

LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LAS TELECOMUNICACIONES

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Prof. de Regulación Económica en la Universidad Católica Andrés Bello y de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo

RESUMEN:

La investigación y el desarrollo han generado un progreso tecnológico, económico y social que exige una transformación en la manera tradicional de intervención del Estado en la actividad económica de las telecomunicaciones, la cual debe garantizar tanto el ejercicio de los derechos y libertades públicas como la satisfacción del interés general.

Palabras claves: Telecomunicaciones; Intervención; Estado; Competencia; Libre empresa; Propiedad

ABSTRACT:

The research and development have generated a technological, economical, and social progress that demands a transformation in the traditional way that the State intervenes in the economic activity of the telecommunications, which has to guarantee the rights, the public freedoms and the satisfaction of the general interest.

Keywords: Telecommunications; Intervention; State; Competition; Free enterprises; Property.

La intervención de los poderes públicos en las telecomunicaciones

SUMARIO: Introducción. I. Las instituciones que intervienen en las telecomunicaciones. 1. Las instituciones internacionales. 2. Las instituciones comunitarias. 3. Las instituciones nacionales. 3.1. La intervención de los Poderes Públicos Nacionales. a) La intervención del Poder Legislativo. b) La intervención del Poder Ejecutivo. c) La intervención de la Administración Pública Nacional. d) La intervención del Poder Judicial. 3.2. La intervención de los Poderes Públicos Municipales. II. Las modalidades de la intervención sobre los derechos económicos. 1. La intervención para garantizar los derechos. 1.1. La intervención para proteger la libre competencia. a) La restricción al abuso de posición de dominio. b) La prohibición de monopolios. c) La separación jurídica, contable y de actividades. d) La garantía de acceso a las redes y la interconexión. 1.2. La intervención para proteger a los usuarios. a) La intervención legislativa. b) La intervención administrativa. c) La intervención jurisdiccional. 2. La intervención que limita o restringe los derechos. 2.1. La intervención sobre la libertad de empresa. a) La regulación de las facilidades esenciales. b) La limitación a la libertad de contratación. c) El régimen de regulación de los precios. 2.2. La intervención sobre el derecho de propiedad. a) La limitación de la inversión extranjera. b) La limitación sobre la propiedad con fines de construcción de redes o de prestación del servicio universal. c) Las limitaciones a la titularidad de la propiedad sobre empresas operadoras de telecomunicaciones. d) La regulación de las vías generales de telecomunicaciones. III. La intervención en la resolución de conflictos. 1. La intervención en ejercicio de la competencia arbitral. 2. La intervención en ejercicio de la competencia unilateral de resolución de conflictos. Consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

Las telecomunicaciones constituyen una de las actividades que nacieron producto de la libre iniciativa empresarial privada, sin una regulación especial, distinta de la que regía al resto de las actividades mercantiles y que por su importancia económica y social, llamó la atención del Estado, quien vio la necesidad de regularlas con el objeto de garantizar un acceso real y efectivo de las mismas a todas las personas, lo que llevó a analizar los denominados títulos de intervención sobre dicha actividad, la cual en muchos lugares, pasó de ser una actividad de libre iniciativa privada a una actividad de titularidad pública.

La aparición del denominado Estado Social de Derecho supuso una mayor intervención pública en aquellas actividades en las cuales se encontraba presente la satisfacción de las necesidades básicas para la sociedad. Sin embargo, la forma de intervención pública va a ser distinta según la concepción política y económica imperante en cada país.

En la realidad jurídica de Venezuela, la intervención del Estado en las actividades económicas ha transitado por distintas etapas, pero la misma se ha acentuado a partir de la Constitución de 1936, bajo cuya vigencia se dictó la Ley de Telecomunicaciones de 1940, que si bien no fue la primera en regular el sector, históricamente se transformó en la más importante por su prolongada vigencia, de los cuales 40 años fueron durante la aplicación de la Constitución de 1961, bajo la cual se dictó la Ley que regularía la reorganización de los servicios de telecomunicaciones en 1965, que además aprobaba el contrato de concesión entre la República y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, por un período de 25 años, denominado el régimen

de la concurrencia limitada, durante el cual se construyó la tesis del servicio público en el sector de las telecomunicaciones.

Como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos se ha producido un desarrollo de la actividad de las telecomunicaciones, que ha servido para reflexionar sobre la necesidad de emprender la reforma del ordenamiento del sector, con la finalidad de no quedarse a la zaga de los países más desarrollados.

En este contexto, la Comunidad Andina de Naciones a comienzo de la última década del Siglo XX, da inicio a un nuevo régimen de liberalización de los servicios y a partir de 1998 ha adoptado una serie de Decisiones que fomentan la liberalización de la actividad de las telecomunicaciones. En tanto, en el ámbito interno, cada uno de los países de la Comunidad Andina de Naciones ha ido adoptando las medidas necesarias para implementar un marco liberalizador.

Es así como, Venezuela ha modificado la regulación de la actividad de las telecomunicaciones con la finalidad de aprovechar los beneficios económicos y tecnológicos que ofrece el desarrollo de la misma en un entorno de competencia efectiva.

Esta reforma de la legislación en términos generales se adapta a la Constitución de 1999, en la cual se le otorga competencia al Poder Público Nacional para establecer el régimen de las telecomunicaciones, lo que se realizó a través de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000¹ y de todos los reglamentos delegados que se han dictado para su implementación y desarrollado. Además el Legislador ha intervenido en el sector mediante la ratificación de los distintos convenios internacionales suscritos por la República, que gobiernan el desarrollo de la actividad en el contexto internacional.

Lo anterior lleva a realizar un análisis de los principios de intervención que se encuentran presentes en el sector de las telecomunicaciones, a propósito de los seis años de vigencia del nuevo marco regulatorio.

I. LAS INSTITUCIONES QUE INTERVIENEN EN LAS TELECOMUNICACIONES

En la actividad económica de las telecomunicaciones intervienen en su regulación, ordenación, planificación y control distintas instituciones, tanto en el ámbito internacional como en el contexto nacional. Dado que el marco institucional del sector de las telecomunicaciones es sumamente complejo, en esta oportunidad exclusivamente se hará una sucinta mención de las instituciones más relevantes que tienen atribuidas competencias y por consiguiente intervienen dentro del sector de las telecomunicaciones.

1. Las instituciones internacionales

Las telecomunicaciones constituyen una actividad que traspasa las fronteras nacionales, lo que implica que gracias al desarrollo tecnológico los operadores pueden ofrecer sus servicios a los usuarios que se lo soliciten desde cualquier lugar del planeta y los usuarios tienen la posibilidad de acceder a una gran diversidad de servicios, según sus necesidades comunicacionales y los precios que estén dispuestos a pagar.

¹ La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 36.970, de 12 de junio de 2000 y se puede consultar en www.hernandezmendible/publicaciones/leyes

Ahora bien, como los recursos para la gestión de las telecomunicaciones deben ser utilizados de manera efectiva, eficiente y armónica para lograr tanto las comunicaciones nacionales como transfronterizas, la comunidad de naciones ha creado distintas instituciones internacionales, donde convergen para planificar, regular y fomentar el uso adecuado y racional de los recursos físicos y técnicos que permitan la gestión de las telecomunicaciones tanto por los Estados miembros de dichas organizaciones como por los operadores privados que se encuentran situados en los territorios de tales países.

Es así como nació la Unión Telegráfica Internacional en 1865, como la primera institución creada con la finalidad de reglamentar y coordinar el uso de las ondas radioeléctricas por los operadores de los distintos países². En la medida que se fue incrementando el uso del espectro radioeléctrico como consecuencia de la necesidad de utilizarlo para nuevos servicios, surgieron otras organizaciones internacionales hasta que apareció la Unión Internacional de Telecomunicaciones, como una organización internacional a nivel mundial, en la cual los Estados miembros y el sector privado coordinan el desarrollo y la operatividad de las redes y servicios de telecomunicaciones a nivel global, así como la armonización de las políticas públicas de los Estados miembros en el sector y además promueven y proporcionan asistencia técnica a los países en desarrollo.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones se encuentra regulada por la Constitución y el Convenio, que son los documentos constitutivos de esta organización, correspondiéndole al primero establecer los órganos y principios de gestión de la Unión, en tanto que el segundo, fija las reglas de procedimientos y funcionamiento interno.

Ambos instrumentos son parte del ordenamiento jurídico nacional, dado que fueron ratificados por la República en 1996³, lo que constituye a Venezuela en un país miembro y en consecuencia las resoluciones y recomendaciones que adopta le son aplicables de pleno derecho.

Por otro lado, dentro del continente americano se constituyó la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, que tiene un Comité Directivo Permanente y dos Comités Consultivos Permanentes: Uno de Normalización de Telecomunicaciones y otro, de Radiocomunicaciones y también cuenta con un Comité de Coordinación.

Además se tiene la Organización Mundial de Comercio, en el seno de la cual se han celebrados acuerdos de los cuales forma parte Venezuela, para la liberalización de los mercados de servicios nacionales e internacionales a la competencia.

Por último, debe mencionarse la Comisión Electrónica Internacional que interviene mediante el Consejo Directivo, los Comités Ejecutivo y Consultivo de gestión.

2. Las instituciones comunitarias

En el marco del Derecho comunitario andino la intervención de las autoridades se presenta a través de los distintos órganos de actuación que tiene la Comunidad Andina de Naciones, pero sin lugar a dudas que gozan de particular importancia la Comisión Andina y la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones.

Dentro de la Comunidad Andina, se creó el Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones que puede participar en las actividades que realizan tanto la Unión

2 FERRER SAMA, J.A. Las telecomunicaciones por satélite. Liberalización. Régimen Legal. Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley. Madrid. 1997. p. 491; FERNÁNDEZ-SHAW BALDASANO, F. Cuaderno de Bitácora de las Telecomunicaciones. Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley. Madrid. 1997. pp. 157-158.

3 Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.083, de 6 de agosto de 1996.

Internacional de Telecomunicaciones como la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones. Este Comité tiene entre sus finalidades la armonización en el tratamiento de los recursos limitados dentro de la Comunidad Andina de Naciones.

3. Las instituciones nacionales

En el ordenamiento jurídico existen una pluralidad de instituciones que en desarrollo y sujeción de los principios establecidos en el orden internacional y comunitario, deben actuar para ejecutar y llevar a cabo la política de liberalización en la actividad de las telecomunicaciones.

Ello llevará a hacer una sucinta referencia a las autoridades públicas nacionales que por mandato de la Constitución o de las leyes tienen competencia para intervenir en la actividad de las telecomunicaciones.

3.1. La intervención de los Poderes Públicos Nacionales

Se debe comenzar por precisar las competencias de intervención que tienen los órganos del Poder Público Nacional, conforme al principio de separación de poderes establecido en la Constitución. Así se tiene:

a) La intervención del Poder Legislativo

La intervención a nivel nacional, comienza con la intervención del Poder Legislativo que tiene atribuida la competencia para regular las telecomunicaciones y el régimen del espectro electromagnético, desde la perspectiva de la reserva legal.

Es así como se aprobó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones cuyo artículo 1° señala que “tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de actividades económicas de telecomunicaciones, necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes”.

b) La intervención del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo interviene en primer lugar, en ejercicio de la potestad reglamentaria que se encuentra establecida en el artículo 236, numeral 10 de la Constitución, sin alterar su espíritu, propósito y razón. Para ello el Ejecutivo Nacional debe actuar con estricto sometimiento a las disposiciones de la propia Constitución y de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que estableció el procedimiento administrativo que debe cumplirse para realizar las consultas, en los artículos 135 al 137 de la citada Ley.

También corresponde al Poder Ejecutivo Nacional la administración del espectro radioeléctrico, por mandato expreso del artículo 156, numeral 28 de la Constitución.

En lo atinente a la seguridad y defensa, existe una competencia para la intervención del Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa opinión del Consejo de Defensa Nacional, para calificar un servicio como de seguridad y defensa nacional (artículo 8), declaración que requiere una estricta sujeción a los principios de proporcionalidad, adecuación y racionalidad, que debe orientar la actuación del Poder Público.

Además compete al Presidente de la República, dictar el decreto de afectación de los bienes necesarios para el establecimiento y desarrollo de redes de telecomunicaciones, en beneficio de los operadores que deben cumplir las obligaciones de servicio universal.

c) La intervención de la Administración Pública Nacional

La transformación del sector de las telecomunicaciones como consecuencia del proceso de liberalización experimentado en los últimos años ha generado la aparición

de una pluralidad de órganos y entes con competencia para garantizar la prestación de los servicios, así como el establecimiento y la explotación de redes de telecomunicaciones. Ello plantea la necesidad de aplicar distintas técnicas de coordinación, cooperación y armonización, que serán objeto de análisis en otra oportunidad.

Debe tenerse presente que en la Administración Pública Central tienen competencia sobre la actividad de las telecomunicaciones el Ministerio de Infraestructura, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, el Ministerio de Planificación y Desarrollo, el Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio y el Ministerio de Educación y Deportes.

En tanto, constituyen autoridades administrativas desconcentradas que tienen la posibilidad de intervenir sobre la regulación de la actividad de las telecomunicaciones, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, el Fondo de Servicio Universal, el Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones y el Consejo Venezolano para la Calidad.

Finalmente deben tenerse presente los entes descentralizados que integran la Administración Pública de las telecomunicaciones. Aquí cabe mencionar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ente técnico regulador y el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario.

d) La intervención del Poder Judicial

Al Poder Judicial le compete actuar no solamente como el órgano jurisdiccional de control de la actividad o inactividad de las autoridades públicas que intervienen en la actividad económica de las telecomunicaciones, sino que además debe garantizar a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, la prestación del servicio universal, en los supuestos que sean establecidas tales obligaciones por el ente regulador.

3.2. La intervención de los Poderes Públicos Municipales

Tradicionalmente se había sostenido que los órganos del Poder Público Municipal no tenían competencia sobre la actividad de las telecomunicaciones y en función de ello se señalaba, que no podían establecer ningún tipo de tributo sobre la misma. Este criterio que había sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y aceptado por la doctrina científica, adquirió rango legal con la disposición establecida en el artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que determinó que la actividad de telecomunicaciones no estaba sujeta al pago de tributos municipales.

Sin embargo, debe advertirse que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha interpretado el artículo 180 de la Constitución y ha concluido que los municipios sí pueden establecer impuestos a la actividad económica de las telecomunicaciones que se desarrolle en el ámbito de su competencia territorial⁴.

En consecuencia, el artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones resultaría contrario a la Constitución, lo que permite la intervención de los municipios, para que en ejercicio de la potestad tributaria que el ordenamiento jurídico le reconoce, establezcan y recauden aquellos tributos que se generen por la prestación de servicios y explotación de redes de telecomunicaciones en su territorio⁵.

4 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional en sentencia N° 285, de 4 de marzo de 2004, caso Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia y en sentencia N° 1453, de 3 de agosto de 2004, caso Cantv.

5 Acorde con lo señalado por la Sala Constitucional, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.024, de 8 de junio de 2005, reformada según Gaceta Oficial n° 38.421 de 21 de abril de 2006, le reconoce competencia expresa a los municipios para establecer tributos a las actividades económicas de telecomunicaciones.

II. LAS MODALIDADES DE LA INTERVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS

La intervención de los Poderes Públicos respecto al ejercicio de los derechos económicos puede manifestarse desde una doble perspectiva: Una dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos y otra dirigida a limitar o restringir el ejercicio de los derechos. A continuación se analizarán las distintas formas como se manifiesta la intervención sobre los derechos económicos.

1. La intervención para garantizar los derechos

La intervención pública para garantizar el ejercicio de los derechos se manifiesta mediante la regulación, la planificación, el fomento y la promoción de la iniciativa privada, debiendo destacarse la actuación en las siguientes áreas.

1.1. La intervención para proteger la libre competencia

La intervención del Poder Público para proteger la libre competencia viene impuesta por el Derecho Andino en el ámbito comunitario y en el escenario nacional, por la propia Constitución que establece una serie de principios y valores que permiten configurar un marco normativo propicio para el desarrollo de una economía social de mercado.

Es así como cualquier análisis que se realice para estudiar la intervención garante de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, pasa por el análisis y aplicación de las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones⁶, por las disposiciones establecidas en la Constitución y en la Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y sus respectivos reglamentos.

Conforme al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones y el ordenamiento jurídico nacional, corresponde a las autoridades administrativas competentes vigilar por el cumplimiento de las normas que garantizan la efectiva y leal competencia entre los operadores económicos establecidos y los que potencialmente pretenden ingresar al mercado de las telecomunicaciones.

Es así como la Ley distribuye las atribuciones entre el ente regulador, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para Promoción y Protección de la Libre Competencia, debiendo el primero ejercer la función reguladora y de fomento de la competencia en el sector de las telecomunicaciones; en tanto que el segundo ejerce las competencias legalmente atribuidas en materia de control, autorización y sanción de las conductas contrarias a la libre y leal competencia dentro del sector de las telecomunicaciones.

Si bien las competencias de una y otra autoridad administrativa se encuentran perfectamente delimitadas en sus respectivas leyes, para realizar una actuación eficiente y eficaz, cada uno debe ejecutar las mismas conforme a los principios de colabora-

⁶ La Decisión N° 439, de la Comisión Andina que regula el “Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio en la Comunidad Andina”, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 347, de 17 de junio de 1998; la Decisión N° 462, que establece las “Normas que regulan el proceso de Integración y Liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 444, de 1° de junio de 1999; y la Decisión N° 608, que establece las “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina”, de 29 de marzo de 2005.

ción y cooperación entre ellas, con fundamento en lo establecido en la Ley Orgánica de Administración Pública.

a. La restricción al abuso de posición de dominio

La regulación de la libre competencia comienza por reconocer que el proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones, debe impulsar la participación de varios operadores económicos en el mercado de las telecomunicaciones que deben tener acceso efectivo al mismo, para competir entre sí, en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de discriminación, con sometimiento pleno a la regulación del sector.

Tal como lo establece el artículo 113 de la Constitución la posición de dominio no se encuentra prohibida, lo que censura el texto constitucional es el abuso de la posición de dominio⁷, al igual que lo hace el derecho de la Comunidad Andina de Naciones, tanto con carácter general como en el sector de las telecomunicaciones y a nivel interno la propia Ley para la Promoción y Protección del ejercicio de la Libre Competencia.

Si bien la posición de dominio es tolerada en el Derecho comunitario y en el Derecho Interno, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá en los casos en que exista posición de dominio por parte de una o varias empresas, posición ésta que sea derivada de carteles, de monopolios, oligopolios u otras formas de dominio de mercado, intervenir para determinar las tarifas mínimas y máximas a las que quedan sujetos los operadores, las cuales estarán vigentes hasta tanto existan las condiciones que permitan la competencia efectiva en el mercado. A los fines de fijar tales tarifas se oír la recomendación que al respecto realice la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, que deberá determinar la existencia de posición de dominio y realizar la evaluación sobre el cese de sus efectos en el mercado (artículo 145).

Tal disposición supone un caso de intervención administrativa importante, sobre la fijación de las tarifas por la prestación de los servicios de telecomunicaciones, lo que evidentemente supone una restricción al ejercicio de la libertad de empresa, en virtud de que uno de sus atributos, como lo es la libertad de competición y fijación competitiva de los precios puede ser restringida, aún cuando con carácter temporal, en el supuesto que se determine por parte de las autoridades administrativas que no están presentes las condiciones que permitan la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y que existen circunstancias específicas que habilitan su intervención en aras de impedir el abuso de posición de dominio.

b. La prohibición de monopolios

Entre las disposiciones que garantizan y protegen la libre competencia se encuentra la prohibición constitucional de monopolios⁸, lo que lleva a considerar que si la libre competencia se encuentra íntimamente consustanciada con la libertad de empresa que sólo se predica de las personas privadas y grupos intermedios por ellas formados, en virtud que los entes públicos no se mueven en el ámbito de la libertad, sino de la especialidad propia de su competencia⁹, debe entenderse que la prohibición de mono-

7 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en dos de sus primeras sentencias se pronunció sobre la posición de dominio y la prohibición de abuso establecida en la Constitución. En tal sentido se recomienda consultar la sentencia 1556, de 8 de diciembre de 2000, caso Transporte Sicalpar y la sentencia 1563, de 13 de diciembre de 2000, caso Alcaldía Metropolitana.

8 Esta prohibición de monopolios ha sido reconocida, pero no desarrollada por el Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 85, de 24 de enero de 2002, caso Asodevipirilara.

9 DELPIAZZO, C. Los derechos fundamentales y la libertad económica. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica. Funeda. Caracas. 2004. p. 66.

polios como garantía de tal libertad, sólo opera respecto a las personas particulares, toda vez que el Estado se encuentra constitucionalmente habilitado para establecer a través de una ley orgánica que el desarrollo de determinadas actividades se realice en régimen de monopolio, siempre que ello sea estrictamente necesario, idóneo y proporcional para la satisfacción del interés general y que formalmente se realice la reserva, conforme a los términos previstos en el artículo 302 de la Constitución.

Sin embargo, es preciso señalar que incluso los operadores económicos privados pueden adquirir una posición monopólica como consecuencia del desarrollo de unas políticas competitivas, que desarrollen dentro del marco de legalidad del mercado, siendo en tal caso aún cuando de manera excepcional, admisible la presencia de tal monopolio, en virtud del principio de la eficiencia económica reconocida en el artículo 299 de la Constitución.

Es así como el Estado puede intervenir a los fines de controlar y de ser necesario reprimir las prácticas monopólicas, conforme a las disposiciones de la Ley para la promoción y la protección de la Libre competencia y el Reglamento N° 2, para controlar la conformación de monopolios que pudieren surgir como consecuencia de fusiones, adquisiciones o concentraciones de empresas y particularmente, en el sector de las telecomunicaciones además del ordenamiento jurídico general garante de la libre competencia, debe observarse el ordenamiento jurídico sectorial, como lo establecen a título de ejemplo los artículos 195 o 222 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En estos casos la intervención del Estado se produce en primer lugar desde el plano legislativo, a través del cual se imponen restricciones temporales o permanentes, de carácter objetivo o subjetivo, para la realización de operaciones que puedan implicar fusiones o concentraciones económicas que puedan afectar el ejercicio de la libre competencia.

Sin embargo, en caso de transgredirse alguna de estas restricciones por los operadores económicos, deberán intervenir tanto la Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia, como la propia Comisión Nacional de Telecomunicaciones, correspondiéndole a cada una en el ejercicio de las competencias legalmente establecidas imponer los correctivos que correspondan para restituir la legalidad económica en el mercado de las telecomunicaciones.

c. La separación jurídica, contable y de actividades

El ordenamiento jurídico tiene entre sus finalidades principales lograr el establecimiento de una competencia efectiva allí donde sea posible, para lo cual ha establecido la obligación a los operadores en el sector de telecomunicaciones de separar las actividades potencialmente competitivas (servicios prestados en régimen de competencia), de aquellas no competitivas (infraestructuras y redes de uso común)¹⁰. Tal separación tiene dos objetivos:

- a) La distinción entre las actividades potencialmente competitivas, de las no competitivas, lo que permite diferenciar un régimen jurídico distinto entre unas y otras.
- b) La transparencia informativa que es esencial para una correcta regulación, lo que impone la eliminación de subvenciones cruzadas entre distintos servicios y evitar prácticas restrictivas de la competencia derivadas de la integración vertical entre actividades¹¹.

¹⁰ LÓPEZ DE CASTRO, L. y ARIÑO, G. Derecho de la Competencia en Sectores Regulados. Comares. Granada. 2001. p. 13.

¹¹ LÓPEZ DE CASTRO, L. y ARIÑO, G. op. cit pp. 14-15.

La referida separación de actividades se manifiesta de dos maneras concretas: Una, son las medidas que afectan la estructura empresarial, entre las cuales se pueden adoptar las de separación contable o de ésta y de gestión; la separación jurídica e incluso una separación accionarial; y, otra, lo constituye la separación de régimen jurídico con el que se configuran las actividades, pasando del modelo cerrado e integrado a un modelo desintegrado, mixto, que combina la apertura a la competencia y la regulación¹².

Es así como la regulación puede establecer la obligación de separación contable a los operadores, con la finalidad de garantizar la transparencia de las operaciones y permitir un control eficaz por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. La obligación de la separación de contabilidad por servicios no fue establecida directamente en la Ley, pero el artículo 203 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, le atribuyó competencia al reglamentista para establecer dicha separación contable, lo que éste hizo tanto en el artículo 63 del Reglamento de Interconexión y en los artículos 62 y 63 del Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica.

La Ley reconoce que los operadores de telecomunicaciones puedan constituir empresas filiales para gestionar a través de ellas, uno o varios servicios para los cuales hayan obtenido la correspondiente habilitación administrativa, debiendo el operador mantener el control de la gestión y la responsabilidad sobre las empresas filiales. Además, existe la posibilidad que por vía reglamentaria se establezca la obligación de que la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones, se haga a través de empresas filiales o sometidas al control del operador titular de las actividades de telecomunicaciones (artículo 198 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones).

Adicionalmente, la Ley contempla varios supuestos de separación jurídica de los operadores, con el objeto de impedir las concentraciones empresariales que atentan contra la libertad de empresa y la libre competencia. Esta separación jurídica se establece a través de restricciones o prohibiciones.

Es así como se limita la posibilidad de cualquier operador, de controlar u obtener una concesión para operar más de una estación de radiodifusión o televisión abierta, en la misma banda de frecuencia de la localidad (artículo 191 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones).

Además, se establece una prohibición en virtud de la cual, los operadores de telefonía o empresas vinculadas a éstas, domiciliadas en el país antes de que entrase en vigencia la Ley, no podían directa o indirectamente adquirir, controlar o fusionarse con operadoras del servicio de televisión por suscripción, domiciliadas en el país antes de la entrada en vigencia de la Ley. Esta prohibición tenía carácter temporal, porque se mantuvo entre el 12 de junio de 2000 y el 28 de noviembre de 2002.

Durante ese período, los operadores mencionados tampoco podían constituir consorcios, empresas conjuntas o cualquier otra forma de asociación que tuviese por objeto la prestación del servicio de televisión por suscripción (artículo 222 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones).

La excepción de esta prohibición consistía en permitir tales negociaciones, cuando las mismas se produjesen exclusivamente entre operadores de telefonía o entre operadores de televisión por suscripción.

Las autoridades administrativas son los garantes del cumplimiento de la mencionada regulación y deben intervenir para salvaguardar la efectiva competencia den-

12 LÓPEZ DE CASTRO, L. y ARIÑO, G. op. cit. pp. 15-16.

tro del mercado de las telecomunicaciones. Es así como corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones velar porque se cumplan estas disposiciones jurídicas, sin perjuicio de las competencias que le corresponde ejercer a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, en los supuestos que se produzcan prácticas contrarias a la libre y leal competencia tipificadas en la respectiva ley.

d. La garantía de acceso a las redes y la interconexión

La transformación del modelo de regulación reconoce el paso de un mercado con un único operador en posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, hacia un mercado competitivo con presencia de varios operadores económicos. La construcción de este mercado lleva a distinguir entre la garantía de acceso a las redes y la interconexión, a las cuales se hará referencia seguidamente.

d.1. La garantía de acceso a las redes

La denominada garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones consiste en la posibilidad que los operadores entrantes al mercado de servicios relevantes y sin red propia se conecten con las redes preexistentes, que pertenezcan a los operadores establecidos en el mercado geográfico o de producto relevante, lo que significa que este acceso es un derecho que el ordenamiento jurídico reconoce con la finalidad de fomentar la competencia efectiva entre los operadores de telecomunicaciones¹³. Ello requiere una regulación adecuada, en virtud de una doble razón: Una de carácter económico y otra de carácter jurídico.

- a) En lo atinente al aspecto económico, las redes de telecomunicaciones habían sido consideradas monopolios naturales, lo que suponía que los operadores que pretendían participar en el mercado de las telecomunicaciones se verían obligados a realizar una gran inversión inicial para establecer sus redes. En consecuencia, la carencia de redes propias podría constituirse en un obstáculo para la entrada de nuevos operadores en el mercado. Sin embargo, debe advertirse que tal situación va a depender en cada mercado del nivel de desarrollo tecnológico, de las economías de escala pendientes por explotar y del monto de las inversiones necesarias para establecer la red.
- b) En lo concerniente al aspecto jurídico, se deben formular las soluciones al problema que genera el uso de las redes preexistentes, que son titularidad de los operadores establecidos por los nuevos operadores, teniendo presente que se trata de redes que no son posibles de duplicar por razones económicas. La solución a esta situación no es sencilla, porque ello puede implicar la imposición de la obligación a los operadores establecidos de compartir las redes, lo que supone una limitación al ejercicio del derecho de propiedad sobre tales redes, que se justifica en el interés general que existe y debe ser satisfecho en el marco de una economía en régimen de libre competencia, conforme a los principios reconocidos en la Constitución¹⁴.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones efectúa una referencia tangencial al acceso a las redes, al establecer en el artículo 2, numeral 4 de la Ley Orgánica de las Telecomunicaciones, entre uno de sus objetivos el siguiente:

13 CALLOL GARCÍA, P. La Garantía de Acceso a las Redes de Telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector. *Revista de Administración Pública* N° 149. C.E.P.C. Madrid. 1999. pp. 402-403.

14 CALLOL GARCÍA, P. op. cit. p. 401.

*Promover el desarrollo y la utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías, cuando estén disponibles y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad de personas e impulsar la integración del espacio geográfico y la cohesión económica y social*¹⁵.

Sin lugar a dudas, que la Ley tiene entre sus objetivos la promoción del desarrollo y la utilización de nuevas redes, cuando estén disponibles, así como el acceso a ellas. Sin embargo, ni el texto de la propia Ley, ni el Reglamento establecen distinción alguna entre la interconexión y el acceso abierto a las redes, así como tampoco distinguen entre el operador dominante y no dominante, sino que se limitan a establecer la obligación de facilitar el acceso a las redes y los servicios.

No obstante, el acceso a las redes como categoría jurídica diferenciada de la interconexión puede inferirse del artículo 2, numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establece como uno de sus objetivos “procurar las condiciones de competencia entre los operadores de servicios”. Por ende, siendo el acceso a las redes una obligación que tiene como finalidad garantizar la efectiva competencia, la imposición de la obligación de acceso a las redes, se encuentra estrechamente relacionada con el establecimiento de las condiciones para lograr la competencia entre los operadores.

El régimen del acceso abierto a las redes, -diferenciado de la interconexión-exige la presencia de una única red pública de telecomunicaciones, que coloca a su titular en una posición de dominio, circunstancia que lo obliga a facilitar el acceso en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a otros operadores de servicios de telecomunicaciones y a los usuarios de dichos servicios, con la finalidad de que efectúen sus comunicaciones¹⁶.

En conclusión, la garantía de acceso a las redes parte del mismo principio de la interconexión, establecer la obligación de facilitar la participación a los nuevos operadores, la cual trae como contrapartida el derecho de éstos de lograr dicho acceso. Esta obligación sólo recae sobre el operador considerado dominante, en tanto que el derecho de acceso es de todos los operadores y usuarios que lo soliciten¹⁷.

d.2. La interconexión de redes

En los lugares donde ha existido un único operador que explotaba las redes públicas de telecomunicaciones era innecesario plantear la interconexión, pues éste era el único titular de las redes y se interconectaba de la manera que mejor favoreciera a sus intereses.

Al producirse la neorregulación, que llevó a la liberalización del sector de las telecomunicaciones, el operador establecido quedó en posesión y control de una extensa red de telecomunicaciones. Esta liberalización persigue entre uno de sus efectos, la entrada de nuevos operadores al mercado de las telecomunicaciones, los cuales pueden establecer sus propias redes o pueden no poseerlas, pero en tal caso, podrán utilizar las

15 Esta disposición es similar al artículo 3, literal d) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que no contenía una referencia directa a la garantía de acceso por el operador entrante, a las redes de telecomunicaciones, que son titularidad de los operadores establecidos. Actualmente tal regulación se encuentra en el artículo 3, literal c) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Cfr. CALLOL GARCÍA, P. op. cit. p. 419.

16 SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. El Proceso de Liberalización y la Nueva Regulación de las Telecomunicaciones. Comares. Granada. 1999. p. 228; CARRASCO, A. y MENDOZA, A. Interconexión y acceso a redes. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Aranzadi. Pamplona. 1999. p. 526.

17 MARTÍNEZ GARCÍA, C. La Intervención Administrativa en las Telecomunicaciones. Comillas. Madrid. 2002. p. 316.

redes del operador establecido para prestar los servicios de telecomunicaciones y satisfacer las necesidades comunicacionales de los usuarios¹⁸.

El mecanismo para lograr que los operadores entrantes puedan servirse de las redes de telecomunicaciones del operador establecido es la interconexión, que tiene como objeto primordial garantizar que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones puedan efectuar sus comunicaciones con quien lo consideren necesario y recibir los mensajes de todos aquellos que pretendan comunicarse con ellos, con independencia de que exista una pluralidad de redes de los operadores que le prestan los servicios de telecomunicaciones.

Es por ello que se considera que la interconexión viene a constituirse en la médula central de desarrollo del sector de las telecomunicaciones, ya que de no producirse la interconexión entre las redes de los distintos operadores, cada uno de los usuarios debería contratar los servicios de telecomunicaciones, con cada uno de los diferentes operadores que le presten servicios a los otros usuarios con los cuales desean comunicarse, lo que en la práctica produciría una fragmentación del mercado.

Es así, que la interconexión constituye un instrumento fundamental que contribuye a eliminar las barreras de entrada que se habían establecido con la presencia de un solo operador del antiguo servicio público, es decir, la interconexión es un mecanismo para establecer una competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Esto plantea una interrogante ¿por qué el operador entrante no construye sus propias redes de telecomunicaciones?. La respuesta tiene varias justificaciones, entre las cuales se puede mencionar que tardaría mucho tiempo en establecer las redes para prestar los servicios de telecomunicaciones a sus usuarios y el costo de establecimiento de las mismas resultaría excesivamente oneroso, lo que haría más difícil su presencia en el mercado, que incluso podría llegar a disuadirlo de participar en el mismo.

El pretender que el operador entrante establezca sus propias redes en las condiciones antes descritas, no significa otra cosa que contribuir al afianzamiento de un monopolio u oligopolio privado, en la medida que el operador establecido, consciente de tal situación y haciendo uso de su situación privilegiada podría incurrir en prácticas anticompetitivas, lo que llevaría a frustrar el desarrollo de una efectiva competencia, al menos en el corto plazo¹⁹.

Es así como se considera que la interconexión constituye el mecanismo mediante el cual los operadores que no tienen redes totalmente establecidas utilizan las redes de sus competidores, como medio, complemento o sustituto de las propias, para prestar los servicios de telecomunicaciones a los usuarios, produciendo como consecuencia los siguientes efectos²⁰:

- a) Contrarresta la posición de dominio del operador establecido, titular de las redes.
- b) Garantiza la conexión de los usuarios en un entorno de múltiples operadores y múltiples redes.
- c) Racionaliza y rentabiliza la inversión en infraestructuras y redes de difícil o imposible duplicación.

18 MARTÍNEZ GARCÍA, C. op. cit. p. 304

19 MARTÍNEZ GARCÍA, C. op. cit. p. 305; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.J. Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y Nuevo Mercado. Dykinson. Madrid. 2002. p. 139.

20 RODRÍGUEZ ILLERA, R. La Regulación de la Interconexión en los Mercados de Telecomunicaciones Liberalizados. Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global. La Ley. Madrid. 1999. p. 241.

- d) Disminuye los costos de entrada al mercado, al eliminar las necesidades de inversión en las redes por los operadores entrantes.

Es por ello que el interés que reporta la interconexión para los nuevos operadores, no se circunscribe a la posibilidad de éstos de utilizar las redes del operador establecido para unirlas a las propias, sino que también busca aumentar el valor de las redes que son propiedad de los nuevos operadores, permite aprovechar los avances tecnológicos que incorporan más capacidad de transmisión a las redes, reduciendo los costos en las comunicaciones, que los usuarios tengan acceso a los usuarios del operador establecido y que éstos también puedan entablar comunicación con los usuarios de los nuevos operadores²¹.

La interconexión puede abordarse desde dos puntos de vista: Los costos y la competencia. El primero, para evitar la duplicación de redes, cuyo costo resulta sumamente oneroso, respecto a los beneficios que brinda el mercado; y el segundo, que requiere el establecimiento de una regulación que permita el uso de la red del operador establecido, por los operadores entrantes al mercado, con la finalidad de permitir la efectiva competencia²².

Es por lo anterior, que resulta necesario establecer y desarrollar una política que fomente y garantice la interconexión de las redes de telecomunicaciones, que permitan prestar los servicios y garantizar la competencia efectiva. Estas ideas son las que deben inspirar la actuación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en la aplicación e interpretación de la regulación establecida en el ordenamiento jurídico andino, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el Reglamento de Interconexión.

1.2. La intervención para proteger a los usuarios

Desde la propia Constitución se reconocen derechos a los sujetos destinatarios de los bienes y usuarios de los servicios que producen o prestan los operadores económicos. En este sentido se aprecia que la norma suprema en el artículo 117 reconoce que “todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno”.

Tal disposición no entra en definiciones de lo que se debe entender por consumidor o usuario y no lo hace porque no le corresponde hacerlo a una norma constitucional. Hay que destacar que la redacción compleja de este artículo reconoce varios y distintos derechos. En el mismo se aprecia la presencia de los siguientes derechos:

En primer lugar, se reconoce el derecho de todas las personas a demandar la producción de bienes y exigir la prestación de servicios de calidad, pero no se trata de cualquier calidad, sino basado en unos estándares mínimos que se van elevando en la medida que el desarrollo tecnológico y el avance de la Sociedad de la Información lo requieren.

En segundo término, debe destacarse que este derecho no se limita exclusivamente a disponer de bienes o de servicios, sino que también comprende el derecho a obtener información adecuada y no engañosa sobre el bien o servicio que se deman-

21 MARTÍNEZ GARCÍA, C. *La Intervención Administrativa en las Telecomunicaciones*. Comillas. Madrid. 2002. p. 305; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.J. *Derecho de las Telecomunicaciones*. Nuevo Derecho y Nuevo Mercado. Dykinson. Madrid. 2002. p. 138.

22 DÍAZ DE RÁBAGO MAZÓN, P. *El Servicio Universal, la Interconexión y el Desarrollo de la Sociedad de la Información*. Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global. La Ley. Madrid. 1999. p. 286.

da, con la finalidad de saber si efectivamente se ajusta a las necesidades del consumidor o usuario.

El tercer derecho reconocido en la norma en comentario, consiste en la libertad de elección, lo que supone la presencia previa de pluralidad de ofertas. El ejercicio de este derecho implica por una parte que se garantice la existencia de una competencia efectiva, que permita la existencia de varios operadores económicos que compiten entre sí y por la otra, una actuación de los órganos del Poder Público que fomenten la producción de bienes y servicios, de distintas y variadas ofertas, en condiciones de calidad, cantidad y precio que permitan elegir a los consumidores y usuarios.

Finalmente, se reconoce el derecho de los consumidores y usuarios a exigirle a los productores de bienes y prestadores de servicios que le otorguen un trato equitativo y digno.

Tales derechos requieren del debido desarrollo y protección de los Poderes Públicos, de allí que la Constitución disponga que sea el legislador quien establezca a través de las leyes los medios necesarios para garantizar el pleno ejercicio de estos derechos, teniendo presente los siguientes aspectos:

- a) Los mecanismos necesarios para garantizar tales derechos;
- b) Las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios;
- c) Los procedimientos de defensa del público consumidor;
- d) Las acciones para el resarcimiento de los daños y perjuicios;
- e) Las sanciones correspondientes de que pueden ser objeto, quienes lesionen o desconozcan el ejercicio de estos derechos.

Ello lleva a analizar, cuáles son las formas de intervención que ha desarrollado el Estado para garantizar el uso, goce y disfrute de los derechos de los consumidores y usuarios, a lo cual se hará referencia inmediatamente.

a. La intervención legislativa

En lo que concierne a la intervención legislativa debe señalarse que se han dictado varias leyes destinadas a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos, entre las cuales destacan la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la Ley del Sistema Venezolano para la Calidad, la Ley de Metrología y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Como se había advertido, el legislador comienza por definir a quién se considera consumidor y usuario. Es así como se señala que el consumidor es toda persona natural, que utiliza o disfruta de bienes de cualquier naturaleza como destinatario final (artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario). Es preciso destacar que la Ley vigente no menciona en la definición de consumidor a las personas jurídicas, como sí lo hacía la Ley derogada, sin embargo, en tanto éstas también utilizan o disfrutan de bienes de cualquier naturaleza como destinatarios finales, deben considerarse como sujetos protegidos por la Ley, pues el artículo 117 de la Constitución, ampara a todas las personas, sin distinguir entre naturales o jurídicas.

Además, se establece que usuario es toda persona natural o jurídica que utiliza, disfruta o se beneficia de los servicios de cualquier naturaleza, como destinatario final (artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

A esta definiciones hay que agregar una tercera categoría, no mencionada en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que es el denominado suscriptor, valga

decir, la persona natural o jurídica, que celebra un contrato de suministro de bienes, de provisión de servicios o de uso de infraestructuras y que siendo el titular del contrato, tiene determinados derechos y obligaciones legales, pero que no necesariamente utiliza, disfruta o se beneficia de tales bienes, servicios o infraestructuras.

En el ámbito específico de la actividad de las telecomunicaciones, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece los derechos y deberes de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, que a pesar de lo que se señala con frecuencia, no se encuentran exclusivamente limitados a los artículos 12 y 13 de la Ley, sino que a lo largo de la misma se encuentran reconocidos derechos distintos de los específicamente señalados en las dos disposiciones mencionadas.

Siendo éstos unos derechos mínimos contemplados en esta Ley, ello no impide la invocación y aplicación de todos los otros derechos reconocidos en otras disposiciones legales o reglamentarias, así como aquellas que surjan de los propios contratos de prestación de servicios.

b. La intervención administrativa

En lo concerniente a la intervención administrativa como mecanismo para garantizar el ejercicio de los derechos, debe señalarse que conforme a cada ley existe un organismo encargado de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios. En términos generales, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario, es un ente de la administración descentralizada funcionalmente que tiene competencia para proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y en los casos en los cuales se hayan producido daños de carácter patrimonial, se podrá resolver la controversia a través de los procedimientos de arbitraje o de conciliación, siempre que los operadores y los usuarios de forma voluntaria, libre y espontánea convengan en ello, con la finalidad de lograr un acuerdo respecto a la indemnización y de ser el caso, de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la lesión de los derechos del usuario afectado.

Además, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario tiene entre sus facultades tramitar los procedimientos administrativos para imponer las sanciones a los operadores de los servicios de telecomunicaciones que infrinjan las disposiciones legales que reconocen los derechos de los usuarios de tales servicios.

En aquellos lugares donde no se encuentren oficinas del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario corresponderá a las autoridades municipales ejercer las funciones de protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Las anteriores competencias operan sin perjuicio de la atribuida a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para imponer a los operadores las sanciones que establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en los casos que se infrinjan disposiciones que puedan afectar los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

c. La intervención jurisdiccional

En lo que concierne a la intervención judicial debe señalarse, que los órganos jurisdiccionales tienen competencia para conocer de las actuaciones que desconozcan, lesionen o menoscaben el ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios, en virtud de lo cual deben actuar para restablecer su ejercicio inmediato.

En este sentido y conforme a la naturaleza jurídica que actualmente ostenta la actividad de las telecomunicaciones, al ser consideradas una actividad económica de interés general que se presta en régimen de libre competencia, cuando se produzca una lesión de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, éstos deberán acudir ante el orden jurisdiccional civil, el cual es competente para resolver los

conflictos entre particulares y éstos deberán actuar conforme a lo establecido en el artículo 168 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario²³.

Sin embargo, en aquellos casos en que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones deban efectuar reclamaciones contra los usuarios de aquellas actividades que de manera concreta y específica han sido calificadas como servicios públicos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, deberán ejercer las pretensiones ante los órganos del orden jurisdiccional administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución.

En el supuesto que la conducta lesiva de los derechos de los consumidores o usuarios sea constitutiva de un hecho punible, corresponderá a los órganos jurisdiccionales penales conocer y establecer la responsabilidad correspondiente.

2. La intervención que limita o restringe los derechos

La Constitución establece la delimitación de las competencias del Poder Público, para establecer mediante ley orgánica, las restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales y conforme a ella se debe señalar el entorno para la actuación de los entes reguladores de la actividad económica de las telecomunicaciones.

Ahora bien, ni la Ley, ni menos aún los entes reguladores de la actividad económica pueden afectar la libertad de empresa, excediéndose en la licitud del fin perseguido, en la proporcionalidad que debe estar presente, es decir, que debe existir idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la restricción o limitación a tal derecho, su compatibilidad con el sistema democrático y el respeto al contenido esencial²⁴. Todo ello lleva a analizar cómo puede producirse la intervención del Poder Público en la limitación o restricción de los derechos económicos.

2.1. La intervención sobre la libertad de empresa

La libertad de empresa es uno de los derechos reconocidos en el artículo 112 de la Constitución, pero tal como lo ha señalado el Máximo Tribunal de la República, no se trata de un derecho absoluto, sino sometido a las limitaciones o restricciones que impongan la propia Constitución y la ley por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, se puede desglosar en tres elementos distintos y complementarios: Estos son la libertad de acceso al mercado, la libertad de permanencia en el mercado y la libertad de salida del mercado.

La consecuencia inmediata de la despublicatio es la desaparición de la titularidad estatal sobre la actividad económica de las telecomunicaciones, lo que genera como consecuencia la posibilidad de la libre entrada a los operadores que pretendan actuar en el sector, facilitando la pluralidad de oferentes y la mejor satisfacción del interés general.

23 El artículo 168 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario establece que “Las reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley, así como de las garantías convencionales de buen funcionamiento, se tramitarán por el procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 859 al 880, sin importar la cuantía y siempre que no exista otro procedimiento judicial expreso para resolver el conflicto en cuestión”.

24 Cfr. CASAL H, J. M. Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales. El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan. R. Brewer Carías. Tomo III. Civitas. Madrid. 2003. pp. 2515-2535.

Sin embargo, por tratarse de una actividad económica de interés general, en este primer momento no existe libertad absoluta de entrada, sino que ésta se encuentra sometida al otorgamiento de los títulos habilitantes establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Tales títulos habilitantes se otorgan a los operadores que cumplen con los requisitos jurídicos, económicos y técnicos que exige el ordenamiento jurídico para realizar la actividad económica de las telecomunicaciones.

Una vez obtenido el respectivo título habilitante surge el segundo componente o elemento estructural de la libertad de empresa, como lo es la libertad de permanecer en el mercado, lo que se manifiesta de dos maneras: Una es la libertad de inversión, planificación y desarrollo de estrategias de competencia, contratación y la otra es la libertad de competición.

Tratándose las telecomunicaciones de una actividad económica que se desarrolla en un sector sometido a una intensa regulación de la Administración, una vez que ésta otorga el título administrativo habilitante, los operadores que la obtienen quedan plenamente legitimados para competir entre sí, dentro de los términos, condiciones y restricciones que de conformidad con la ley, establezca la propia habilitación administrativa, lo que supone, que el derecho constitucional a la libertad de empresa, queda sometida a las restricciones establecidas por la autoridad administrativa, de conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en virtud de la garantía de la reserva legal.

La libertad de salir del mercado apareja la posibilidad de cesar en la realización de la actividad económica o de abandonar su desarrollo, sin ninguna otra restricción u obligación que los compromisos legalmente adquiridos.

En el caso de actividades económicas de telecomunicaciones que se encuentran sometidas a una intensa regulación de la Administración, los particulares que las desarrollan y compiten en ellas en virtud del título habilitante, pueden cesar o abandonar la realización de dicha actividad por iniciativa propia, siempre que éstos hayan cumplido sus obligaciones con el Estado y que la libre cesación o abandono no suponga una lesión a los usuarios individualmente considerados y menos aún al interés general.

Por tanto se debe concluir, que el contenido esencial -entrar, competir y cesar en la actividad económica-, del derecho constitucional a la libertad de empresa, se encuentra plenamente garantizado a todos los operadores del sector de las telecomunicaciones, en los términos reconocidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, encontrando como únicos límites los principios establecidos en la propia Constitución y las leyes que la desarrollan.

a. La regulación de las facilidades esenciales

Tanto la doctrina jurídica de las “facilidades esenciales” como la doctrina económica de “libre acceso de terceros a las redes” tienen como finalidad regular la obligación del operador titular del monopolio, que ostenta una posición de dominio, de permitir el libre acceso a sus actuales o potenciales competidores a las redes públicas e infraestructuras de telecomunicaciones, en condiciones de transparencia, igualdad y no discriminatorias e impedir el abuso de su posición de dominio y para los beneficiarios del acceso, nace la obligación de pagar los cargos por el uso de la red²⁵.

25 MORENO, L. Servicios Públicos Domiciliarios. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 2002. pp. 214-215; LÓPEZ DE CASTRO, L. y ARIÑO, G. Derecho de la Competencia en Sectores Regulados. Comares. Granada. 2001. pp. 22-23; REMÓN PEÑALVER, J. y BUITRAGO MONTORO, A. La Posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de las Telecomunicaciones. Derecho de

La doctrina de las facilidades esenciales ha tenido una evolución muy similar tanto en su país de origen, como en los países que como consecuencia del proceso de liberalización de sus economías, se han convertido en tributarios de ella. Por tanto, conviene analizar sucintamente los principios que justifican tal doctrina, tanto en los Estados Unidos de América como en Europa.

a.1. La doctrina de las facilidades esenciales en el derecho norteamericano

La doctrina de las facilidades esenciales (*essential facilities*) tiene su origen en el derecho de la competencia de comienzos del Siglo XX, el cual establecía que para determinar el abuso de posición de dominio por los operadores titulares de las facilidades esenciales, se debía comprobar la existencia de los siguientes requisitos²⁶:

- Que el operador titular ostentase un control efectivo, es decir, una posición de dominio de las facilidades esenciales.
- Que los operadores entrantes no tuviesen la capacidad de duplicar o emular las facilidades.
- Que el operador titular utilizase su posición de dominio para impedir a los operadores entrantes el uso de las facilidades esenciales.
- Que fuese posible compartir técnica y económicamente el uso de las facilidades esenciales.
- Que el operador titular del uso de las facilidades esenciales no fuese capaz de aportar de forma objetiva, una causa de justificación válida a su negativa.

a.2. Las facilidades esenciales en el Derecho comunitario europeo

La figura de la negativa de acceso a las facilidades esenciales se ubica dentro del abuso de posición de dominio, lo que lleva a demostrar que el operador económico que posee una facilidad esencial tiene una posición de dominio y ha abusado de ella²⁷.

Sin embargo, no puede dejar se señalarse que la doctrina de las facilidades esenciales ha sido limitada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 26 de noviembre de 1998, Oscar Bronner, asunto C-7/97, en la cual señaló que el simple hecho que un operador posea un activo valioso para otros operadores, no basta para que éstos tengan derecho a valerse de ese activo. En tal sentido se considera que un operador puede acceder a los activos del operador dominante, siempre que quede establecido que para el operador entrante no es económicamente viable el establecimiento de una estructura propia, bien sea de forma individual o en asociación con otros operadores, la cual deberá ser capaz de cumplir las funciones de aquella a la que se pretende acceder²⁸.

Ello así, se puede afirmar que la doctrina de las facilidades esenciales tiene como objeto obligar a contratar a un operador en ciertas circunstancias antes mencionadas, a los fines de introducir una competencia efectiva en el mercado, para lo que se produce una restricción del principio de libertad de contratación²⁹.

las Telecomunicaciones. La Ley. Madrid. 1997. p. 855; NAVARRO, E. La Regulación de la Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones. El Nuevo Servicio Público. Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General. Funeda. Caracas. 2003. p. 27.

26 CALLOL GARCÍA, P. La Garantía de Acceso a las Redes de Telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector. Revista de Administración Pública N° 149. C.E.P.C. Madrid. 1999. pp. 404-405.

27 CALLOL GARCÍA, P. op. cit. p. 405.

28 CALLOL GARCÍA, P. op. cit. p. 407.

29 CALLOL GARCÍA, P. op. cit. p. 409.

Conforme a ello, la intervención respecto a las facilidades esenciales se produce tanto en el artículo 21 de las “Normas Comunes sobre Interconexión” dictado mediante Resolución N° 432, por la Secretaría de la Comunidad Andina, así como en el artículo 12 del Reglamento de Interconexión, que establecen los recursos o facilidades esenciales en la interconexión de telecomunicaciones.

b. La limitación a la libertad de contratación

Otro de los principios que se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones es la limitación a la libertad de negociación entre operadores, así como a la libertad de contratación entre operadores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones, es decir, que no existe pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Ello así, se tiene que el ente regulador tiene atribuida la competencia para la aprobación de las condiciones generales de los contratos de servicios de telecomunicaciones, lo que supone que éstas no pueden ser establecidas unilateralmente por el operador, sin ningún control del Estado, es decir, que no se trata simplemente de que el operador ponga en conocimiento al ente regulador de las condiciones generales que aplicará en los contratos de servicios, o de la realización de una actividad meramente informativa, sino de la necesidad de emisión de una normativa por el ente regulador, que debe ser objeto de la preceptiva consulta pública, antes de su aprobación por dicha autoridad administrativa.

Tal aprobación se realiza mediante un acto administrativo de contenido general que debe dictar el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, siguiendo el procedimiento para las consultas públicas previas.

También debe tenerse presente que la libertad de contratación tiene límites en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en la cual se establecen disposiciones de orden público, que reconocen derechos irrenunciables de los usuarios de los servicios y que deben ser respetados por los operadores de telecomunicaciones, en los términos establecidos en los artículos 81 al 88 de esta ley.

Otro supuesto de esta limitación a la libertad de negociación se encuentra contemplada en materia de interconexión, la cual establece los principios que la regulan tanto en el Derecho Comunitario Andino, como en la Ley y el Reglamento de Interconexión.

Es así como se establece un plazo máximo para la negociación de los contratos de interconexión; se regulan los contenidos de dicho acuerdo, con especial referencia a las condiciones jurídicas, técnicas y económicas; se señala el criterio para el establecimiento de los costes; se reconoce la posibilidad de intervención del ente regulador para ordenar la interconexión, cuando los operadores no lleguen a un acuerdo; se establece la obligación de los operadores de notificar al ente regulador la celebración del contrato de interconexión, así como la posibilidad que éste le formule observaciones calificadas como “adendum informativo”, aún cuando no se establece consecuencia jurídica adicional a dichas observaciones.

Igualmente se establece la posibilidad que el ente regulador intervenga en la resolución de las controversias que se presenten entre los operadores con motivo de la interconexión y además que pueda ordenar la desconexión de manera cautelar o definitiva, a las redes de telecomunicaciones de alguno de los operadores y dictar las medidas que se aplicarán para minimizar los efectos negativos para los usuarios.

c. El régimen de regulación de los precios

La libre fijación de precios por la prestación de los servicios de telecomunicaciones constituye una actuación ínsita a la libertad de empresa, que solo puede ser restringida o limitada por la Ley, con el objeto de garantizar la libre competencia entre

operadores y que exista una relación calidad-precio, que sea racional, óptima y asequible para los usuarios.

Conforme a estos principios, la Ley establece que los operadores de los servicios de telecomunicaciones pueden establecer y modificar libremente los precios (artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), quedando a salvo, aquellos casos en los cuales los servicios se presten, en cumplimiento de una obligación de servicio universal.

Los precios que se establecen dentro del régimen de competencia, están sometidos tanto al control de competencia, que realiza la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia³⁰, como al control del ente regulador del sector de las telecomunicaciones que colabora con aquélla.

Ello supone la ratificación del régimen de libre competencia, que pretende fomentar la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la prestación de los servicios de las telecomunicaciones.

Sin embargo, el sistema de libertad de fijación de precios no resulta aplicable, cuando los operadores económicos tienen una posición de dominio en el mercado, pues en tal supuesto, éstos pueden establecer precios predatorios, para excluir del mercado a los potenciales o actuales competidores.

Esto lleva a analizar el sistema de regulación de tarifas que son fijadas por el ente regulador, teniendo como referencia los precios del mercado. En tal sentido señala la Ley, que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones debe intervenir en la fijación de las tarifas que podrán cobrar los operadores de las telecomunicaciones, por los servicios que presten en posición de dominio o por el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal.

El sistema de regulación de tarifas, comporta varias modalidades:

a) La fijación administrativa directa, conforme a la cual el ente regulador establece la tarifa mediante un acto administrativo, careciendo el operador de libertad para determinar o modificar el monto a cobrar. Esta era la modalidad imperante con respecto a los servicios de telefonía básica, antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La Ley actualmente establece, que si existen operadores en posición de dominio, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones puede determinar las tarifas máximas y mínimas a las que quedan sujetos los servicios que presten, las cuales se mantendrán vigentes hasta que existan condiciones que permitan la competencia efectiva en ese mercado, es decir, que se trata de una regulación transitoria de tarifas, mientras se establece la competencia efectiva (artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)³¹.

b) La libertad regulada, consiste en la modalidad de fijación mediante la cual, el ente regulador establece los criterios y las técnicas que deberán utilizar los operadores para determinar o modificar los precios máximos que cobrarán por la prestación de los servicios ofrecidos a los usuarios.

³⁰ La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante resolución N° SPPLC/007-2005, de 24 de febrero de 2005, caso Corporación Televen contra RCTV y Corporación Venezolana de Televisión (Venevisión), ha ejercido un control sobre los precios fijados por los operadores de telecomunicaciones que prestan servicios de televisión en señal abierta.

³¹ Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2081, de 5 de agosto de 2003, caso Cantv.

Es así como señala que corresponde a las partes fijar de común acuerdo, los cargos de interconexión en los contratos que celebren los operadores, los cuales se establecerán orientados a costes, que incluyan un margen de beneficio razonable. Solo en caso que no se produzca el acuerdo, deberá la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ordenar que se haga efectiva la interconexión y establecerá las condiciones técnicas y económicas de la misma (artículo 133 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones).

Lo anterior permite apreciar, que el legislador reconoce el principio de libertad de pactos en materia de interconexión y en consecuencia de fijación de precios, estableciendo la competencia del ente regulador para actuar de forma subsidiaria, solo en defecto de un acuerdo entre las partes.

- c) La libertad vigilada, implica una modalidad de fijación que supone que el operador pueda determinar con plena libertad, los precios que se cobrarán a los usuarios por los servicios, quedando sometida la aplicación de tales precios, a la obligación del operador de informar al ente regulador sobre la fijación o modificación de los mismos.

En el caso de la prestación de las obligaciones de servicio universal, el operador deberá elaborar una propuesta de tarifa mínima y máxima, que someterá a la consideración de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el cual se pronunciará sobre su aprobación y en caso de que lo haga, será publicada en la Gaceta Oficial de la República, a los fines de su aplicación a los usuarios (artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)³².

El Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica establece el principio de uniformidad de tarifas, regula el plan social de tarifas dirigido a los usuarios de menor poder adquisitivo y con patrones de consumo mínimo (artículo 56) y establece el régimen los topes tarifarios para el operador establecido (artículo 58), el régimen de los servicios de telefonía básica prestados a través de los equipos terminales públicos (artículo 59) y el régimen de las tarifas de los servicios de telecomunicaciones rurales (artículo 60).

2.2. La intervención sobre el derecho de propiedad

La Constitución garantiza el derecho de propiedad, el cual sólo está sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Por tanto, las limitaciones o restricciones al uso, goce y disfrute del derecho de propiedad deben estar establecidas por ley, en virtud de lo dispuesto en los artículos 115, 156, numeral 32 y 187, numeral 1 de la Constitución. Ello lleva a analizar, cuáles son las limitaciones o restricciones al derecho de propiedad establecidas en la Ley, que inciden en el desarrollo de la actividad económica de las telecomunicaciones.

a. La limitación de la inversión extranjera

El legislador en el artículo 9, párrafo final de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece:

La participación de la inversión extranjera en el ámbito de las telecomunicaciones sólo podrá limitarse en los servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta, de conformidad con lo que al efecto prevean las normas legales y reglamentarias.

³² Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 2081, de 5 de agosto de 2003, caso Cantv.

Tal redacción lleva a considerar que el legislador en materia de telecomunicaciones ha establecido la posibilidad de limitar la participación de la inversión extranjera en los servicios de telecomunicaciones de radiodifusión sonora y televisión abierta, “conforme a lo que prevean las normas legales y reglamentarias”. Sin embargo, la aplicación de esta disposición de manera aislada del resto del ordenamiento jurídico puede afectar los derechos de igualdad de trato y no discriminación jurídica, que tanto la Constitución, como la Decisión N° 291 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones le reconocen a los inversionistas extranjeros y podría conducir a considerar que se encuentra plenamente vigente el Decreto N° 2095, de 13 de febrero de 1992, el cual reservaba a las empresas nacionales la actividad económica de la televisión, la radiodifusión y los periódicos en idioma castellano (artículo 26).

Sin embargo, hay que tener presente que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece entre sus objetivos primordiales, promover la inversión nacional e internacional para la modernización y progreso del sector, lo que pretende la promoción de la invención y utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías, que impulsen la integración eficiente de los servicios y favorezcan el desarrollo armónico de los sistemas de telecomunicaciones.

La Ley establece entre sus objetivos el incentivo de la inversión nacional y extranjera, para impulsar el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, a través de la competencia entre los operadores y que éstos utilicen la convergencia tecnológica, para ofrecer servicios de calidad, económicamente asequibles a los usuarios, que permitan la integración geográfica, así como la cohesión económica y social.

Por ello, parece contradictorio que el legislador después de haber trazado estos objetivos, pretenda restringir la inversión extranjera en determinados servicios, lo que supondría que de aplicarse el parágrafo único del artículo 9 de la Ley, se produzca alguna de estas posibles situaciones: Una respecto a los operadores, que implicará la reducción de la posibilidad de la utilización de la convergencia tecnológica en los servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta, lo que conllevaría a que en estos servicios no puedan cumplirse todos los objetivos previstos en la Ley, al no poder efectuar las inversiones necesarias, para desarrollar y competir desde el punto de vista de la tecnología, en igualdad de condiciones con los demás operadores de los otros servicios de las telecomunicaciones; y la otra respecto a los usuarios, que podrán ver limitadas las posibilidades de acceder a estos nuevos servicios convergentes, que se podrían desarrollar y prestar brindándoles una mejor calidad y a precios realmente asequibles, lo que en cualquiera de los dos escenarios afectará la posibilidad de lograr las metas de cohesión económica y social que se propone la Ley.

Ello así, si bien existe la posibilidad de una limitación a la inversión extranjera en los servicios de radiodifusión y televisión abierta, por parte de las autoridades administrativas con competencia en el sector de las telecomunicaciones, la misma no debería realizarse en aras de garantizar tanto el ejercicio de los derechos económicos de los operadores, como la posibilidad de que los usuarios cuenten con nuevos y mejores servicios de calidad producto de la convergencia tecnológica, que redunden en una auténtica cohesión social y en el cumplimiento de los objetivos generales que inspiran la aplicación de la Ley.

b. La limitación sobre la propiedad con fines de construcción de redes o de prestación del servicio universal

Según lo establecido en el artículo 115 de la Constitución, el derecho de propiedad se encuentra sometido a las contribuciones, obligaciones y restricciones que establezca la ley, con fines de utilidad pública o de interés general.

Conforme a ello, en el artículo 193, el legislador declaró que el establecimiento y desarrollo de las redes de telecomunicaciones, conforme a los planes que desarrolle el

Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Infraestructura, se consideran de utilidad pública o interés social, con independencia que tal actividad pretenda realizarla el Estado o los particulares.

Ello supone que los bienes que se encuentren en el dominio privado de los particulares o del Estado, así como los bienes del dominio público de éste, que sean necesarios para el establecimiento y desarrollo de las redes de telecomunicaciones pueden ser afectados para tal fin de utilidad pública y social.

Tal afectación debe realizarla el Ejecutivo Nacional mediante decreto, conforme a lo establecido en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública y social y la misma puede tener como finalidad la expropiación de los bienes que sea necesarios o la constitución de servidumbres, con el propósito de establecer y desarrollar las redes de telecomunicaciones.

También pueden beneficiarse de la expropiación y de la constitución de servidumbres, los operadores a quienes se impongan obligaciones de servicio universal.

En el primer caso, la expropiación podrá ser ordenada por el Presidente de la República, siendo beneficiarios de la misma, los operadores obligados a ejecutar la prestación en régimen de servicio universal, quienes deberán pagar el monto de la indemnización a los sujetos expropiados.

En el segundo supuesto, de establecimiento de servidumbre, la constitución de la misma podrá ser ordenada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y los operadores obligados a ejecutar la prestación de servicio universal, deberán asumir el pago de la indemnización.

Si en los casos anteriores no se produce acuerdo para la determinación del monto de la indemnización, se seguirá el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social.

No obstante, la Ley establece que los operadores obligados a ejecutar la prestación de servicio universal deben pagar la indemnización en el caso de expropiación, sin embargo limita la garantía de disposición que reconoce el artículo 115 de la Constitución, estableciendo que la infraestructura que sea empleada por un operador, para la satisfacción de una obligación de servicio universal y que haya sido subsidiada con recursos del Fondo de Servicio Universal, no podrá ser enajenada, cedida o gravada, sin la autorización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en caso que ésta lo autorice, tales bienes sólo deberán usarse para la satisfacción de las obligaciones de servicio universal.

Además, prohíbe la Ley que los bienes destinados a la satisfacción de obligaciones de servicio universal que sean subsidiados con recursos del Fondo de Servicio Universal sean objeto de medidas judiciales preventivas o ejecutivas, lo que constituye una previsión que puede colidir con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y más grave aún, puede afectar la garantía de la tutela judicial efectiva.

Según esto, conforme a la Constitución y la ley, las autoridades competentes pueden intervenir sobre la propiedad privada, tanto en los supuestos que se requiera el establecimiento y desarrollo de redes de telecomunicaciones, como la prestación del servicio universal.

c. Las limitaciones a la titularidad de la propiedad sobre empresas operadoras de telecomunicaciones

El legislador establece varios supuestos en los cuales limita la propiedad sobre empresas operadoras de telecomunicaciones. Así señala tres supuestos en los cuales se establece un control:

- El primero consiste en la prohibición general a todas las personas naturales o jurídicas, así como a grupos de personas, para que por sí o a través de interpuesta persona, obtengan en concesión o controlen más de una estación de radiodifusión o televisión abierta, en la misma banda de frecuencia de una localidad. En tal virtud, ninguna persona puede tener titularidad sobre más de una estación de radiodifusión o televisión abierta en una misma banda de frecuencia dentro de una determinada localidad, siendo que esta restricción se extiende a los accionistas de una operadora concesionaria.

- El segundo consiste en la sujeción para que adquiera eficacia, de la aprobación por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de los acuerdos de fusión, adquisición total o parcial, escisión, transformación o creación de filiales de empresas operadoras que presten servicios de telecomunicaciones, cuando ello pueda suponer un cambio de control de las mismas.

El ente regulador sólo aprobará la negociación, cuando haya mediado la opinión favorable de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. En el supuesto que resuelva no aprobar la negociación, deberá producir un acto administrativo debidamente motivado sobre las razones que justifican tal pronunciamiento y hacer las recomendaciones pertinentes.

La notificación de la resolución que repruebe la negociación impedirá la transferencia de la titularidad de manera definitiva, salvo que los operadores involucrados acepten las recomendaciones formuladas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Ello sin perjuicio de que el acto administrativo denegatorio de la negociación sea anulado por la propia autoridad administrativa o por los órganos jurisdiccionales.

- El tercer supuesto consiste en el reconocimiento a los operadores que hayan obtenido títulos jurídicos habilitantes para prestar uno o varios servicios de telecomunicaciones, de la posibilidad de constituir empresas filiales con tal fin, siempre que mantengan permanentemente el control de gestión y responsabilidad sobre tales filiales y que se notifique de esta modalidad de prestación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Además se reconoce la posibilidad de que el Reglamento establezca supuestos en los cuales se exija la prestación de determinados servicios a través de empresas filiales o sujetas al control de la empresa titular del título jurídico habilitante.

d. La regulación de las vías generales de telecomunicaciones

Todos aquellos elementos que permitan emplazar los medios físicos necesarios, para la prestación de servicios de telecomunicaciones son considerados vías generales de telecomunicaciones³³. En principio, tales vías se encuentran a disposición de todos los operadores que lo soliciten, quienes tienen derecho a hacer uso de las vías generales de telecomunicaciones existentes.

Es así como existe una obligación respecto a todas las personas, con independencia que sean operadores o no, es decir, que la obligación recae incluso en las personas que siendo titulares de las vías generales de telecomunicaciones, no participen en ese mercado. Tal aserto se deriva del hecho según el cual, las personas distintas a quienes poseen y controlen las vías generales de telecomunicaciones tienen derecho de

33 Son medios físicos que constituyen vías generales de telecomunicaciones, las infraestructuras tales como los ductos, postes, torres, azoteas, techos, calles, que sirven para instalar cables y tendidos, estaciones transmisoras o receptoras, antenas u otros objetos, que permitan el establecimiento y explotación de las redes y equipos para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

acceso y utilización, siempre que hagan un uso racional y no discriminatorio, lo que implica que no causen daños a las instalaciones del poseedor o no afecten la continuidad y calidad del servicio.

La relación jurídica que se entabla entre el operador de telecomunicaciones y el titular de las vías generales de telecomunicaciones debe establecerse de manera consensual, con base en el principio de la libertad de contratación entre los particulares, aun cuando sometido a la eventual intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, así como también podrá actuar, aunque de manera subsidiaria, para imponer la obligación forzosa de permitir el acceso y la utilización de las vías generales de telecomunicaciones.

III. LA INTERVENCIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El artículo 258 de la Constitución exhorta al legislador para promover los medios alternativos para dirimir o solucionar conflictos y en el caso concreto de los entes reguladores, como parte integrante de la Administración Pública, la atribución de competencias asignadas en la ley para intervenir en la resolución de conflictos debe realizarse con fundamento en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 141 de la Constitución).

Es así como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones le otorga competencia a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para resolver los conflictos que se susciten entre operadores de telecomunicaciones, siempre que se trate de la aplicación del ordenamiento jurídico del sector. Al respecto el artículo 37, numeral 23 de la Ley le otorga competencia para “actuar como árbitro en la solución de conflictos que se susciten entre operadores de servicios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas o ello se derive de la aplicación de esta Ley”.

La disposición transcrita contiene una redacción que es jurídicamente imprecisa, lo que puede inducir a confusión sobre la actuación que como “árbitro” tiene atribuida en la mencionada norma.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones reconoce la actividad arbitral de la Administración, la cual constituye un género, que está conformado por dos especies: el arbitraje propiamente dicho o en sentido técnico y la resolución unilateral de conflictos.

En este orden de ideas, la doctrina científica distingue el arbitraje propiamente dicho, en virtud del cual la autoridad administrativa tiene atribuida la función de resolución de conflictos privados entre operadores, en aquellos casos en los cuales los interesados se someten al arbitraje por su propia voluntad³⁴; de la actividad unilateral de resolución de conflictos, que ha sido calificada impropia como actividad arbitral de la Administración³⁵ o arbitraje administrativo³⁶, en el cual la administración actúa en ejercicio de potestades típicamente administrativas, resolviendo conflictos de naturaleza privada o pública, en los que está presente el interés general, en cuyo caso, la autoridad administrativa debe actuar de manera imperativa, obligatoria, incluso de oficio;

34 TEROL GÓMEZ, R. El control público de las telecomunicaciones. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. pp. 171-175.

35 PARADA VÁZQUEZ, J.R. Derecho Administrativo I. Madrid. 1998. pp. 578 y ss; SALA ARQUER, J.M. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Civitas. Madrid. 2000. pp. 29-30.

36 ROSA MORENO, J. El arbitraje administrativo. McGraw-Hill. Madrid. 1998.

pero no para darle la razón a uno u otro operador, sino para producir una decisión administrativa acorde con el interés general.

Ambas constituyen dos categorías jurídicas distintas en cuanto a la naturaleza, el alcance y el régimen jurídico, lo que lleva a analizarlas de manera separada.

1. La intervención en ejercicio de la competencia arbitral

El arbitraje propiamente dicho o en sentido técnico constituye la posibilidad de que las personas, sometan las cuestiones litigiosas o asuntos contenciosos, que surjan o puedan surgir entre ellos, respecto a materias en las cuales gozan de libre disposición, a la decisión de terceros que actúan como árbitros³⁷.

El ente regulador podrá actuar siempre que exista una habilitación de rango legal, que le atribuya la competencia en condición de árbitro, para intervenir y dirimir el conflicto sobre una cuestión controvertida y que las partes involucradas libremente le sometan a su arbitraje. Las notas que caracterizan la función arbitral son las siguientes:

En primer término, la función arbitral la ejerce el ente regulador de la misma manera que cualquier otro árbitro privado, es decir, el sometimiento al arbitraje implica la sustitución de la jurisdicción del Estado, lo que supone que la controversia no será sometida al conocimiento de los jueces, sino del árbitro que elijan las partes, entre las cuales pueden designar al ente regulador.

La función arbitral no tiene carácter público. La naturaleza de la decisión que resuelve la controversia, no es un acto administrativo, sino un verdadero y auténtico laudo arbitral, razón por la cual, su laudo no será susceptible de impugnación en el orden jurisdiccional administrativo. En estos casos, el laudo arbitral sólo será recurrible en vía jurisdiccional civil y su ejecución forzosa debe solicitarse ante éstos órganos jurisdiccionales civiles, dado que la decisión resolutoria del conflicto no goza de la potestad de autotutela ejecutiva y en consecuencia no puede ser ejecutada de manera forzosa, por la Administración³⁸ y una vez firme, tiene la misma fuerza de la cosa juzgada.

En segundo lugar, se requiere la libre voluntad de las personas que se someten a arbitrio del ente regulador.

- a) Esta sujeción puede ser producto de una declaración “individual” del operador, quien libre, voluntaria y expresamente, con la debida antelación, declara que los conflictos que surjan con otros operadores, los someterán al arbitraje del ente regulador.
- b) El convenio entre operadores, debe contener la declaración inequívoca de voluntad de las partes, de someter determinados conflictos al arbitrio del ente regulador, así como a la aceptación de su laudo y el compromiso de cumplirlo.

En la Ley no se establece el procedimiento para la tramitación del arbitraje, lo que lleva a buscar las disposiciones de remisión contenidas en la misma, que sólo aluden a la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que tiene como finalidad establecer los principios que informan la actividad administrativa formal de carácter unilateral y no establecer los procedimientos para la resolución de con-

37 ARPÓN DE MENDIVIL, A., CARRASCO, A. y CRESPO, M. La Administración de las telecomunicaciones. Comentarios a la Ley General de las Telecomunicaciones. Aranzadi. Pamplona. 1999. p. 846.

38 MARROQUIN MOCHALES, J.L. La protección de la competencia entre operadores en el marco de la nueva legislación sobre las telecomunicaciones. Especial análisis de la resolución de conflictos. La Liberalización de las Telecomunicaciones en el Mundo Global. La Ley. Madrid. 1999. pp. 590-591.

flictos privados entre particulares y menos, entre operadores de telecomunicaciones por un órgano de la Administración, a través del arbitraje.

En consecuencia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no puede ser utilizada como norma reguladora del procedimiento que debe llevar a cabo el ente regulador cuando realiza la función arbitral.

Ahora bien, si se ha precisado que toda autoridad administrativa, debe actuar con estricto sometimiento a la ley y al Derecho, forzosamente debe afirmarse que el ente regulador cuando actúa como árbitro, debe hacerlo conforme a la legislación que le permita llevar a cabo tal función y ésta no es otra que la Ley de Arbitraje Comercial, en virtud de lo cual éste deberá actuar como un árbitro institucional y en consecuencia, dictar un reglamento de arbitraje, con fundamento en lo establecido en los artículos 2, 11 y 12 de la mencionada ley.

La Ley de Arbitraje Comercial, conduce a la aplicación de las disposiciones de derecho común que se deben aplicar en aquellos casos en que se produzcan conflictos entre operadores que versen sobre derechos de carácter privado, que puedan ser dispuestos de manera libre y voluntaria por las partes.

Por tanto, los operadores pueden elegir entre someter sus controversias al ente regulador, que por ser una institución especializada, cuenta con los instrumentos jurídicos, técnicos y económicos necesarios para resolver la controversia o pueden designar a otros centros de arbitraje o personas calificadas que tengan los conocimientos adecuados para resolver el conflicto suscitado.

En los casos en que no se trate de conflictos estrictamente privados, sino que deban ser resueltos de manera obligatoria por el ente regulador, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se deberá proceder de la manera que se explicará seguidamente.

2. La intervención en ejercicio de la competencia unilateral de resolución de conflictos

La resolución extrajudicial de conflictos no tiene como única finalidad resolver un conflicto entre particulares, sino que se establece un medio expedito para la resolución de los conflictos, garantizando tanto la competencia en dichas actividades económicas, como la continuidad en la prestación de los servicios.

Ello lleva a admitir la actuación de oficio de los entes reguladores, con la finalidad de resolver los conflictos que surjan como consecuencia de las diferencias o controversias entre los operadores de telecomunicaciones, sin que sea indispensable el consentimiento de los involucrados.

Para que sea posible la intervención del ente regulador, no se requiere un acuerdo previo de las partes en conflicto, en virtud del cual voluntariamente convienen en someter la controversia al regulador, sino que se trata de una potestad legalmente atribuida a éste, regida por el Derecho Administrativo y en consecuencia, sus decisiones están sometidas al control del orden jurisdiccional administrativo.

En efecto, cuando el ente regulador lleva a cabo la actividad administrativa de resolución de conflictos, actúa en tutela del interés general, lo que conlleva, no exclusivamente a la resolución de conflicto, sino también a la imposición de órdenes, incluso bajo apercibimiento y el establecimiento de prohibiciones dirigidas a los sujetos sometidos a su decisión. Esta resolución de conflictos implica el ejercicio de competencias propiamente administrativas, el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido y finalmente la emisión de un acto administrativo, dictado con estricta sujeción a la ley y

en cumplimiento del deber legal de ejercer las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico, lo que supone una actuación que al encontrarse regulada por normas de derecho público, se encuentra sometida al control jurisdiccional administrativo.

Así lo ha señalado la doctrina científica, al expresar que "... las nuevas Leyes sectoriales otorgan a las correspondientes autoridades reguladoras la potestad de resolver los conflictos que se planteen entre los operadores de los distintos servicios y, en algunas ocasiones entre los operadores y los usuarios, aun tratándose de controversias *inter privatos* y referidas a relaciones jurídicas derivadas de contratos privados. Esta intervención administrativa no requiere el consentimiento de las dos partes enfrentadas. La resolución que se dicte para resolver el conflicto se considera un acto administrativo y sólo puede ser impugnada en vía contencioso administrativa".³⁹

Sobre este particular, cabe destacar que el ente regulador tiene atribuida la competencia para resolver unilateralmente los conflictos entre los operadores, que surjan con motivo de la interconexión de redes de telecomunicaciones, en atención a lo dispuesto en los artículos 135 y 136 de la Ley.

Ahora bien, el hecho que se califique a esta intervención como unilateral en la resolución de conflictos entre operadores de telecomunicaciones, supone que la misma se realice con sometimiento a todas las garantías procesales en sede administrativa, lo que implica que tratándose de un procedimiento administrativo especial, el ente regulador además de garantizar los derechos constitucionales y legales, deberá decidir como lo hace cualquier autoridad administrativa, cuando lo corresponde resolver un procedimiento administrativo de naturaleza triangular, es decir, velando por la satisfacción del interés general de la cual es vicaria.

Finalmente debe señalarse, que la intervención de la autoridad reguladora debe ser una actuación subsidiaria, en el supuesto que los operadores en conflicto, en ejercicio de la libertad de contratación, no logren un acuerdo que ponga fin a la controversia suscitada con motivo de la interconexión.

CONSIDERACIONES FINALES

El desarrollo alcanzado a nivel tecnológico y económico en la actividad económica de las telecomunicaciones ha generado la aparición de nuevas necesidades y servicios en la Sociedad de la Información, que exigen la intervención del Estado, en todos aquellos supuestos en que los operadores en el ejercicio de la libertad de empresa no sean capaces de brindarlos a todas las personas, dentro de unos estándares de calidad mínimos, sin distinción de su condición económica, social, cultural e incluso física, así como de su ubicación geográfica.

Por tanto, si bien la regulación para la competencia en el sector de las telecomunicaciones ha supuesto una liberalización, ello no implica la inhibición absoluta del Estado, sino una transformación en la forma de intervenir en el desarrollo de esta actividad económica.

En todo caso, la actuación del Poder Público debe ser proporcional, idónea, adecuada y la estrictamente necesaria para satisfacer el interés general, lo que puede conducir a limitar o restringir el ejercicio de los derechos económicos de los particulares,

³⁹ HUERGO LORA, A. La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 2000. p. 247.

pero en ningún caso pueden ser anulados o suprimidos, por ser ello contrario a la economía social de mercado que reconoce la Constitución.

En fin, el Poder Público debe efectuar el paso resuelto del antiguo modelo de Estado prestacional, hacia la instauración definitiva del Estado de garantía de prestaciones.