, que no puede ser reprochado, pues la selección de la actividad lucrativa de la preferencia de cada empresario es inherente al derecho constitucional de la libertad económica, tal y como reconoce el artículo 112 constitucional. Lo reprochable es, en todo caso, que el Estado incumpla su obligación de garantizar la adecuada prestación de estos servicios.

Es por ello que, en el contexto de la liberalización de las telecomunicaciones, el Estado puede imponer coactivamente a los operadores la obligación de prestar estos servicios esenciales, de manera regular y uniforme, en respeto al principio de igualdad, y con carácter universal. Surge así el denominado *servicio universal*, reconocido en el artículo 49 de la LOT. Según este artículo, el servicio universal comprende “el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica”. La finalidad de esa figura, como dispone el artículo comentado, es “la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población”.

El servicio universal es una figura –como ya ha sido destacado en el Derecho Comparado– *tributaria* del servicio público. Atiende, ciertamente, a sus mismas finalidades, pero a través de mecanismos e instru-

mentos cónsonos con la libertad económica y la libre competencia⁴¹. Incluso en Francia —donde surge el dogma del servicio público— se ha aceptado que esta figura responde a los mismos fines del servicio público, pero en respeto a la libre competencia. El servicio público sería, como lo ha entendido el Consejo de Estado francés, la *prolongación del mercado*: cuando éste falla, el servicio público *garantiza* la satisfacción universal de estas especiales prestaciones sociales⁴².

⁴¹ El servicio universal ha tenido especial desarrollo en el Derecho Comunitario Europeo. Así, dentro de los antecedentes de esta figura encontramos la *segunda parte del Libro Verde de infraestructuras*, de 25 de enero de 1995, en el cual el servicio universal es definido como “el acceso a un servicio mínimo definido, de calidad especificada, por parte de todos los usuarios, a un precio asequible y con respeto de los principios de universalidad, igualdad y continuidad”. Nótese como las características del servicio universal coinciden plenamente con las características del servicio público tradicional. El servicio universal, según el *Libro Verde*, pretende generalizar la prestación de actividades de telecomunicación consideradas de interés general por satisfacer necesidades colectivas. De allí que, como el servicio público tradicional, el servicio universal es un concepto dinámico y flexible, que cambia con el tiempo.

⁴² Como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO “...entre la competencia absoluta y las exigencias tradicionales del servicio público, se sitúa la noción de servicio universal. Sin rebajar un ápice las exigencias de la libre competencia, la idea de servicio universal trata de imponer a los operadores de telecomunicaciones la obligación de ofrecer a toda la población servicios de una determinada calidad, en unas condiciones uniformes a un precio asequible...” (*Servicio Público y Mercado, Tomo II, Las Telecomunicaciones*, cit., p. 114. Vid asimismo el Tomo I de esa obra, pp. 317-324). La conexión entre la teoría del servicio público y la figura que aquí nos ocupa es la *universalidad*, tal y como ha recordado JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA: “... la universalidad no es otra cosa que la extrapolación de la igualdad a la totalidad de la ciudadanía y ésta ha sido siempre y continuará siendo una característica esencial de los servicios públicos ...” (“Tres postulados para el nuevo servicio público”, en *El nuevo servicio público ...*, cit., p. 165). Por tanto, las actuaciones prestacionales derivadas del servicio universal “...son las herederas del antiguo servicio público. Si éste era una excepción a las reglas del mercado, aquél también lo es; si éste reconocía derechos a los usuarios, aquél también lo hace; y, si éste estaba encaminado a finalidades de clara utilidad social, aquél también lo está...” (ARIÑO ORTIZ, GASPAS, et al, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, p. 670). También ha sido esa la opinión de CARMEN CHINCHILLA, para quien “... la fórmula ‘servicio universal’ alude a una prestación que por su carácter esencial ha de suministrarse ... a todos los ciudadanos, por encima de las dificultades geográficas, económicas o sociales que pueden existir para ello. La idea de solidaridad social está, pues, en la base de esta nueva categoría jurídica, como lo estaba en el viejo concepto de servicio público en la definición dada por L. DUGUIT, sólo que ahora la forma de asegurar la prestación universal del servicio es completamente distinta, pues se trata de servicios prestados en régimen de competencia ...” (vid. el estudio de la autora en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 274-287). Para un estudio de este tema desde el Derecho francés, véase el *Rapport publique 1994* del Consejo de Estado, contenido en el volumen 46 del *Etudes et Documents du Conseil d’Etat*, París, 1995, pp. 14-135, así como los comentarios que, sobre este reporte, hace FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN en “Servicio público y empresa pública: el final de una época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo número 89*, Madrid, 1996, pp. 37 y siguientes. Un tratamiento de la *privatización de las telecomunicaciones* desde su adecuación constitucional ha sido efectuado por el Consejo Constitucional Francés en la decisión número 96-380 DC, de 23 de julio de 1996, caso *France Télécom*, y que aparece publicada en el *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1996, pp. 107-110.

La Ley remite a la Administración la determinación de las actividades que podrán ser consideradas servicios universales. Pero lo hace a través de dos maneras. Hay, así, actividades que *necesariamente deberán considerarse servicio universal*, y que aparecen recogidas en el artículo 50. Este artículo impone a la Administración una obligación concreta: someter, a las actividades que ahí se enumeran, al régimen propio del servicio universal, cuyas notas distintivas son su *obligatoriedad* (en relación con el operador) y su prestación en condiciones de *igualdad* (en relación con los usuarios). Si la Administración incumple esta obligación, entendemos que los usuarios podrán acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de obtener la correspondiente tutela del juez, quien podrá condenar a la Administración a someter a estas actividades al régimen propio del servicio universal, todo ello mediante la acción que en Venezuela es denominada –no sin cierta imprecisión– como “recurso de abstención o carencia”⁴³.

Pero además, el artículo 50 permite que la Administración someta a otras actividades al régimen del servicio universal. Se trata de una potestad *mayormente discrecional*, que al suponer una limitación a la libertad económica, tiene que ser interpretada restrictivamente. Entendemos que el carácter discrecional de esta potestad no impide que los usuarios acudan al juez contencioso-administrativo para solicitar –mediante la correspondiente pretensión de condena– que la Administración declare como servicio universal cierta actividad, distinta, por supuesto, de las enumeradas en el artículo 50⁴⁴.

Otra particularidad debe destacarse. Una vez declarada una actividad como servicio universal, puede la Administración modificar su régimen jurídico, lo cual es otro vestigio del régimen propio de los servicios públicos. Esta posibilidad es reconocida en el artículo 51 de la LOT, según el cual la Administración deberá “periódicamente cuantificar, planificar, revisar y ampliar las obligaciones de Servicio Universal en función de la satisfacción de las necesidades de telecomunicaciones y el desarrollo del mercado”. Ello nos permite concluir que la modificación del

⁴³ Por todos, vid. UROSA MAGGI, DANIELA, “La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo número 9*, Caracas, 2000, pp. 195 y siguientes.

⁴⁴ Seguimos a UROSA MAGGI, DANIELA, “La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo”, cit., pp. 238-239 y 242-245.

servicio universal puede orientarse hacia dos posibles soluciones: alteración del régimen jurídico establecido para la actividad considerada servicio universal o *extinción* de la declaratoria de servicio universal previamente efectuada por la Administración. Puede ocurrir, en efecto, que la evolución del mercado garantice, en régimen de libertad, la universalidad de una actividad sometida al régimen coactivo del servicio público. Consideramos ventajoso, por tanto, que el artículo prevea la colaboración de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), en el ejercicio de esta atribución. Notamos, igualmente, que la modificación del servicio universal tiene al menos un límite expreso, derivado del artículo que se comenta: en ningún caso la Administración “podrá desmejorar los derechos de los usuarios garantizados por las obligaciones que constituyen el servicio universal”.

Ahora bien, preciso es rectificar, en parte, lo que hemos señalado. Así, hemos identificado al servicio universal como una obligación, haciendo referencia a que la Administración puede *imponer* la prestación de determinadas actividades a los operadores de telecomunicaciones. Esta afirmación, en los términos planteados, no es del todo exacta, pues de conformidad con la LOT el servicio universal no siempre es considerado como una obligación. En efecto, dispone el artículo 52 que la asignación de las “obligaciones” de servicio universal serán sometidas, en cada caso, a *procesos de selección abiertos* en el que podrán participar los operadores interesados. Se acude entonces a un procedimiento concursal, cuyos parámetros de adjudicación están previstos en la norma: se asignará la obligación al operador interesado que (i) requiera un monto menor del Fondo de Servicio Universal, (ii) siempre que se satisfagan los requerimientos técnicos y niveles de calidad establecidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Las actividades consideradas servicios universales se asignan, entonces, a través de un procedimiento licitatorio. Por tanto, esta asignación siempre es consecuencia de la correspondiente oferta *voluntariamente formulada* por los operadores interesados. Es por ello que el servicio universal no es siempre una *obligación impuesta coactivamente*, sino una actividad *voluntariamente asumida por los operadores*. Esto nos permite notar una inconsistencia que debe ser denunciada.

El servicio universal se justifica por la existencia de determinadas actividades que, si bien deben ser prestadas con criterios de regularidad e igualdad, no pueden ser atendidas eficazmente en régimen de libertad económica y libre competencia, probablemente, por no ser económicamente rentables. Si los operadores no prestan *voluntariamente* estas actividades en ejercicio de la libertad económica, tampoco cabe esperar que, *voluntariamente*, soliciten a la Administración su asignación a través del correspondiente procedimiento licitatorio. El procedimiento licitatorio no es, en consecuencia, el medio más idóneo para asignar la prestación del servicio universal, pues la ausencia de incentivos económicos hará que, probablemente, la licitación se declare desierta. De ocurrir ello, de conformidad con el artículo 53, la Administración deberá asignar directamente a uno o varios prestadores de servicios de telecomunicaciones el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal. Para ello, CONATEL requerirá la correspondiente propuesta económica del operador u operadores que estime conveniente; evaluará la idoneidad del operador u operadores en función de su capacidad técnica y económica, cercanía, experiencia y economía en la consecución de los fines perseguidos y asignará la obligación o reformulará los términos de la misma, en caso de considerarlo conveniente para el interés público. Esto nos permite afirmar que, declarado desierto el procedimiento licitatorio, la Administración sólo podrá imponer el servicio universal a algunos de los operadores que participaron en el correspondiente procedimiento licitatorio. No cabe, en el ordenamiento jurídico venezolano, imponer coactiva y directamente “obligaciones” de servicio universal. Siempre, insistimos, la Administración deberá iniciar un previo procedimiento concursal.

b. Las otras obligaciones de servicio público.

Si bien la LOT sólo regula de manera expresa el servicio universal, es lo cierto que implícitamente, y por tanto, de manera confusa y ambigua, contempla *otras obligaciones* que podrán imponerse a los operadores de telecomunicaciones. Así, el artículo 2.1 dispone que para garantizar la defensa de los objetivos ahí enumerados, podrán “imponerse obligaciones a los operadores de los servicios”. Igualmente, el artículo 15.3, al enumerar las obligaciones de los operadores de telecomunicaciones, prevé que éstos deberán “cumplir con las obligaciones previstas en la habilitación administrativa correspondiente”. Este último supuesto no puede reconducirse a las “obligaciones de servicio universal”, desde que éstas no se imponen directamente en los títulos habilitantes. Se trata, por tanto,

de otras obligaciones que coactivamente la Administración puede asignar a los particulares.

Es cuestionable, nuevamente, la imprecisión empleada por el legislador, pues la Administración queda ampliamente habilitada para imponer *cualquier obligación* a los operadores de telecomunicaciones, lo que constituye una grave limitación a la libertad económica.

c. El Fondo de Servicio Universal. ¿Derogación de la responsabilidad patrimonial de la Administración?

La explotación de actividades declaradas servicio universal supone la asunción de costes patrimoniales que normalmente se cubrirían con la remuneración propia de tales servicios. Sin embargo, esta remuneración puede ser insuficiente, por lo que surge la necesidad de cubrir estos costes a través de otro tipo de recursos. La implementación del servicio universal en el Derecho Comparado derivó, así, en una importante consecuencia: la indemnización de estos costes debe responder a los gastos efectivamente asumidos, a fin de evitar el otorgamiento de subsidios encubiertos que menoscabarían la libre competencia. Igualmente, se partió de la premisa según la cual los costes deberían ser repartidos entre todos los operadores para respetar el principio de igualdad, inherente a la libre competencia. De allí que la indemnización del servicio universal se efectúa a través de un *fondo*, esto es, un *patrimonio separado*, cuyos recursos provienen de las aportaciones efectuadas, en igualdad de condiciones, por todos los operadores⁴⁵.

Así se ha previsto, también, en la LOT: según el artículo 54 “se crea el Fondo de Servicio Universal, el cual tendrá el carácter de patrimonio separado adscrito a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones”. Según dispone el artículo 55, el fondo tendría por objeto “subsidiar” los costes asociados al servicio universal. Término por demás impropio, pues en realidad tal fondo no otorga ningún subsidio, sino que *indemniza* al operador por los costes asumidos.

A través de este régimen de indemniza a los operadores que, voluntariamente, y a través del procedimiento licitatorio, asumen la prestación de un servicio universal. Mediante este mecanismo, también, se

⁴⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio público...*, Tomo II, cit., pp. 110-111.

indemnizará al operador al que la Administración imponga la prestación del servicio universal, supuesto que sólo procede cuando la licitación es declarada desierta. Sin embargo, y como antes señalamos, este régimen no puede derogar la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la asignación coactiva del servicio universal a un operador, esto es, la responsabilidad generada por un acto administrativo lícito. Claro está, este supuesto sólo sería aplicable si el servicio universal es impuesto unilateralmente por la Administración⁴⁶.

CONSIDERACIONES FINALES

Las telecomunicaciones son *servicios esenciales*, esto es, *actividades económicas prestacionales*, de naturaleza *privada*, indispensables para la convivencia social y para el desarrollo de los derechos fundamentales, que se dirigen a satisfacer necesidades colectivas de interés público. Por su condición de actividades económicas –y debido a la privatización material efectuada en la LOT- estos servicios se rigen por el principio general de libertad económica, previsto en el artículo 112 constitucional. Sin embargo, y por su vinculación con derechos fundamentales de contenido prestacional, estos servicios se rigen, también, por los principios que derivan de los artículos 1 y 3 de la Constitución. De allí que la liberalización de las telecomunicaciones ha de estar orientada, por un lado, a promover la libre iniciativa empresarial en régimen de libre competencia y, por el otro lado, a garantizar la efectiva satisfacción de los derechos fundamentales asociados a estos servicios.

La LOT a modificado sustancialmente el instrumento a través del cual este último objetivo era alcanzado: abandonando la *publicatio* sobre todos los servicios de telecomunicaciones, el legislador confía la satisfacción de estos derechos fundamentales a la iniciativa económica privada y al mercado. Mas no se trata de un mercado *libre*, sino de un *mercado regulado*. La regulación sobre estas actividades es, insistimos,

⁴⁶ En relación con este régimen de responsabilidad patrimonial, vid. BLANCO ESTEVE, AVELINO, *La responsabilidad por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985, especialmente, pp. 206-207. En el Derecho Venezolano, vid., ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 1995, p. 133. Sobre este régimen nos hemos pronunciado en HERNÁNDEZ G, JOSÉ IGNACIO, “Actividad consultiva de la Administración y Responsabilidad Patrimonial”, *Revista de Derecho Administrativo número 7*, Caracas, 1999, pp. 115-217. La imposición coactiva de las “otras obligaciones de servicio público” se regirá, igualmente, por este sistema de responsabilidad.

una obligación constitucional indeclinable. La nueva Ley, por tanto, supone una importante transformación del Derecho Administrativo venezolano.

En efecto, entendemos –siguiendo a SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER- que no cabe plantear este cambio desde el “Derecho de las telecomunicaciones”. Como afirma este autor “... con el entusiasmo propio de quienes, dicen, estrenan ciencia, se ha hablado de la unidad que ofrece el tema, postulando incluso un Derecho de las telecomunicaciones (...) tal planteamiento, entiendo, carece de sentido (...) no lo permite, en primer lugar, la falta de homogeneidad de la materia que ha de ser objeto de la disciplina que se postula (...) además, un análisis detallado de las técnicas e instituciones jurídicas que se dan cita en el ámbito de las telecomunicaciones, nada más que se profundice en ellas, permite concluir que nos encontramos pura y simplemente, con las propias del Derecho Administrativo, naturalmente, con las obligadas matizaciones que como en cualquier otro campo impone la materia...”⁴⁷.

La esencia de este cambio reside en la adecuación de la actuación de la Administración económica a la libre iniciativa empresarial y a la libre competencia. La Administración se retira de este sector, pero mantiene la intervención necesaria a fin de garantizar la protección del interés general presente en las telecomunicaciones, intervención que debe desplegarse manteniendo el equilibrio entre la iniciativa privada y el interés general. En el respeto de ese equilibrio –que es, en definitiva, equilibrio propio del Derecho Administrativo- reside el éxito de todo proceso de liberalización.

El estudio de la Ley nos permite afirmar la vocación de ésta por mantener tal equilibrio. El análisis de la neo-regulación para fomentar la libre competencia y de la neo-regulación como instrumento de limitación así lo revela. Este equilibrio, sin embargo, es menoscabado por la imprecisión y ambigüedad con los que la Ley trata ciertos temas, en los que abundan las remisiones –un tanto genéricas- al reglamento. Equilibrio que se menoscaba, también, por el espíritu intervencionista que subyace en la Ley. Así ocurre, en nuestra opinión, con el régimen de las “autorizaciones”: su pretendido carácter constitutivo, aunado al régimen estatutario de los “atributos”, reduce el ámbito de la libertad económica.

⁴⁷ “Prólogo” al libro de CARLÓN RUIZ, MATILDE, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 2000, pp. xxx-xxxI.

Para finalizar, conviene insistir en el carácter *matizado* con el que debe ser analizada la nueva ordenación de las telecomunicaciones. No cabe asumir posturas extremas, que pretendan la expansión absoluta de la libre competencia, ni que postulen el mantenimiento de técnicas de intervención sustitutivas de la libertad económica. Son dos extremos que deben evitarse. Así, la libre competencia no tiene un contenido absoluto, tal y como revela el artículo 113 constitucional. Existen, ciertamente, necesidades colectivas que no pueden satisfacerse únicamente a través del mercado. Tal es el caso de las necesidades que derivan de los artículos 57, 58, 82 y 108 de la Constitución. Además, las potestades administrativas que restringen la libertad económica no pueden ser ilimitadas: a ello se opone el principio general de la mensurabilidad de toda potestad pública. Carácter relativo, pues, tanto de la libre competencia como de las limitaciones administrativas a la libertad económica. El desarrollo y evolución de la nueva ordenación de las telecomunicaciones demostrará si ese equilibrio se mantiene o si, por el contrario, el sector se inclina hacia alguno de los extremos anotados. Dado el espíritu intervencionista que la Ley despliega en ciertas materias, parece que tal desarrollo se inclinará por el segundo de los extremos señalados⁴⁸.

⁴⁸ Por demás reveladoras son las palabras empleadas por SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (“Reflexiones sobre las privatizaciones”, en *Revista de Administración Pública número 144*, Madrid, 1997, pp. 21 y 38): “... No se discute que el libre mercado sea el instrumento más válido para situar recursos y satisfacer eficazmente necesidades. Pero esto, tal y como Juan Pablo II señaló con razón, *sólo vale* para las necesidades que son solventables con poder adquisitivo y para aquellos recursos que son vendibles. Que existen numerosas necesidades humanas que no tienen salida en el mercado, lo que exige que, en su caso, sea controlado por las fuerzas sociales y por el Estado con el fin de que se garantice a todos la satisfacción de las exigencias fundamentales...”. Las reflexiones de JUAN PABLO II se toman de *Centesimus Annus. La problemática social hoy*, Madrid, 1991, pp. 34 y siguientes. Claro está, la evolución del mercado puede permitir que estas necesidades se satisfagan en un régimen de mayor libertad, a lo que debe corresponder la reducción proporcional de la intervención de la Administración