

Reflexiones sobre la evolución de las telecomunicaciones en Venezuela: Servicio Público, Liberalización y Nacionalización

José Ignacio Hernández G.

En la evolución de las telecomunicaciones en Venezuela se ha experimentado una serie de cambios que han repercutido en la concepción misma de estos servicios, llegándose a discutir el propio contenido de éstos. En el presente artículo, el autor expone cómo se fueron dando estos cambios en el sector mencionado y cuáles fueron las principales razones que contribuyeron a crear el actual modelo regulatorio de las telecomunicaciones en Venezuela.

INTRODUCCIÓN

El sector de las telecomunicaciones, en Venezuela, desde 1940 hasta nuestros días, ha pasado por tres etapas que convendría escindir:

- A partir de 1940, con la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones, se consolida la denominada **etapa del servicio público** de las telecomunicaciones, caracterizada por la reserva al Estado de todo el sector y su prestación, en exclusiva, a través de empresas del Estado.
- Con posterioridad se desarrolló la **etapa de liberalización**, que quedó a su vez comprendida en dos partes muy bien diferenciadas. La primera de ellas se ubicó en la década de los noventa del pasado siglo, con la **privatización** de la empresa pública gestora del servicio (la C.A. Nacional Teléfonos de Venezuela, CANTV) y la apertura de la concurrencia –mediante la técnica concesional– de servicios distintos al de la telefonía básica, que continuaron gestionándose en exclusiva por CANTV, ahora en manos privadas. La segunda parte de esta etapa se desarrolló a partir de 2000, con la derogatoria de la Ley de Telecomunicaciones y la promulgación de la Ley Orgánica de las Telecomunicaciones, que liberalizó al sector al eliminar la reserva preexistente y reconocer el derecho de los operadores a prestar el servicio de su preferencia, con fundamento en la libertad económica.
- Por último, encontramos la **etapa de la nacionalización**, una suerte de vuelta al modelo regulatorio imperante en la primera mitad del siglo pasado, y caracterizado por la atípica «na-

cionalización» de CANTV, llevada a cabo a comienzos del 2007. Tal etapa podría derivar en la reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para ordenar el sector, nuevamente, a partir de la reserva.

El objeto de este estudio es resumir la evolución de las telecomunicaciones en Venezuela, partiendo de estas tres etapas: servicio público, liberalización y nacionalización. El análisis se realizará, además, teniendo en cuenta las instituciones de Derecho administrativo que se formaron dentro del sector, con especial relevancia en el siempre polémico concepto de servicio público.

I. LA ETAPA DEL SERVICIO PÚBLICO

1. La reserva como técnica de ordenación de las telecomunicaciones. La vigencia de la libertad económica en este contexto

La Ley de Telecomunicaciones de 1940, como correspondía al momento histórico en el cual fue dictada, partió de la publicación de todas las actividades de telecomunicaciones, las cuales, en consecuencia, eran de titularidad pública. Así se desprendía del artículo 1 de la Ley, según el cual:

«el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado. Su administración, inspección y vigilancia, al Ejecutivo Federal»

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER)

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

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

Carácter público de las telecomunicaciones que se proyectaba también sobre todo su régimen jurídico. Es éste, sin duda, el efecto más importante de la Ley de Telecomunicaciones de 1940: la exclusión de la libertad económica. Los particulares no tenían el derecho constitucional a dedicarse a cualquier actividad de telecomunicaciones. Además, la exclusión de la libertad económica producía otra consecuencia: la exclusión de la libre competencia. En efecto, la libre competencia es un atributo inherente al derecho constitucional a la libertad económica; eliminada ésta, queda también proscrita aquélla. Es por ello que la ordenación de las telecomunicaciones, en esta etapa, no respondió a la **regulación** del sector sino a su **ordenación interna**: la Administración obraba en su condición de titular de los servicios de telecomunicaciones, lo que le confería una amplitud de acción bastante considerable, incluso, sin requerir para ello de una expresa habilitación legal.

Los particulares, en consecuencia, no podían explotar actividades de telecomunicaciones en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica. Tampoco podían competir libremente entre ellos. En definitiva, el sector privado no podía concurrir, en libertad, en las distintas actividades que integraban el mercado de las telecomunicaciones. Pero que los particulares no tuviesen el derecho constitucional a intervenir en el no significaba que esa participación estuviese proscrita. Muy por el contrario, la Ley de Telecomunicaciones expresamente permitía que los particulares interviniesen en la explotación de actividades de telecomunicaciones, previo el otorgamiento de permisos (si no se perseguían fines de lucro) o la concesión (si se perseguían fines lucrativos). Lo

relevante de esos títulos habilitantes era su carácter traslativo: a través del contrato administrativo de concesión la Administración trasladaba al particular el derecho a explotar las actividades de telecomunicaciones. Conviene aclarar que esta traslación —en contra de lo sostenido incidentalmente por la jurisprudencia venezolana— no suponía la transformación de la naturaleza jurídica de la actividad que era concedida, pues las telecomunicaciones, aun concediéndose en su explotación al sector privado, seguían siendo actividades económicas públicas.

De hecho, la posibilidad de otorgar concesiones para intervenir en las actividades de telecomunicaciones permitió a la Administración implementar una política de concurrencia. Salvo el sector de la telefonía básica (por las razones que luego se expondrán) la participación del sector privado en las telecomunicaciones se efectuó a través de concesiones no exclusivas, por lo que ningún sector de las telecomunicaciones era explotado en monopolio.

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

Una última aclaratoria. La exclusión de la libertad económica y de la libre competencia, como corolarios de la reserva sobre el sector de las telecomunicaciones, si bien era una consecuencia pacíficamente aceptada, fue rechazada expresamente por la jurisprudencia, primero, de la Sala Político-Administrativa (sentencia de 18 de junio de 1998, caso **Avensa**) y después, de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (sentencia de 19 de noviembre de 1998, caso **Omnivisión**). Este último fallo recayó, precisamente, en materia de telecomunicaciones, por lo que es conveniente transcribir el criterio ahí mantenido:

«(...) es forzoso concluir que las pautas anteriormente resumidas constituyen el desarrollo actual del marco conforme al cual se puede limitar la actividad económica, en esta materia especial de las comunicaciones televisi-

vas; ya que, una vez que el particular obtiene la concesión por parte del Estado, puede efectuar dichas actividades, e incluso competir con otros concesionarios del ramo sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las Leyes; y las que reglamentariamente establezca el Ejecutivo Nacional, gracias a la habilitación que le otorga la Ley de la materia al poder reglamentario»

El criterio imperante hasta ese entonces era otro: al tratarse de actividades reservadas al Estado, las telecomunicaciones se erigían en **servicios públicos**, quedando excluida la libertad económica (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 9 de abril de 1997, caso **Arnaldo González Sosa**). El criterio asumido por la Corte en la sentencia de 19 de noviembre de 1998, caso **Omnivisión** (aceptado luego por las Sala Constitucional en sentencia de 30 de noviembre de 2000), produjo una inflexión en lo que, hasta entonces, era el régimen jurídico de las telecomunicaciones, pues la reserva no suponía ya la exclusión de la libertad económica; antes por el contrario, una vez otorgada la concesión correspondiente, los concesionarios podrían explotar la actividad sin más limitaciones que las expresamente derivadas de la reserva.

Vigencia de la libertad económica en el sector de las telecomunicaciones, considerado servicio público. En especial, la decisión de la Sala Constitucional asume la existencia de tal *publicatio* a partir de la consideración de las telecomunicaciones como servicios públicos:

«Por disposición expresa del numeral 22 del artículo 136 de la Constitución de 1961 (vigente para el momento de los acontecimientos objeto del presente estudio, y correspondiente al ordinal 28 del artículo 156 de la Constitución de 1999), los correos y las telecomunicaciones son competencia del Poder Público Nacional, es decir, está reservado a éste el ejercicio de los mismos y su respectiva regulación, por cuanto dichas actividades constituyen un servicio público, entendido éste como una forma de la acción administrativa en la que una persona pública asume la satisfacción de una necesidad de interés general. En consecuencia, sólo el Poder Público Nacional, a través de sus órganos, puede reglar los requisitos y condiciones de operación de los mismos y el otorgamiento de concesiones para su explotación»

No compartimos los términos de la sentencia. Básicamente, entendemos que ella confunde la competencia del Poder Nacional para regular las telecomunicaciones, con la reserva al Estado de esos servicios. Tal reserva, obviamente, no prove-

«Desde la perspectiva jurídica, calificar a las telecomunicaciones como servicios públicos es para nosotros irrelevante, pues ese término carece de sentido preciso entre nosotros»

nía de la norma constitucional invocada por la sentencia sino de la Ley de Telecomunicaciones de 1940. Adicionalmente, la sentencia parte de la equiparación, ya cuestionada, entre servicio público y reserva al Estado. Y aún así, el fallo de la Sala Constitucional confirmó parcialmente la sentencia de la Corte apelada, reconociendo de esa manera, implícitamente, que en actividades reservadas al Estado puede invocarse la violación de la libertad de empresa.

2. Las telecomunicaciones como servicio público. El debate de la jurisprudencia

La anterior discusión nos permite entrar a analizar otro aspecto relevante: la posible configuración de las telecomunicaciones como servicios públicos bajo la Ley de Telecomunicaciones de 1940. Lo primero que habría que acotar es que esa Ley no empleó, expresamente, tal calificativo. Por el contrario, se limitó a reservar al Estado los servicios de telecomunicaciones que, se insiste, no fueron expresamente catalogados como servicios públicos. Sin embargo, la imprecisión que este término ha tenido en Venezuela permitió a doctrina y jurisprudencia concluir que las telecomunicaciones eran servicios públicos **en tanto se encuentran reservadas al Estado**. Tal tesis parte de la existencia de un concepto subjetivo de servicio público, en cual, la reserva o *publicatio* es siempre un elemento implícito.

La sentencia ya citada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de abril de 1997, caso **Arnaldo González Sosa**, se inclinó por esta posición, al sostener que la exclusión de la libertad económica dentro del sector de las telecomunicaciones se basaba en la declaratoria de la actividad como servicio público:

«(...) distinto supuesto es el que se plantea cuando se trata de actividades en las cuales está excluida la posibilidad de participación privada, pues el Estado, por razones de de conveniencia nacional, se las reserva. Es allí donde se ubica la figura del servicio público (...) la Ley de Telecomunicaciones define esta materia como servicio público, de tal manera

que ella se incluye dentro de la actividad pública prestacional que compete desarrollar de forma exclusiva al Estado»

La afirmación delicada de la decisión es que ella ancló su razonamiento en la calificación de las telecomunicaciones como servicios públicos. Si bien el servicio público comprende una actividad cuyo titular es el Estado —dispuso el fallo— nada obsta «para que éste delegue su ejercicio en particulares, de manera exclusiva o en régimen de concurrencia, para lo cual dispone del mecanismo de la concesión». Reserva al Estado como nota característica del servicio público. Él abarca, de esa manera, a actividades cuyo titular es el Estado, y en las cuales queda eliminada la libertad económica.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de octubre de 2003, al revisar tal decisión, corrigió precisamente este razonamiento de la Corte, al considerar que la exclusión de la libertad económica, no podía fundarse en la calificación de esas actividades como servicios públicos, sino en la expresa reserva acordada por la Ley de Telecomunicaciones:

«Al respecto, la Sala observa que la jurisprudencia ha manejado indistintamente los conceptos de servicio público y reserva al Estado de las actividades, con lo cual se ha entendido que toda actividad que se declare servicio público se encuentra reservada al Estado.

En efecto, ese uso impropio de los conceptos fue el que precisamente privó en la decisión que fue apelada, cuando señaló «considera la Corte que no puede particular alguno pretender invocar el derecho a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, desde que la materia definida como de servicio público no está comprendida en las actividades que puedan desarrollar libremente los ciudadanos, antes bien, éstos no tienen derecho alguno a realizarla, pertenece a la actividad pública de la cual es titular el Estado».

La Sala encuentra que el equívoco de la decisión que se apeló se halla en la consideración de que todo servicio público se encuentra reservado al Estado y, por tanto, el derecho a la actividad económica de los particulares se encuentra altamente restringido».

La Sala Constitucional desplaza el objeto de análisis de las telecomunicaciones como servicios públicos a la expresa reserva que, respecto de esas actividades, privaba en la Ley de Telecomunicaciones de 1940. Desplazamiento fundado en la premisa según la cual no toda actividad declarada servicio público se encuentra, necesariamente, reservada al Estado:

«Ahora bien, la Sala aclara que no toda actividad que se declara servicio público se en-

cuentra necesariamente reservada al Estado, y tampoco es cierto que toda actividad, que ha sido reservada formalmente al Estado, es servicio público.

En ese orden de ideas, se encuentra el caso de la educación, actividad que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Educación declara como servicio público. De seguirse el criterio que adoptó la decisión que se apeló, y que esta Sala corregirá, habría necesariamente que concluir que, en la enseñanza, los particulares no tendrían derecho alguno a la intervención en cuanto a la prestación de la misma, cuando lo cierto es que tal derecho está expresamente reconocido en el artículo 106 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando señala que toda persona puede «fundar y mantener instituciones educativas privadas».

La conclusión final de la sentencia abona, significativamente, por esclarecer el concepto de servicio público en Venezuela. La exclusión de la libertad económica no proviene, así, de la declaración que en tal sentido pueda hacer el Legislador, sino de la expresa reserva al Estado, pues en definitiva, no todo servicio se encuentra reservado al Estado. Y es por ello, precisamente, que el fallo ha sido criticado por la doctrina, inclinada a considerar que toda actividad de servicio público debe entenderse reservada al Estado. Una discusión que se plantearía, años después, con ocasión de la liberalización del sector.

II. LA ETAPA DE LA LIBERALIZACIÓN

1. La privatización monolítica de CANTV

Creada inicialmente como empresa privada y luego adquirida por el Estado, CANTV se adecuó al esquema de gestión tradicional de las telecomunicaciones: explotación pública por el Estado, en condiciones de exclusividad, sobre la base de la previa reserva declarada. Al iniciarse el programa de ajustes en 1989, tendente a racionalizar la entropía caracterizadora de la intervención pública en la economía, se planteó la necesidad de reformar el marco ordenador de las telecomunicaciones, permitiendo la prestación de estos servicios por la libre iniciativa privada en condiciones de competencia, todo lo cual justificaba la privatización de CANTV.

Razones políticas impidieron que ese programa de ajuste de las telecomunicaciones se completara, y de allí que sólo se pudieron alcanzar dos cambios: la introducción del **segundo operador**, en el sector de la telefonía móvil, lo que abrió luego la concurrencia de buena parte de los servicios de telecomunicaciones gestionados por la vía de la concesión y la privatización de CANTV, realizada en dos fases: la privatización de la mayoría decisiva de sus acciones, en 1991 y posteriormente, en 1995, la privatización

de un porcentaje importante de las acciones remanentes a través del mercado de capitales. De acuerdo con la Ley de Privatización, el Estado venezolano mantuvo una participación a través de acciones preferidas, que le confirieron derecho de veto en la adopción de decisiones fundamentales, lo que paradójicamente movió a la jurisprudencia ha señalar, reiteradamente, que CANTV –luego de su privatización– era una empresa que obraba bajo el control decisivo del Estado.

Curiosamente, y como signo del desorden entonces imperante, la privatización de CANTV tuvo un obstáculo jurídico inicial: la ausencia de título habilitante para prestar el servicio, lo que motivó a la Administración a otorgar, en 1991, la respectiva concesión, en la cual se preservó a favor de la empresa el derecho exclusivo para llevar a cabo la prestación de los servicios considerados entonces básicos hasta noviembre de 2000, como claro incentivo a la inversión privada llamada a participar en su capital.

Pero el marco regulador de las telecomunicaciones no fue modificado, manteniéndose incluso el derecho de gestión exclusiva de los servicios prestados por CANTV. Con lo cual un monopolio pasó de manos públicas a manos privadas, es decir, la denominada **privatización monolítica** (CRUZ FERRER). No se trató, ciertamente, de la mejor técnica. Sin embargo, es preciso recordar que en su definición inicial, el programa de reestructuración de las telecomunicaciones pasaba por la derogatoria de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y con ella, de la reserva declarada en bloque, reforma que entonces no pudo realizarse y que tendría que esperar hasta el 2000.

2. La liberalización del sector con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000

Poco después de la aprobación de la Constitución de 1999, promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente, el Gobierno asumió la tarea de redactar un nuevo proyecto de Ley, llamado a reestructurar la ordenación jurídica de las telecomunicaciones, tarea centralizada por el ente regulador, a saber, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Desde la década de los ochenta del pasado siglo se habían realizado importantes esfuerzos por reformar la Ley de Telecomunicaciones, llegándose incluso a elaborar un proyecto de Ley por la entonces Cámara de Diputados del extinto Congreso de la República, a mediados de los noventa. CONATEL partió, precisamente, de ese último proyecto, que fue en cierta manera refundido con la Ley General de Telecomunicaciones de España, de 1998, muchas de cuyas normas fueron reproducidas, incluso literalmente, en el proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones que elaboró CONATEL entre enero y junio de 2000, y que fuera aprobado en poco más de un mes.

La rapidez con la cual fue aprobada la Ley Orgánica de Telecomunicaciones resultó, cuando menos, sorprendente, pues se asumió en poco tiempo una tarea diferida por lustros en Venezuela. Además, el cambio monumental que entonces se proponía, no parece haber sido asumido plenamente por el Gobierno. En definitiva, se trataba de acordar la **privatización funcional** de las telecomunicaciones, es decir, abrir el sector a la libertad económica y a la competencia. Una decisión que en otras latitudes, como Europa, se ha adoptado de manera paulatina y no sin debates polémicos, en Venezuela fue adoptada en poco más de siete meses. Por ello, para nosotros, como se corroboraría después, ese cambio monumental no había sido asumido, en toda su dimensión, por el Estado.

A. La vigencia de la libertad económica. El sometimiento de todas las actividades del sector a la libre competencia

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

- En **primer lugar**, desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y en consonancia con el artículo 112° de la Constitución, todos los particulares tienen el derecho constitucional a dedicarse a cualquier actividad o servicio de telecomunicaciones, dejando a salvo, claro está, las propias excepciones que consagra la Ley. Posibilidad de acceder, en consecuencia, a cualquier servicio de telecomunicaciones. Ello supone, además, la vigencia absoluta del Principio **Favor Libertatis** y, también, la necesidad de interpretar restrictivamente todas las normas de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que deriven en limitaciones a ese derecho constitucional.
- Además, y en **segundo lugar**, las telecomunicaciones se rigen por las normas de libre competencia que parten del artículo 113° constitucional. Convendría subrayar que la libre competencia que rige en el sector de las telecomunicaciones –así como en todas las actividades económicas privadas– no es una libertad absoluta, plena o perfecta. Se trató, en concreto, de un modelo de competencia regulada.

B. La polémica en torno a la naturaleza jurídica de las telecomunicaciones

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones calificó a las telecomunicaciones como actividades afectas al interés general. El artículo 5° resulta, en este sentido, revelador:

«El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones».

¿A qué se refiere el legislador cuando señala que las telecomunicaciones son actividades de interés general? Dejando a salvo la notable –y criticable– influencia del Derecho Comunitario Europeo y en especial de la Ley General de Telecomunicaciones de España, dictada en 1998 (luego reformada), creemos que el artículo 5° afirma que la nueva ordenación de las telecomunicaciones no desconoce el interés general presente en estas actividades, interés general que, en 1940, motivó su reserva al Estado.

La regulación que implementa la Ley Orgánica de Telecomunicaciones parte de un dato esencial: esa Ley despublizó las telecomunicaciones, actividades que pueden ser emprendidas en virtud del derecho fundamental de libertad económica. Se trata de un verdadero giro copernicano, no asumido –se insiste– en la cabalidad de su planteamiento. No obstante la sencillez que subyace tras esta premisa, lo cierto es que la determinación de la naturaleza jurídica de las telecomunicaciones ha suscitado un debate en la doctrina venezolana, pues para un sector importante, las telecomunicaciones son servicios públicos y por ello, se encuentran reservadas al Estado.

Nos referimos a la tesis sostenida por José Peña Solís, quien refutando la interpretación que hemos venido dando sobre el alcance de las telecomunicaciones, cuestiona que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones haya acometido la liberalización del sector. Por el contrario, estima que las telecomunicaciones constituyen un servicio público reservado como tal al Estado. Para sostener su tesis reconoce PEÑA SOLÍS que la Constitución de 1999 no califica a las telecomunicaciones como servicios públicos. El dato, sin embargo, es considerado irrelevante:

«(...) es menester aceptar que el dispositivo constitucional contenido en el numeral 28 del artículo 156° constitucional, no adiciona el adjetivo calificativo ‘público’ después de utilizar el término servicio, para referirse a las telecomunicaciones, pero sin duda que tal

omisión, de carácter literal, no puede llegar a constituir un argumento para desnaturalizar la calificación de servicio público de las telecomunicaciones, no solo porque tradicionalmente ese sector de actividades ha revestido tal carácter, inclusive a nivel de casi todos los países, sino porque en Venezuela esa calificación constitucional es de larga data».

No se discute aquí las dos premisas de las cuales parte PEÑA SOLÍS. Que las telecomunicaciones han sido consideradas servicios públicos tradicionalmente, y que esa calificación ha sido tradición también en Venezuela, son datos en los que se puede coincidir. Pero no es ésa la cuestión debatida. Por el contrario, lo que interesa precisar es si la Constitución declara a las telecomunicaciones como servicios públicos. Frente a ello, la única respuesta a la que se puede llegar es negativa. Guste o no, tal calificativo no fue empleado por la Constitución. Mas sin embargo, PEÑA SOLÍS insiste en la tesis contraria:

«Pues bien, desde cualquiera perspectiva en que se coloque el intérprete concluirá en que el artículo 156°, numeral 8 de la Constitución, califica a las telecomunicaciones como servicios públicos»

No podemos coincidir en ese planteamiento. Básicamente pues, insistimos, tal calificativo no fue positivamente asumido en el Texto de 1999. Menos todavía podemos coincidir con la conclusión que el autor extrae de la anterior reflexión:

«(...) Si esta tesis es correcta, debe admitirse que se desencadenan, por obra de la Constitución, las correspondientes consecuencias, esto es, fundamentalmente la reserva, en principio de la titularidad de la actividad».

Ni la tesis de la que se parte es –a nuestro juicio– correcta ni correcta es –de nuevo, para nosotros– la conclusión asomada. Reiterando lo expuesto antes en este trabajo, basta con recordar que no es válido establecer la equiparación entre la declaratoria de una actividad como servicio público y su reserva al Estado, pues la reserva únicamente puede devenir de la expresa e inequívoca manifestación de voluntad del legislador realizada bajo las formalidades del artículo 302 constitucional. Eventualmente esa reserva puede estar consagrada en la Constitución, como sucede, con los matices expuestos, respecto de la **industria de los hidrocarburos**. Que se trate de una actividad declarada servicio público, o peor aun, considerada servicio público, nada tiene que decir respecto de la reserva existente. Así lo ha venido ha acotar la Sala Constitucional en la tantas veces citada sentencia de 29 de agosto de 2003, la que, en referencia directa al sector de las telecomunicaciones, aclaró que no toda actividad declarada servicio público se encuentra, por ello, reservada al Estado.

En nuestra opinión, precisar la naturaleza jurídica de las telecomunicaciones debe partir de la ausencia de reserva expresa y por ende, de la vigencia de la libertad económica. La alusión al **«interés general»** no es más que una llamada de atención, para recordar que las telecomunicaciones comprenden a servicios orientados a la satisfacción de necesidades básicas. La posición más simple, pero a la vez la más contundente, es aquella que reconoce que las telecomunicaciones son actividades económicas de interés general que pueden ser desarrolladas por los particulares en régimen de competencia (FUENMAYOR ESPINA). Para Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, el calificativo interés general refleja que las telecomunicaciones son prestadas en **«beneficio de todas las personas, sin que el Estado sea el titular de las mismas»**. De manera similar, Carlos URDANETA SANDOVAL, a propósito de estudiar las medidas cautelares que puede adoptar la Administración de telecomunicaciones, sostiene que las telecomunicaciones comprenden a servicios de interés general que pueden ser gestionados en virtud del derecho a la libertad de empresa.

En relación con lo anterior solo observamos que el calificativo de interés general acuñado a las telecomunicaciones —y que responde al artículo 5° de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones— nada agrega a la naturaleza jurídica de esos servicios. Así, dentro del rótulo de actividades económicas de interés general pueden incluirse disímiles ejemplos: telecomunicaciones, transporte, intermediación financiera, exploración y explotación de hidrocarburos o comercialización de bienes de primera necesidad. Además de ello, no basta esa genérica declaración para justificar en todos los casos el ejercicio de potestades administrativas de ordenación y limitación; por el contrario, esas potestades deberán justificarse en concretas razones de interés general cuya demostración corresponde a la Administración.

Queda, por supuesto, un último punto por resolver: ¿son las telecomunicaciones servicios públicos bajo la Ley Orgánica de Telecomunicaciones? La respuesta dependerá del sentido que quiera darse a la expresión. Si se entiende por servicio público a las actividades prestacionales reservadas al Estado, debemos apuntar que tal reserva no ha sido declarada expresamente en el sector. Por el contrario, si se asume una noción objetiva, para calificar al servicio público como las actividades prestacionales que satisfacen necesidades básicas o esenciales, deberemos coincidir en que **algunas** de las actividades comprendidas dentro del sector participan de esta característica, como es el caso de la telefonía pública o básica. Pero ello, aclaramos, nada dice acerca del título que habilita la prestación de servicios de telecomunicaciones, que no es otro que la libertad de empresa explotada en condiciones de competencia efectiva. Tampoco esa eventual calificación podría incidir en el régimen jurídico de estos servicios, basados en la regulación de la libertad económica,

bajo las causas expresas previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La liberalización de las telecomunicaciones no implica entonces que esas actividades se alejen del interés general. Todo lo contrario, el interés general presente justifica las técnicas de ordenación aplicadas en el sector, que no parten, en todo caso, de la reserva al Estado sino de la regulación de la libertad económica. Así lo entendió en Venezuela la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de septiembre de 2003, caso **Andrés Alberto ÁLVAREZ IRAGORRY**:

«Así, la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones permite que estas actividades puedan ser explotadas por los particulares en ejercicio de su derecho constitucional a la libertad económica, por lo que no existe una reserva de las telecomunicaciones a favor del Estado, en cuanto a la explotación de esas actividades, ya que el Estado continúa ejerciendo su potestad de policía administrativa, de regulación y de control sobre éstas.

Por otra parte, las telecomunicaciones no son consideradas servicios públicos tradicionales por la nueva Ley, sino que son actividades privadas de interés general».

Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE ha criticado la sentencia aludida, bajo las siguientes consideraciones:

«Sin embargo, la Corte no parece entender —al igual que tampoco parece hacerlo un sector de la doctrina—, el cambio de política pública introducido por la nueva regulación, pues no se trata de una reforma puramente nominal de una actividad que antes era calificada de **«exclusividad del Estado»** y considerada servicio público por la doctrina científica y la jurisprudencia, la cual como se ha demostrado anteriormente permitía el ejercicio de la libertad de empresa, dentro del marco del ordenamiento jurídico del sector; sino que ahora, se trata de una actividad considerada de **«interés general»**, es decir, no se trata de una modificación meramente semántica de la calificación de la actividad, sino de un cambio en la filosofía de la comprensión de la misma».

Estimamos que el debate generado —enriquecedor, sin duda, para esclarecer el punto que aquí nos ocupa— es principalmente semántico. Creemos que es posible afirmar que tanto en la Ley de 1940 como en la Ley de 2000, las telecomunicaciones han sido concebidas como actividades de interés general. Es, igualmente, válido señalar que uno y otro sistema coinciden al afirmar la existencia de potestades de ordenación y limitación sobre la iniciativa económica que gestiona los servicios de telecomunicaciones.

«Los procedimientos de solución de controversias entre empresas se inician, como regla general, por denuncia de parte, siendo necesario para iniciar un procedimiento de oficio, que el conflicto afecte el interés de los usuarios o de otras empresas»

Sin embargo, y la advertencia de Hernández-Mendible es atinada, ello no puede desconocer la trascendental diferencia entre uno y otro sistema, basado en la reserva o *publicatio*, vigente en la Ley de 1940 e inexistente en la Ley 2000. Diferencia que no es baladí, sino todo lo contrario: estamos ante un cambio estructural, básico y cardinal.

La similitud entre uno y otro sistema revela, en todo caso, la equivocidad del término servicio público. Por ello TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en frase que ha calado, ha señalado que la liberalización supone, básicamente, un cambio de técnicas, no así de finalidades: el servicio público como técnica basada en la *publicatio* se sustituye por la ordenación y limitación del sector restringiendo el ejercicio de la libertad económica. El cambio operado en las telecomunicaciones en Venezuela, en el año 2000, no se fundamentó en la concepción según la cual tal sector ya no era anejo al interés general, no justificándose en consecuencia la inmisión del Estado. Por el contrario, reafirmando expresamente ese interés general en el artículo 5º de la Ley, el cambio apuntó a las técnicas de intervención, pues la reserva expresa se sustituyó por la regulación externa del sector. En resumen, desde la perspectiva jurídica, calificar a las telecomunicaciones como servicios públicos es para nosotros irrelevante, pues ese término carece de sentido preciso entre nosotros. Lo importante son las consecuencias que de esa calificación pretenden extraerse, en tanto la consideración de las telecomunicaciones como servicios público no puede invocarse para derivar la reserva sobre el sector o reconocer el ejercicio de potestades de ordenación y limitación sin base legal. Para nosotros, en resumen, las telecomunicaciones son actividades infraestructurales que pueden ser emprendidas en virtud del derecho de libertad de empresa y que comprenden a servicios esenciales.

C. La regulación sobre las telecomunicaciones y su doble fundamentación

Sería un error considerar que la privatización funcio-

nal que operó en el sector con la Ley de 2000 impidió toda intervención de la Administración. Luego de su liberalización las telecomunicaciones surgen como actividades intensamente reguladas por la Administración, por dos causas que convendría escindir: defensa de la competencia y protección de la prestación continua y universal.

Antes de ello, sin embargo, conviene insistir en que sólo a partir de la reforma del año 2000 puede emplearse el término **regulación** correctamente, dentro del sector de las telecomunicaciones. Antes de esa fecha, la ordenación jurídica de las telecomunicaciones era realizada por la Administración a partir de la reserva existente y, por ello, en su condición de titular de esa actividad. La ordenación era de **dirección interna**, y se perfeccionaba a través de la **concesión**, título a través del cual la Administración traslada a particulares el derecho a llevar a cabo la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Al derogarse la reserva, la ordenación jurídica del sector no podía ser llevado a cabo ya a través de potestades de ordenación interna, dado que los servicios de telecomunicaciones podían ser explotados en ejecución del derecho fundamental de libertad económica. Tal ordenación pasó a ser **externa**, aun cuando las potestades administrativas podían, ciertamente, sustituirse en la autonomía privada del operador de telecomunicaciones, sustitución que en modo alguno podía ser plena, pues ello implicaría afectar el contenido esencial de tal libertad. Desde esta perspectiva, la regulación de las telecomunicaciones puede definirse como la técnica a través de la cual la Administración despliega potestades de ordenación y limitación que sustituyen parcialmente la autonomía privada de los operadores de telecomunicaciones, a fin de asegurar no solo la adecuada prestación de esos servicios en condiciones de competencia efectiva, sino además, la prestación continua y regular de estos servicios, especialmente, con la nota de universalidad. Por ello, podría decirse que la regulación, en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se basó en **fallos de mercado**, o sea, en imperfecciones presentes en el mercado de telecomunicaciones que impedían la prestación eficiente de estos servicios. En este sentido, como ha expuesto Diego ZEGARRA, la regulación alude al:

«(...) conjunto de técnicas de intervención pública en el mercado y que por la dinámica del sector económico, supone una intervención continua de los poderes públicos respecto de la actividad y el comportamiento de las empresas

(...) el objeto de la regulación será entonces el mercado y la empresa cual sujeto que obra sobre el mercado; de esta forma, la regulación afrontará el mal funcionamiento del mercado a través de medidas correctivas y, por este aspecto el Estado que regula se contrapone al Estado que provee (...).»

Lo anterior revela un dato insistentemente reseñado: la liberalización de actividades de interés general – como las telecomunicaciones– no supone su entrega al libre mercado en ausencia de toda intervención pública. Por el contrario, la Administración, en los sectores liberalizados, preserva la disciplina jurídica del sector. Cuando se produce la liberalización –concluye Diego ZEGARRA– se mantiene un espacio relevante para la Administración. En el caso concreto de las telecomunicaciones, desde la perspectiva teórica, la regulación se justifica ante el reconocimiento de fallas en el sector de las telecomunicaciones derivadas de su sometimiento al régimen de reserva con prestación exclusiva: presencia del operador preestablecido, quien gestionaba los servicios en régimen de exclusividad, aunado a las condiciones de monopolio natural del sector, justifican desplegar la regulación para asegurar que la prestación de esos servicios se realice en condiciones efectivas de competencia, lo que permite referirse a la **competencia regulada**. Pero simultáneamente, si tales servicios se entregan a condiciones de mercado, probablemente los operadores no tendrán incentivos para prestar las actividades cuya rentabilidad no sea la más atractiva. Para evitar las distorsiones que esta situación generaría, la regulación se encarga no solo de asegurar que los servicios se presten de acuerdo a ciertas cuotas de calidad (mediante las **obligación de servicio público**) sino que, además, la regulación promueve que los operadores presten los servicios de telecomunicaciones considerados esenciales, a todos los usuarios, con independencia de su condición geográfica, y a un precio asequible. Esta es, la figura del servicio universal.

En el año 2000, la situación del sector de las telecomunicaciones en Venezuela se compadecía con esta situación teórica: existencia de CANTV como operador establecido, con una clara posición de dominio, cuya conducta debía por ende ser regulada a fin de asegurar la existencia de condiciones efectivas de competencia, condiciones que además justificaban la regulación en cuanto al uso racional de los llamados recursos escasos: numeración; redes y espectro radioeléctrico, que equívocamente fue calificado como bien del dominio público por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Sería un error pretender ver en ese modelo de regulación una apelación a la fórmula del libre mercado. La liberalización –expresión estigmatizada en la actualidad del Derecho administrativo venezolano– no supone, en modo alguno, apelación al mercado y a reglas de abstención de la intervención pública en la economía. No sólo ello es ajeno al modelo de liberalización adoptado en la Unión Europea (y copiado en Venezuela) sino además, y ya en concreto de cara a nuestra situación, pues la Constitución de 1999 impide desarrollar políticas públicas que desconozcan las condiciones mínimas de intervención administrativa que cabe esperar en el marco de la cláusula del Estado social de Derecho. Precisamente, la Ley

Orgánica de Telecomunicaciones se encargó de sentar las bases para la regulación de las telecomunicaciones orientada a garantizar su prestación de acuerdo con las cotas mínimas de calidad exigidas para cada servicio, y muy en especial, asegurar la prestación de servicios esenciales en condiciones de universalidad, incluso, de manera coactiva. Regulación que, en todo caso, se cuidó de ser **neutral** de cara a la competencia, no imponiendo cargas que pudiesen derivar en ventajas competitivas injustificadas.

1. La defensa positiva de la competencia

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

Las telecomunicaciones dependen, para su desarrollo, del uso de una infraestructura de red, esto es, las infraestructuras de telecomunicaciones, consideradas en la Ley un recurso escaso, junto al espectro radioeléctrico y la numeración. Los operadores de telecomunicaciones requieren, por lo general, el uso de infraestructuras para poder prestar servicios. Sin embargo, estas infraestructuras no pueden ser utilizadas indiscriminadamente; por el contrario, solo un número restringido de operadores puede acceder a ellas. Además, la construcción de nuevas infraestructuras se encuentra sujeta a distintos obstáculos.

Es por lo anterior que los servicios de telecomunicaciones se han considerado tradicionalmente un monopolio natural, pues éstos se prestarán con mayor eficiencia mientras menor sea el número de operadores que concurren en la actividad. Sobre la base de esta característica, las telecomunicaciones –en Venezuela, como en muchos otros países– fueron reservadas al Estado, al estimarse que eran actividades que por su propia naturaleza tendían al monopolio. Sin embargo, la reciente evolución de las telecomunicaciones ha demostrado que una adecuada regulación puede promover la competencia, a través de la ordenación de un estatuto de red, esto es, el conjunto de normas que ordenan el uso de la infraestructura de red con la finalidad de promover la concurrencia de operadores. Regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones cuyas notas distintivas son (i) la gestión autónoma de la red y (ii)

el fomento del acceso de terceros a la red, condición indispensable para asegurar la libre competencia.

Las infraestructuras de telecomunicaciones inciden sobre la libre competencia, por lo que requieren una adecuada regulación. Es esa la intención última de la oferta de red abierta (ORA), que parte de la necesidad de garantizar el libre acceso de todos los operadores a esas infraestructuras así como promover su uso en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. En todo caso, es conveniente efectuar una distinción derivada del artículo 6° de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones puede hacerse con dos finalidades: para satisfacer necesidades propias del propietario o gestor de la red (autoprestación) o para satisfacer necesidades de terceras personas. Solo éstas redes, acotamos, quedan sometidas a los principios de la ORA, es decir, al estatuto de la red. Por ello, las infraestructuras de telecomunicación destinadas a autoprestación no estarán sometidas al conjunto de cargas, derechos y deberes asociados a las **redes públicas de telecomunicaciones**.

De manera tal que la existencia de tales redes entraña un obstáculo para la concurrencia de operadores, principalmente, por motivos tecnológicos: tales redes no son siempre de fácil sustitución. Por tanto, el operador que posea o gestione una red tendrá, dentro del mercado relevante, un importante poder de mercado que le permitirá influenciar, con cierto grado de independencia, en las condiciones de intercambio. El Derecho Anglosajón se ha referido a esta realidad con el término *essential facilities*. Se entiende, así, que las redes de telecomunicaciones son esenciales para la prestación de servicios de telecomunicaciones, por lo que el operador que posea o gestione éstas no podrá, injustificadamente, negar su uso a terceros. Observar la similitud que existe entre esa figura y la más tradicional de abuso de posición de dominio, ante la negativa injustificada de prestar servicios o proveer bienes, práctica reputada ilícita por el artículo 113° de la Constitución.

La liberalización de sectores económicos basados en redes (electricidad, gas natural y telecomunicaciones, por ejemplo) ha partido en esa teoría, postulando — como se ha señalado ya— el principio de libre acceso de terceros a las redes (ATR), conforme al cual los empresarios que posean o gestionen una red estarán obligados a permitir su uso remunerado por terceros operadores, en tanto ello favorece la concurrencia y la libre competencia. Específicamente, dentro del sector de las telecomunicaciones se ha postulado el principio de ORA, cuyo pivote es éste: las redes de telecomunicaciones podrán ser utilizadas libremente por terceros operadores, de manera remunerada, dejando a salvo restricciones de índole técnica.

Ahora bien, el régimen de las infraestructuras de telecomunicaciones se ha llevado a cabo a través de

la incorporación de dos instituciones diferentes. Por un lado, se ha regulado el acceso de terceros a una infraestructura especial: las vías generales de comunicaciones; junto a ello encontramos la interconexión a las redes públicas de telecomunicaciones. Bajo esta dualidad acceso/interconexión y vías generales de comunicaciones/redes públicas de telecomunicaciones se estructura el régimen de las infraestructuras regulado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Algunas puntuales acotaciones merece esta distinción.

- Por un lado, encontramos el concepto de **redes de telecomunicaciones**. Concepto de arraigo en la regulación de las telecomunicaciones es el de redes de telecomunicaciones, término al cual aluden varias normas de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y en especial, su artículo 6°. Como hemos señalado en otro lugar, ese artículo fuerza a distinguir, por un lado, las redes de telecomunicación y por el otro, los servicios de telecomunicación. En efecto, la norma del artículo 6° prevé la posibilidad de construir redes de telecomunicaciones así como el derecho a explotar tales redes, sea en beneficio propio o para prestar servicios al público, último supuesto en el cual se emplea la expresión redes públicas de telecomunicaciones. Es posible, incluso, prestar únicamente el servicio de transporte —o servicio portador— mediante la explotación de las redes. Conforme a esta noción, las redes de telecomunicaciones son las infraestructuras a través de las cuales se prestan servicios de telecomunicaciones.

Pues bien, las redes de telecomunicaciones, como infraestructuras, se someten a un régimen especial articulado con la intención de asegurar que el uso de esas redes no sea un obstáculo —injustificado— a la libre competencia.

La primera de estas figuras es la **interconexión**. No se exagera si se dice que es figura cardinal de la nueva regulación de las telecomunicaciones. Su contenido es el siguiente: todo operador que sea propietario o que gestione una red pública, tendrá derecho a interconectar ésta con las redes públicas de los demás operadores, para poder prestar la actividad económica que le es propia. Así, la interconexión se refiere al derecho de los operadores propietarios de redes públicas de telecomunicaciones a interconectar esas redes con otras, según se deriva del artículo 130° de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual traza como objetivos de esta figura la necesidad de establecer entre los usuarios comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. Si bien la redacción de la norma es un tanto confusa, deriva de ella la obligación de los operadores de permitir la interconexión de redes.

Ahora bien, presupuesto básico de la interconexión es que existan, al menos, dos operadores cada

uno propietario de una red pública. Pero es posible que la iniciativa económica quiera ser entendida por un operador que no es propietario de red alguna. Para este supuesto se ha articulado la figura del acceso de terceros a las redes, en el cual un operador –que no es propietario de ninguna red– acceder a la infraestructura de otro operador para explotar servicios de telecomunicaciones.

De esa manera, la segunda de las figuras asociadas al nuevo estatuto de las redes de telecomunicaciones es el **acceso de terceros a las redes**. Interconexión y derecho de acceso han sido figuras claves en la reforma del sector de las telecomunicaciones, especialmente, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, desde la inicial Directiva del Consejo Europeo, de 28 de junio de 1990 (90/387/CEE). Los principios del libre acceso de terceros a la red –similares a los antes expuestos– son los siguientes: objetividad, publicidad, igualdad y no discriminación, según la distinción que hace el artículo 3º de la Directiva comentada. Es relevante retener, pues, que la reestructuración del sector de las telecomunicaciones pasa por distinguir ambas figuras, en lo que respecta al régimen de las redes. Entre otros, SOUVIRÓN MORENILLA ha destacado lo siguiente:

«(...) condición inexcusable en un sistema liberalizado de prestación de servicios y explotación de redes de telecomunicaciones en libre competencia es la garantía de la interconexión de las redes y del derecho de acceso a las mismas (...).»

Juan Miguel DE LA CUÉTARA, igualmente, sostiene que la nueva regulación sobre las redes de telecomunicaciones supone asegurar, por un lado, la interconexión y, por el otro, el acceso a tales redes. Para el autor «el derecho de acceso a las redes públicas es, junto con la interconexión, una de las principales manifestaciones de la Oferta de Red Abierta a las telecomunicaciones. Representa para los operadores de servicios sin red propia un elemento vital, sin el cual no siquiera podrían llegar a existir». Como se verá, sin embargo, al regular el «el derecho de acceso», la Ley no se refirió a las redes de telecomunicaciones sino a las «vías generales».

- En segundo lugar, encontramos el concepto de **vías generales de comunicación**. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones aludió a un concepto mucho más amplio y, ha de reconocerse, bastante más ambiguo. El legislador ha regulado, pues, el derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones. El término **vías generales de telecomunicaciones** no es claro en demasía; él pretende aludir, de esa manera, a cualquier bien susceptible de fungir como soporte para la prestación de servicios de telecomuni-

caciones. De esa manera, dispone el artículo 126º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicaciones, deberá permitir el acceso o utilización de ésta por parte de los operadores de telecomunicaciones que lo soliciten, cuando su sustitución no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación.

El problema fundamental es cómo ha de interpretarse la expresión vías generales de comunicaciones. La doctrina preponderante ha apostado por una noción amplia, reconociéndose incluso que el llamado derecho de acceso entronca con el régimen general de las servidumbres administrativas (L. VARGAS LEAL), de suerte tal que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones vendría a imponer una limitación general a toda propiedad –pública y privada– a fin de permitir el emplazamiento de medios físicos de telecomunicaciones.

Tal solución, apegada a nuestro entender a una interpretación excesivamente literal de la Ley, no luce sin embargo convincente, especialmente por la formulación de tal derecho que entraña la obligación del propietario o gestor de la **vía general** a permitir su uso a operadores de telecomunicaciones en condiciones de igualdad, objetividad y transparencia, quedando proscritas limitaciones de acceso injustificadas y previéndose incluso la participación del órgano de defensa de la competencia a fin de determinar si la vía es o no sustituible. Todo ese régimen se ancla en la teoría de las *essential facilities* pero es de difícil encuadre en la teoría general de las servidumbres administrativas. Pero además tal interpretación vacía de cobertura el derecho de los operadores sin redes a acceder a las redes públicas de otros operadores a fin de prestar servicios de telecomunicaciones. No luce coherente, tampoco, equiparar el derecho de vía a la figura de la servidumbre, cuando ésta cuenta con una regulación específica en el artículo 194º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, derecho que se limita, en todo caso, a los operadores encargados de la gestión de obligaciones de servicio universal, limitación calcada de la Ley española de 1998.

Una posible solución a esta problemática es equiparar vías generales de telecomunicaciones a redes de telecomunicaciones, como parece hacer, por ejemplo, el artículo 199º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Esta interpretación permitiría adecuar el régimen de las redes públicas de telecomunicaciones a los principios básicos que aseguran la concurrencia de operadores en beneficio de los usuarios, principios que se articulan en torno a dos figuras ya tratadas: interconexión, aplicable a dos o más operadores titulares de redes públicas y el acceso, que permite al operador que no es titular de una red usar la infraestructura de otro operador a fin de prestar servicios de telecomunicaciones.

2. La garantía de prestación y la idea del servicio universal

Los servicios de telecomunicaciones, lo hemos indicado ya, se relacionan con derechos fundamentales prestacionales, respecto de los cuales la Constitución impone obligaciones positivas a los Poderes Públicos destinadas a garantizar su efectiva satisfacción. Satisfacción que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha confiado a la libre iniciativa privada y a la libre competencia. Pero no puede delegarse enteramente en el libre mercado la atención de estos derechos fundamentales. No se trata, subrayamos, de un planteamiento basado en determinada postura ideológica. Por el contrario, es éste un argumento que encuentra apoyatura expresa en la Constitución: que el Estado debe garantizar el ejercicio de derechos prestacionales, es conclusión inequívocamente derivada de los artículos 1º y 3º del Texto de 1999. El carácter normativo y vinculante de la Constitución –reconocido en su artículo 7º– así lo exige. Recordemos que la liberalización no es, ni puede ser, una simple apelación al mercado. Se acude al mercado en búsqueda de eficiencia y para estimular la libertad económica. Pero los Poderes Públicos no pueden acudir al mercado para desligarse del cumplimiento de obligaciones positivas impuestas por la Constitución y asociadas a derechos fundamentales.

Esta circunstancia plantea límites constitucionales a la liberalización. A través de ésta, se insiste, no cabe renunciar a la protección de los derechos fundamentales; tampoco puede afectarse el carácter universal con el que determinadas prestaciones deben ser atendidas. Ocurre así con lo previsto en el artículo 108º de la Constitución: los servicios de difusión deben ser prestados universalmente, lo cual debe ser garantizado por el Estado. Otro tanto puede señalarse respecto de los servicios de telecomunicaciones considerados servicios básicos esenciales conforme al artículo 82º de la Constitución. En otras palabras, la reestructuración de las telecomunicaciones, para adecuarse al marco fundamental de la Constitución económica, ha de ser compatible con los emplazamientos positivos impuestos en cabeza de los Poderes Públicos como específica manifestación de la cláusula del Estado social de Derecho.

La liberalización de las telecomunicaciones en el Derecho Comparado ha tocado, precisamente, la esencia de lo que aquí tratamos de reflejar: el mercado y la libre competencia pueden ser instrumentos no idóneos para garantizar la universalidad con la cual deben ser atendidas ciertas prestaciones. Es por ello que, en el contexto de la liberalización de las telecomunicaciones, el Estado puede imponer coactivamente a los operadores la obligación de prestar estos servicios esenciales, de manera regular y uniforme, en respeto al principio de igualdad y con carácter universal. Surge así el denominado servicio universal, reconocido en el artículo 49º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Ya con carácter

general, y como manifestación de la funcionalidad operativa que caracteriza a las autorizaciones en este sector, la Administración suele imponer mandatos u órdenes de hacer, generalmente conocidas como obligaciones de servicio público, a fin de asegurar que la iniciativa de los operadores de telecomunicaciones satisfaga adecuadamente las necesidades de los usuarios. Estas dos figuras –obligaciones de servicio universal y obligaciones de servicio público– se configuran como cortapisas a la promoción de la competencia asumida como objetivo propio de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Las **obligaciones de servicio universal**, de acuerdo con el artículo 49º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, comprenden al «conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica». La finalidad de esa figura, como dispone el artículo comentado, es «la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población».

El servicio universal es una figura tributaria del servicio público. Atiende, ciertamente, a sus mismas finalidades, pero a través de mecanismos e instrumentos cónsonos con la libertad económica y la libre competencia. Incluso en Francia –donde surge el dogma del servicio público– se ha aceptado que esta figura responde a los mismos fines del servicio público, pero en respeto a la libre competencia. El servicio público sería, como lo ha entendido el Consejo de Estado francés en su Informe de 1994, la prolongación del mercado: cuando éste falla, el servicio público garantiza la satisfacción universal de estas especiales prestaciones sociales.

Esa nueva regulación encuentra justificación en determinados fallos de mercado. Uno de ellos atiende a la deficiente estructura empresarial del mercado que obstaculiza la existencia de operadores interesados en atender ciertos servicios, pese a que ellos están llamados a satisfacer necesidades comunicacionales de relevante interés, que entroncan, incluso, con derechos fundamentales de contenido prestacional. Ante ese fallo de mercado surge la idea del servicio universal (RANGONE), como una auténtica garantía de prestación de ciertos servicios mínimos no asegurados con el libre juego del mercado. La clave reside en la accesibilidad a ese mínimo de servicios, que debe ser facilitada con independencia de la ubicación geográfica del usuario y a un precio razonable. De allí que, entre nosotros, se haya observado que en la base de la idea del servicio universal se encuentra la imposición coactiva de ciertas prestaciones justificada en la necesidad de asegurar su acceso a todos los usuarios (DÍAZ COLINA y FAVRÍN RODRÍGUEZ). Imposición basada en la ausencia de

oferentes interesados en satisfacer, mediante prestaciones de mercado, tales servicios (Araujo Juárez).

De allí que el servicio universal es, ante todo, un especial régimen jurídico al cual se someten ciertos servicios de telecomunicaciones: aquellos en los que se constata un fallo de mercado que impide su prestación en condiciones de accesibilidad general y a un precio razonable. Para ello, se ha acudido a una técnica común dentro del Derecho Administrativo Económico: la imposición de obligaciones u órdenes de hacer, en especial, de contenido prestacional. Es usual que la Administración imponga a particulares la obligación de realizar determinada prestación. Ello, a través de la correspondiente autorización operativa. En los sectores liberalizados, la Administración suele adjudicar a los operadores económicos privados, unilateralmente, **obligaciones de servicio público** (SOUVIRÓN MORENILLA) o, como las hemos denominado, de interés general: en algunos casos, referentes a estándares o cuotas que deberán cumplirse; en otros, más extremos, relacionados con el deber de gestionar determinada actividad.

El régimen de servicio universal garantiza que ciertas actividades, propias del mercado de las telecomunicaciones, sean puestas a disposición de todos los usuarios con independencia de su ubicación geográfica y a un precio asequible. Ello, aun cuando no exista iniciativa económica privada interesada en atender comercialmente esas prestaciones, precisamente, por no ser ellas rentables conforme a tales condiciones de universalidad. Hay aquí, debe observarse, una especie de vuelta al viejo principio de subsidiariedad, desde que la intervención de la Administración solo es admitida ante la ausencia de la iniciativa económica privada. De allí que, como bien afirma Rapp, el servicio universal responde a «una suerte de tentativa de reconciliación del servicio público con la economía de mercado».

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

Es cuestionable, nuevamente, la imprecisión empleada por el legislador, pues la Administración queda ampliamente habilitada para imponer cualquier obligación a los operadores de telecomunicaciones, lo que constituye una grave limitación a la libertad económica. En todo caso, únicamente podrán imponerse las obligaciones estrictamente necesarias para asegurar los objetivos de interés general tutelados por la Ley, y en especial, la adecuada satisfacción de las necesidades de los usuarios y la preservación de condiciones de competencia efectiva.

III. LA ETAPA DE LA NACIONALIZACIÓN

1. Preliminar. El cambio del modelo económico venezolano desde el 2002. El modelo económico socialista de transición

La apertura de las telecomunicaciones, en el 2000, se insertó dentro de un conjunto de políticas orientadas a reformar el marco regulador de sectores tradicionalmente sometidos a una intensa regulación, como es el caso del sector eléctrico y de los hidrocarburos. Entre 1999 y el 2002 el Estado venezolano adoptó medidas orientadas a la defensa y protección de la libertad económica, incluso, en el ámbito de las inversiones extranjeras, que convivieron con técnicas tradicionales de intervención de la Administración en la economía.

A partir de 2002 ese modelo será cambiado, notablemente, a fin de impulsar el desarrollo de otro modelo basado en la ordenación y limitación de la libertad económica adoptada a fin de asegurar la atención de la **procura existencia**, según la tesis tradicional de Forsthoff, que la Sala Constitucional asumió con ocasión de interpretar el alcance de la cláusula del Estado social de Derecho (sentencia de 24 de enero de 2002, caso *Asodevipilara*). Modelo que, en el 2005, fue expresamente calificado de socialista y que motivó incluso a proponer la reforma de la Constitución de 1999, a través de un proyecto que asumió explícitamente el modelo socialista como el único admisible, proyecto rechazado, en todo caso, en el referendo convocado para tal fin el 2 de diciembre.

Ese modelo económico se ha caracterizado por cuatro grandes pivotes, a saber: (i) la preferencia de la iniciativa pública sobre la privada; (ii) la preferencia de la empresa colectiva sobre la empresa de propiedad exclusiva de los medios de producción; (iii) la subordinación de toda actividad económica al interés social y (iv) el fortalecimiento de la iniciativa comunitaria.

Desde el ordenamiento positivo venezolano actual, el modelo socialista en transición puede concebirse como aquél basado en la preponderancia de la iniciativa pública y la iniciativa colectiva, y por ello, en la propiedad pública y colectiva sobre los medios de producción social, a través de la creación de un sistema de estímulos que, apalancado en técnicas de

limitación (régimen cambiario, por ejemplo) o técnicas de fomento (medidas de promoción en las compras del Estado, entre otros) propende al desarrollo de formas de producción de bienes y servicios basados en la propiedad pública y colectiva sobre los medios de producción, con participación de la iniciativa comunitaria, y discriminando a la empresa privada como institución jurídica, cuya actuación quedará siempre subordinada al interés general especialmente en áreas de interés social afines a la procura existencial, en la cual la autonomía privada queda sujeta, incluso, a limitaciones implícitas. El carácter **transitorio** de este modelo, según se infiere del ordenamiento jurídico en vigor, vendría determinado por la progresiva adecuación del modelo económico tradicional al «nuevo» modelo basado en la preponderancia de la empresa pública y la empresa colectiva, así como en la subordinación de la empresa privada al interés social, definido por el propio Estado, principalmente, mediante la técnica de la planificación.

La fallida reforma constitucional asumió estos principios pero los llevó a un extremo considerable, al punto que, como dijimos, la empresa privada como institución quedó desdibujada. La principal diferencia que introdujo el proyecto era, pues, cuantitativa: los principios del modelo imperante fueron asumidos, pero extendiendo considerablemente sus efectos, al punto que la libertad económica no fue reconocida y se condicionó la garantía de la propiedad privada sobre los medios de producción.

2. La atípica política de nacionalización asumida en el marco del nuevo modelo económico. En particular, la nacionalización de CANTV mediante instrumentos de mercado y las causas que justificaron tal medida

Uno de los principios del modelo económico desarrollado desde el 2002 ha sido la atípica política de nacionalización asumida por el Gobierno, que se ha manifestado incluso en el sector de las telecomunicaciones, con la nacionalización de CANTV, empresa que, recordemos, había sido privatizada en la década de los noventa del pasado siglo.

Conviene acotar que desde una perspectiva técnica, la nacionalización admite dos conceptos: uno propio y el otro impropio.

- (i) En sentido **propio**, la nacionalización es la asunción coactiva de empresas privadas por el Estado con la intención de sustituir la autonomía privada empresarial por la iniciativa pública o colectiva. De allí que no parece válido simplificar el término nacionalización a partir de la sola sumatoria de dos operaciones: reserva y expropiación. La nacionalización entraña siempre un elemento volitivo por parte del Estado, una opción por la preferencia de la gestión pública sobre la gestión privada.

«La ley no ha desarrollado el concepto de «expedito» lo cual ha generado que los expedientes en primera instancia demoren excesivamente, poniendo en riesgo la efectividad del mecanismo de solución de controversias»

- (ii) En un sentido impropio, la nacionalización engloba a todas las operaciones que, con idéntica finalidad y motivaciones, prescinde del carácter **coactivo**. Pero de nuevo se advierte que no toda adquisición voluntaria de empresas privadas por el Estado entraña una decisión de nacionalizar: esa adquisición puede deberse, por ejemplo, a situaciones extraordinarias, como sucedió entre nosotros con la crisis financiera de 1994, a propósito de la cual el Estado adquirió –voluntariamente– instituciones financieras, que luego fueron traspasadas al sector privado.

De allí surge como elemento consustancial de la nacionalización la **permanencia**: la empresa afectada por esta política pasará, con carácter permanente –que no transitorio– a una gestión pública o colectiva, de forma tal que a través de esa política se alcanza la sustitución de la empresa privada gestionada autónomamente por el empresario a la empresa de gestión pública o colectiva.

Ahora bien, en enero de 2007 el Presidente de la República anunció la ejecución de una política de nacionalización, en especial, respecto de las empresas que habían sido privatizadas en la década de los noventa, como CANTV. Inicialmente se pensó que esa nacionalización se implementaría a través de **Leyes**, es decir, a través de una medida coactiva. De hecho, a finales de ese mes la Asamblea Nacional autorizó al Presidente de la República a dictar Decretos con rango de Ley (Decretos-Leyes), a través de la **Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con rango, valor y fuerza de Ley, en las materias que se designan**. Sin embargo, esa Ley solo aludió a la posibilidad de dictar medidas de nacionalización en el sector eléctrico, al disponer que el Estado podrá:

«... asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las empresas privadas en el sector eléctrico, por razones

estratégicas, de seguridad, utilidad o bienestar social».

En la práctica, sin embargo, no se ha dictado hasta ahora ninguna Ley de nacionalización. En realidad, la política de nacionalización anunciada en enero de 2007, en el contexto del desarrollo del modelo socialista, se implementó a través de un instrumento propio del mercado: la adquisición de acciones, incluso, a través del mercado de capitales. Así, el 13 de febrero de 2007 la prensa venezolana anunció que el Gobierno y la empresa norteamericana Verizon, accionista mayoritario de CANTV, habían firmado un memorando de acuerdo que propiciará la venta de 28,51% de las acciones de CANTV. Para la adquisición del resto de las acciones, el Estado anunció e implementó una **oferta pública de acciones** (OPA).

La adquisición del control decisivo sobre CANTV, ciertamente, no fue consecuencia de procedimientos de Derecho Público sino por el contrario, fue el resultado de procedimientos de Derecho Privado. Pero ello en modo alguno afecta la esencia de la nacionalización, en el entendido que no solo las técnicas de la actividad administrativa, sino también, el régimen jurídico al cual acude la Administración, es intercambiable. En definitiva, el resultado último ha sido la transformación de empresas privadas a empresas públicas, aun cuando, se advierte, la adquisición del control decisivo de CANTV no se ha acompañado de la reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, bajo la cual las telecomunicaciones continúan siendo actividades entregadas a la libertad económica.

Esta decisión no fue especialmente motivada por el Ejecutivo Nacional, más allá de la alusión general en cuanto a la necesidad de que el Estado asumiese el control de empresas estratégicas. De esa manera, el para entonces Ministro de Telecomunicaciones e Informática señaló que la nacionalización se justificaba pues «la posición de dominio de CANTV dentro del sector ha limitado con prácticas restrictivas la entrada de nuevos operadores». De igual manera, justificó la medida pues la empresa «ha dejado de acceder a zonas del país en donde no le es rentable expandir sus mercados».

Ambos argumentos son poco plausibles. Habría que recordar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, siguiendo el modelo regulatorio español, asumió la figura del **estatuto del operador dominante**, que fue aplicado a CANTV, lo que en la práctica implicaba someter a esa empresa a intensas restricciones, incluyendo el control de precio. Bajo ese esquema, y con la **regulación asimétrica** que fue adoptada, difícilmente hubiera podido CANTV abusar de su posición de dominio, abuso que por lo demás no fue constatado como práctica general por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. De otro lado, en cuanto a la supuesta negativa a extender geográficamente sus

servicios, basta con señalar que de acuerdo al régimen de servicio universal, la Administración hubiese podido obligar a CANTV a prestar servicios a áreas rurales, sin embargo, ese régimen del servicio universal no fue efectivamente implementado por la Administración.

En el fondo, las razones para la nacionalización de CANTV fueron políticas, basadas en la desconfianza hacia el sector privado, especialmente, si se trata de la gestión de actividades de interés general. Nacionalización imbricada además en el desarrollo del modelo económico socialista, con lo cual, la gestión de CANTV como empresa pública se ha imbuido también en los principios de ese modelo. El diario **El Universal**, en su edición del 17 de febrero de 2008, resume de la siguiente manera la situación actual de CANTV, a un año de su nacionalización:

«A poco más de medio año de haber sido estatizada, Cantv se encuentra plenamente sumergida en su nuevo sentido social.

El cambio del modelo del negocio que anunció en enero de 2007 el entonces ministro de Telecomunicaciones, Jesse CHACÓN, cuando se hicieron públicas las intenciones del Gobierno de comprar la mayoría accionaria de la corporación, se ha visto cristalizado con creces en una empresa que cambió la aplicación del esquema clásico de Responsabilidad Social Corporativa, por el de Socialismo de Estado.

Con esas premisas fue creada dentro de la estructura organizativa de la empresa una Gerencia de Transición al Socialismo, que a su vez incluye subgerencias relacionadas, como la de Impulso a la Economía Social, entre otras»

Tras la nacionalización de CANTV subyace una política de mayor alcance: la clara preferencia por la iniciativa pública económica y la desconfianza hacia la libertad económica, cuyo ejercicio en todo caso tiende a condicionarse socialmente. Los principios asentados por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, hace apenas ocho años, resultan hoy día completamente desfasados.

3. De nuevo sobre el servicio público y las telecomunicaciones. Una diatriba inconclusa. El ejemplo del caso de RCTV

Y en este contexto, no es de extrañar que el concepto de servicio público, sobre las telecomunicaciones, haya vuelto a aparecer. Conforme a lo señalado anteriormente, la jurisprudencia ha entendido que la calificación de las telecomunicaciones como servicios públicos no podría confundirse con su reserva al Estado, que como tal, ha de ser expresa. Bajo la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por ende, no

serían servicios públicos, en tanto esa Ley no ha acordado su reserva; todo lo contrario, reconoce expresamente el derecho de libertad económica. Sin embargo, dentro del nuevo modelo económico en ejecución, puede acusarse un uso expansivo del servicio público, en referencia a las actividades prestacionales orientadas a la satisfacción de la procura existencial. En la práctica, la inclusión de actividades económicas dentro de la categoría de servicio público suele aparejar su subordinación al interés social, y por ende, su práctica funcionalización social, lo que deriva en el ejercicio expansivo de potestades de ordenación y limitación, no siempre con la cobertura legal que cabría esperar.

La vuelta del servicio público al sector de las telecomunicaciones, en Venezuela, se ha llevado a cabo con ocasión de un caso por demás polémico: la decisión de la Administración de no renovar la concesión del espectro radioeléctrico a una de las principales empresas privadas de televisión, Radio Caracas Televisión, C.A. (RCTV). En efecto, la Administración estimó que la concesión de RCTV para utilizar el dominio público radioeléctrico (otorgada con anterioridad a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones) vencía el 27 de mayo de 2007, decidiendo que no sería renovada. Frente a los actos administrativos que adoptaron esa decisión, RCTV ejerció recurso contencioso administrativo de nulidad ante la Sala Político-Administrativo, que en sentencia N° 763 de 23 de mayo de 2007, admitió el recurso, negando sin embargo, la medida cautelar solicitada. A tales efectos, la Sala Político-Administrativa consideró que, en el presente caso, se estaba ante una concesión de **servicio público**:

«La concesión es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los servicios públicos, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado.

En este sentido, resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado, por cuanto una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión».

En realidad, sin embargo, mal podía plantearse la existencia de una concesión de servicio público, pues bajo la Ley Orgánica de Telecomunicaciones los operadores de telecomunicaciones (incluyendo a RCTV) podían llevar a cabo esa actividad en ejercicio del derecho de libertad de empresa. La concesión del dominio público de RCTV, en realidad, había sido otorgada **antes** de la Ley Orgánica de Telecomuni-

caciones, y los títulos habilitantes de esa empresa, anteriores a la vigente Ley, no había sido transformados por inactividad de la Administración. Concesión que, en todo caso, se justificaba ante la imprecisa declaratoria de dominio público que la Ley hace del espectro radioeléctrico, pero que en modo alguno permite equiparla al concepto de concesión de servicio público. Como expuso Allan R. BREWER-CARÍAS al comentar el fallo:

«Es cierto que históricamente, las actividades de telecomunicaciones habían sido consideradas en muchos países y en épocas distintas como actividades de servicio público, las cuales incluso durante muchas décadas fueron reguladas como actividades reservadas al Estado, y que los particulares en algunos casos podían prestar mediante el régimen de concesión de servicio público otorgada por el Estado.

Todo ello, sin embargo, cambió en el mundo contemporáneo, donde ahora prevalece el criterio de que el hecho de que una actividad sea declarada como servicio público no siempre implica una reserva de la misma a favor del Estado, existiendo por tanto, por una parte, servicios públicos reservados al Estado y servicios públicos no reservados al mismo, pudiendo ser los primeros prestados por los particulares en régimen de concesión, y los últimos prestados en régimen de concurrencia y en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizarlas.

Por otra parte, la reserva al Estado de las actividades de telecomunicaciones, por su complejidad y desarrollo creciente, también fue eliminada, y las mismas ahora se consideran como actividades respecto de las cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizar, sometidos a restricciones y limitaciones propias de su consideración como actividades de interés general. Este es el régimen que se establece precisamente en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a la cual las actividades de telecomunicaciones no son actividades que estén reservadas al Estado, por lo que incluso si se las llegara a calificar como **«servicios públicos»**, serían de los servicios públicos concurrentes en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica para realizarlas».

No es baladí la expresión empleada por la Sala Político-Administrativa. De hecho, en el Proyecto de Ley Orgánica de los Servicios Públicos que estudia en la actualidad la Asamblea Nacional, se pretende calificar expresamente a las telecomunicaciones como servicios públicos. Salvando nuestra crítica a la impresión conceptual de ese término, en realidad, la calificación como tal luce irrelevante, pues lo significativo es acotar cuál es el régimen jurídico al cual se someten las telecomunicaciones, lo que en definitiva, vendrá determinado por la Ley aplicable. Sin embargo, esta tendencia de acuñar el rótulo de **ser-**

vicio público a las telecomunicaciones, insistimos, no parece casual: antes por el contrario, él devela la intención de funcionalizar socialmente a estas actividades, o sea, someterlas a un control interno y directivo, incluso, que encauce su ejercicio hacia los fines de interés social definidos por el Estado.

4. El nuevo esquema de intervención en las telecomunicaciones: la preferencia por la empresa pública

En la actualidad, junto al modelo de regulación diseñado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, convive otro modelo paralelo, caracterizado por la preferencia de la intervención pública directa en las telecomunicaciones. Ya en el año 2004 el Estado creó a una empresa de telecomunicaciones, con el propósito de aprovechar, con fines de telecomunicaciones, el tendido eléctrico nacional: la CVG Telecomunicaciones, S.A. (actualmente Telecom Venezuela). CANTV ha pasado a ser una empresa pública, y la señal de televisión abierta operada por RCTV está siendo gestionada por el Estado.

Gestión pública que concurre con la gestión privada: no solo en la telefonía básica (en la que se aprecia la tímida presencia de competidores de CANTV), sino en general, en el resto de servicios de telecomunicaciones. De allí la relevancia de destacar un aspecto obvio, pero de relevante interés en Venezuela: el hecho de que se trate de empresas públicas no empiece a negar la aplicación del régimen de las telecomunicaciones y muy en especial del Derecho de la Competencia. La tendencia en Venezuela es otra, sin embargo: someter a la iniciativa pública directa a un régimen más preferente que el aplica a la empresa privada, lo que pasaría incluso por defender la no sujeción de la empresa pública a las normas sobre competencia, como se propuso en el Proyecto de Ley Antimonopolio, debatido por la Asamblea Nacional durante el año 2006. Bajo la Constitución de 1999 tal pretensión es inadmisibles: la vigencia del principio de coactividad justifica no solo la concurrencia del sector público y el privado sino que además, fuerza a la sujeción de ambas iniciativas al mismo régimen jurídico.

Gestión pública de las telecomunicaciones, dentro de un marco regulatorio diseñado para la gestión de las telecomunicaciones por la libre iniciativa privada. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones no prohíbe, ciertamente, la gestión pública de esas actividades, que es –teóricamente– una opción válida dentro de la Constitución de 1999. Sin embargo, no puede negarse que la filosofía de la Ley se enmarcaba dentro de la liberalización integral del sector y por ende, como continuación de la privatización de CANTV. En ese contexto, la gestión pública era coherente en la prestación de servicios esenciales no atendidos por la libre iniciativa privada –una suerte de vuelta a la subsidiariedad– pero no para prestar servicios que habían sido confiados ya a la iniciativa

privada (CANTV) promoviendo además el acceso de nuevos operadores.

La nacionalización de CANTV, y la proliferación de la gestión pública en el sector, deja a un lado la regulación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en especial por la confusión de las funciones de regulación y gestión, dada la actual coincidencia de titular del Ministerio del ramo de telecomunicaciones y la presidencia de la CANTV, desde enero de 2008. En la práctica, junto al modelo de regulación que el propio Gobierno diseñó en 2000 con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, existe otro régimen paralelo, muy similar al imperante en Venezuela bajo la Ley de Telecomunicaciones de 1940.

IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN: LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA DIALÉCTICA ENTRE LA LIBERTAD ECONOMICA Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

La regulación de las telecomunicaciones, en Venezuela, ha sufrido en menos de diez años cambios cuando menos inusitados: de la reserva a la liberalización, para pasar luego a la nacionalización. Además, el tránsito de la liberalización a la nacionalización se ha realizado dentro de un mismo Gobierno. ¿Cómo entender esta paradoja? Trataremos de explicar esta peculiar situación a partir de las siguientes reflexiones finales:

Por un lado, el cambio a la nacionalización parece responder al fracaso del modelo de regulación adoptado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La regulación, como todo el Derecho administrativo, debe responder a los fundamentos socioeconómicos de cada Estado en cual es desarrollado. No sucedió así con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en cuya elaboración poco o nada se tuvo en cuenta las particularidades del mercado de las telecomunicaciones en Venezuela. Por el contrario, la Ley resultó ser calco del modelo regulatorio adoptado en España. No pretendemos cuestionar las bondades de esa regulación. Ella, sin embargo, fue diseñada a partir de las especificidades propias del mercado español a partir de su inserción en el mercado europeo. Las soluciones adoptadas en ese entorno, como fácil puede suponerse, no necesariamente son válidas para el caso venezolano.

Además, la Ley pretendió modificar, instantáneamente, la **cultura regulatoria** en un sector de la economía sometido a la intervención pública directiva, propia de los sectores reservados. Pretender que de un modelo de reserva y gestión en exclusiva (en el caso de CANTV) se pasaría a un modelo de libertad y competencia regulada, sin transición, era cuando menos ilusorio. Fue por ello que el monumental cambio que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones pretendió dar, ese **giro copernicano**, no fue aprehendido a cabalidad por la Administración, quien siguió considerando su posición como ente regulador de un sector reservado.

Además, es preciso denunciar la deficiente aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones por la Administración, muy en especial, en lo que atañe al servicio universal. La técnica del servicio universal, en un mercado liberalizado, es la herramienta que matiza, en cierta forma, el alcance de la competencia, asegurando la prestación de actividades esenciales a todos los usuarios, a un precio razonable y con independencia de su ubicación geográfica. A pesar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones diseñó un completo régimen del servicio universal, se precisaba su desarrollo reglamentario, que tardó en implementarse cuatro años, generándose así un desfase analizado por Gigliana Rivero. La inactividad de la Administración en implementar el régimen del servicio universal frustró, estructuralmente, el desarrollo de la regulación de las telecomunicaciones en Venezuela.

La nueva nacionalización de CANTV, deshaciendo el camino andado por la privatización de esa empresa, se explica también por la tradicional diatriba entre la libertad económica y la intervención del Estado en la economía. El Estado venezolano, desde la década de los treinta del pasado siglo, ha sido un Estado de amplia intervención en la economía, por una causa fundamental: el petróleo. Ello ha derivado en la permanente limitación y ordenación de la libertad de empresa, cuya concepción como derecho fundamental suele ser bastante tímida, en especial, en sectores anejos al interés general, como las telecomunicaciones.

Tal prurito histórico hacia la libertad económica se ha exacerbado en tiempos recientes, postulando la práctica funcionalización social de esa libertad: su ejercicio sólo se tolerará en la medida que redunde en el bienestar social, lo que vacía de contenido a esa libertad, al desdibujar la autonomía que ha de informar su ejercicio. Aquí entronca la noción objetiva de servicio público que ha ido ampliándose en Venezuela. Ya la discusión no parece centrarse en la reserva derivada de la calificación de una actividad como servicio público, sino en el alcance de las potestades que puede ejercer la Administración en tales actividades, potestades expansivas ejercidas al margen de lo establecido en Ley y en detrimento de su contenido esencial.

Esta tensión no tardó en aflorar en el sector de las telecomunicaciones. La privatización funcional del régimen y la privatización de CANTV, redujeron los títulos de inmisión de la Administración, lo que forzó a retomar la tesis del servicio público a anclar las potestades de ordenación sobre esas actividades en la equívoca declaratoria del espectro radioeléctrico como dominio público, como ha sucedido particularmente en el ámbito de la disciplina de la radio y televisión. Posteriormente, el Estado asume el control decisivo sobre CANTV, ante la clara preferencia de la que goza, en el modelo actual, la iniciativa pública económica. En este contexto, una inminente re-

forma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para retomar el modelo de la reserva, no sería descabellada.

Los cambios recientes en el sector de las telecomunicaciones en Venezuela parecen entrañar una crítica (no explícita) al modelo de liberalización que el propio Gobierno adoptó en el 2000. Modelo que, como pone de realce el estudio coordinado por Juan Miguel de la Cuétara intitulado «Las políticas de telecomunicaciones en Iberoamérica. Balance, oportunidades y ajustes pendientes», ha tenido comprobados beneficios:

«Nuestro balance, presentado a continuación, coincide con la valoración positiva de la liberalización, proclamada con unanimidad en los trabajos analizados. Esto queda muy claro al examinar la oleada de innovación que se ha extendido por todo el subcontinente latinoamericano como resultado de la apertura de los mercados y de la introducción de competencia. Tanto si se atiende a la innovación -objetivo central de la liberalización- como a la inversión o a la productividad, el resultado es el mismo. El balance es positivo. Es más, aunque en régimen de monopolio sea posible inyectar productividad en un sistema nacional de telecomunicaciones, hemos encontrado problemas estructurales que en los países grandes anulan su eficacia (insuficiente financiación pública, insuficiente velocidad de implantación, carencia de elección del usuario), lo que refuerza, si cabe, el valor de la introducción de nuevos operadores y competencia en el sector.

La liberalización viene acompañada de una regulación para la transición a la competencia cuyos perfiles básicos son conocidos (libertad de entrada, oferta de red abierta, obligaciones de servicio público, derechos de paso, regulador independiente etc.). Esta regulación es netamente diferente de la de los servicios públicos tradicionales (piénsese en el abastecimiento de agua o de energía) y se aplica a unas telecomunicaciones cuyo régimen como actividades comerciales está plenamente consolidado y cuyo interés público lleva a los Gobiernos a amparar y estimular su desarrollo. En este sentido, es claro que las telecomunicaciones constituyen una realidad distinta al sector energético, el agua o las infraestructuras viarias, constituyendo el camino hacia la Sociedad de la Información, que pasa por unas telecomunicaciones innovadoras, comerciales y competitivas».

¿No ha sido positivo el balance de la liberalización de las telecomunicaciones iniciada en Venezuela en el 2000? En el análisis del caso venezolano que tuvimos ocasión de desarrollar en ese estudio, denun-

ciábamos que, sin negar las bondades de ese modelo, se apreciaban algunas asimetrías:

«Con todo, el desarrollo no ha sido simétrico. En especial, se aprecia que en el año 2000, aproximadamente el 10% de los venezolanos tenía acceso a la red fija: en 2006, esa cifra se ha incrementado a apenas el 13%, aproximadamente. En contraposición, el acceso a Internet ha sido notable: frente a aproximadamente 300.000 suscriptores en 2001, encontramos la cifra de casi 600.000 suscriptores para el 2006. Y dentro de ello, hay que destacar que el acceso dedicado (ADSL) era de 30.000 suscriptores para el 2000, aproximadamente, frente a los casi 400.000 en 2006.

En su conjunto, el balance es positivo. Sin embargo, la regulación en Venezuela no se ha modificado desde el año 2000, y ella parte, como se señala a lo largo del presente cuestionario, del intenso control del acceso al mercado, pues la Administración ha definido reglamentariamente cuáles son los servicios de telecomunicaciones que pueden prestarse, exigiendo la necesidad de implementar regulaciones especiales para servicios no previstos. Es plausible sostener que si el sector continúa en crecimiento, especialmente en las nuevas tecnologías, sea necesario revisar tal regulación»

La responsabilidad de la intervención pública en este balance es, para nosotros, evidente, pues hubo un rezago regulatorio importante, especialmente en dos áreas: la transformación de títulos, pero sobre todo, insistimos, el retardo de la Administración en desarrollar el régimen de servicio universal, que fue implementado cuatro años después de la apertura del sector, lo que afectó la universalización de la prestación del servicio de telefonía básica. Sin el desarrollo del servicio universal, el modelo de regulación estaba condenado al fracaso, sin tomar en cuenta otro dato relevante: la falta de apego de ese modelo a la realidad propia venezolana.

Apenas ocho años después, el mismo Gobierno que promovió la apertura de las telecomunicaciones, avalando con ello la privatización de CANTV, hoy cuestiona esa fórmula, volviendo a las técnicas de intervención del pasado siglo, ancladas en la gestión y dirección pública, todo ello en el contexto del nuevo modelo económico, calificado de socialista. Hay una clara exaltación de lo público en este contexto, como lo había de lo privado –debe reconocerse– en el modelo desarrollado en el 2000. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ha analizado cómo es necesario «una cierta dosis de relativismo» frente a la orquestación de soluciones que se pretenden proponer como auténtica panacea: exaltación de la empresa pública y la planificación, para exaltar años después la liberalización y privatización.

Cualquier exaltación «indiscriminada de la fórmula que se quiera hacer, y que además, proféticamente, trate de enunciarse con validez permanente, en siempre arriesgada».

El caso venezolano, con modestia, puede decirse que es único: de la gestión pública en exclusiva a la privatización; de la privatización a la liberalización y de la liberalización a la nacionalización, todo, en el periodo 1991-2008. El mismo Gobierno que en el 2000 promovió la apertura hoy cuestiona ese modelo y apuesta por la gestión pública. No pretendemos cuestionar aquí el nuevo modelo que se desarrolla en la actualidad, cuyo análisis crítico deberá hacerse en función de los resultados obtenidos sobre el bienestar general de los usuarios. Pero sí debemos denunciar que esta exaltación (que resume la diatriba entre la libertad económica y la intervención del Estado venezolano en la economía) no necesariamente conduce a la objetiva valoración de los problemas presentes en el sector y el diagnóstico de la solución. En definitiva, la fórmula que hoy se nos propone no es nueva en Venezuela: gestión y dirección pública de las telecomunicaciones fue la solución vigente durante buena parte del siglo pasado, y sus resultados –positivos y negativos– son por todos conocidos. Si ese modelo fracasó, ¿habría de tener éxito esta nueva vuelta a lo público? Será ése, sin duda, el principal reto del nuevo modelo de las telecomunicaciones en Venezuela, si es que se mantiene en el tiempo, pues vimos ya cómo el modelo de la apertura fue frenado a escasos ocho años de su desarrollo. CA

NOTAS

1. Sobre el régimen de las telecomunicaciones bajo la Ley de 1940, véase a José ARAUJO JUÁREZ, **Derecho de las Telecomunicaciones**, FUNEDA, Caracas, 1998, p. 77. Con el cambio operador en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, y la liberalización de la actividad, la concesión de servicio público perdió objeto. Como expone José Luis VILLAR EZCURRA (**Derecho Administrativo especial**, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 321) «al desaparecer la publicatio de actividades deja de tener sentido la concesión como título habilitante y, en su lugar (...) [se] acude a la técnica autorizatoria». Así también se pronuncia José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (**La regulación económica en España**, en **El nuevo servicio público**, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 237-238) al disponer que «uno de los rasgos característicos del régimen con el que suele sustituirse a la *publicatio*, constituyendo incluso por sí mismo un elemento significativo de la *despublicatio* o de la ausencia de *publicatio*, es la sumisión al ejercicio de la actividad de que se trate, in totum, o en algunos de sus aspectos, a previa autorización administrativa (...). La autorización, si se emplean con el debido rigor los términos, es un acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos, en el sentido de que el derecho a ejercer o llevar a cabo la actividad que constituya su objeto no nace de ella, no es constituido ni generado por ella, sino que es propio del sujeto con anterioridad». Además, véase a LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, **Televisión y Competencia**, La Ley, Madrid, 2000, pp. 29 y ss., así como a ARIÑO SÁNCHEZ, Rafael, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y ZAGO

- PAVESI, Tiziana, **Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura**, Comares, Granada, 2000, pp. 247 y ss.
- En general, sobre el régimen autorizatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, puede verse a Rivero Ramírez, Gigliana y Araque Toledo, Luis Alfredo, «Los atributos de las habilitaciones administrativas de telecomunicaciones» **Nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pp. 155 y ss., así como MACHTA CHENDI, Zulía, en la obra colectiva **Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones**, Paredes-Casetel, Caracas, 2005, pp. 441 y ss.
2. Respecto de las características generales de las telecomunicaciones luego de su liberalización, vid. CARRASCO, Ángel, y CORDERO, Encarna, «**El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones**», en **Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones**, cit. pp. 271-354. Véase además el tratamiento que, sobre este tema, desarrollan en general ARIÑO ORTIZ, Gaspar y DE LA CUÉTARA, Juan Miguel en «**Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos**», **Cuadernos de Derecho Público número 9**, INAP, Madrid, 2000, pp. 9-26.
 3. Para lo expuesto en cuanto a las bases de la regulación sentada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y con carácter general, vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «**Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico**», en **El nuevo servicio público**, cit., pp. 25-48; DE LA CRUZ FERRER, Juan, «**Regulación, Desregulación y neo-regulación**», en Don Luis Jordana de Pozas. **Creador de Ciencia Administrativa**, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 347-385, así como **Principios de regulación económica en la Unión Europea**, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss. Del autor, más recientemente, vid. «**Fundamentos jurídicos de la regulación económica: el modelo de la unión europea**», en VII **Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica**, Tomo II, Caracas, 2005, pp. 95 y ss. Desde una perspectiva más general, del autor, véase también «La intervención de la Administración pública en la libertad económica: funciones y regulación de los derechos de propiedad», en **Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Luis H. Farías Mata**, Tomo I, Publicaciones UCAB, Caracas, 2006, pp. 125 y ss.; Véase también a DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás, **Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea**, cit., pp. 67-70; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», en **Revista de Administración Pública número 150**, Madrid, 1999, pp. 247-274 y MUÑOZ MACHADO, Santiago, **Servicio Público y mercado**, Tomo I, **Los Fundamentos**, cit. pp. 225-324. Para un tratamiento más exhaustivo de los fundamentos de la regulación de las telecomunicaciones en Venezuela, nos remitimos a nuestro trabajo **Derecho administrativo y regulación económica**, Editorial Jurídica Venezolana, 2006. De manera especial, véase el exhaustivo trabajo de Diego Zegarra Valdivia, **Servicio público y regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú**, Palestra, Perú, 2005.
 4. Para el debate en torno a la naturaleza jurídicas de las telecomunicaciones, hemos aludido a la siguiente doctrina: BLANCO-URIBE, Mariela, «**Derecho a realizar actividades de telecomunicaciones: habilitaciones y concesiones**», en **Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones**, Andersen Legal, Caracas, 2000, pp. 80 y ss.; GARCÍA MORENO, Yosmary, «Consideraciones acerca del régimen general de las habilitaciones», **Nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela**, cit., pp. 9 y ss.; FUENMAYOR ESPINA, A., **Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Instituciones fundamentales**, Caracas, 2001, pp. 69 y ss.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, «**La regulación económica**», **Estudios de Derecho Público. Tomo II**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, así como su colaboración a la obra colectiva **Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones**, cit., pp. 261 y ss.; LEZA BETZ, Daniel, **Migración de concesionarios de espectro radioeléctrico y responsabilidad de la Administración Pública**, FUNEDA, 2001, pp. 39 y ss.; PEÑA SOLÍS, José, **Manual de Derecho Administrativo. Volumen Tercero**, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 428 y ss y URDANETA SANDOVAL, Carlos, **Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho administrativo formal venezolano**, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 45 y ss.
 5. Las telecomunicaciones son consideradas como un sector económico infraestructural, término definido por DE LA CUÉTARA («**Sobre las infraestructuras de red y competencia entre redes**», en **Nuevo Derecho de las Infraestructuras**, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 19-25) como las «actividades que requieren un soporte subyacente, sólido, territorial, físico, que constituya a su vez la 'infraestructura material' de las empresas que en ellos actúan». Aclaramos que, en este estudio, nos referimos a un concepto estricto de infraestructuras, a saber, las llamadas vías de telecomunicación, que son redes materiales o físicas. Ahora bien, ha señalado Juan DE LA CRUZ FERRER («Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras», en **REDETI número 7**, Madrid, 1999, pp. 11-55) que la regulación tradicional de las infraestructuras de red se basaba en la teoría del monopolio natural y en los fallos del mercado, lo que justificaba la intervención de los Poderes Públicos. Sin embargo, en la actualidad ha surgido una nueva regulación –inspirada en la liberalización de las telecomunicaciones, energía y transportes desarrollada en el Reino Unido y en Estados Unidos– que se fundamenta, principalmente, en la separación de la gestión de la infraestructura y la introducción de la libre competencia mediante el fomento de la iniciativa empresarial privada. Surge entonces el llamado estatuto de red, cuyas notas, ya definidas, han sido esbozadas por ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «Significado actual de la noción del servicio público», cit., p. 31., así como, más recientemente, «La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia», **Servicios públicos, Regulación y Renegociación**, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, cit., pp. 9 y ss.
 6. Como reseñara la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/1997, caso Oscar Bronner, la tesis de las essential facilities parte de la existencia de operadores que comercian «productos o servicios que, en función de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades constantes y poco intercambiables con otros productos o servicios». A fin de evitar distorsiones a la competencia se consagra el principio de acceso de terceros a las redes evitándose con ello que el titular de las «essential facilities» impida, injustificadamente, el ejercicio de la libertad de empresa por los demás operadores. Vid. DOHERTY, Barry, «**Just what are essential facilities?**», en **Common Market Review volumen 38 número 2**, Leiden, 2001, pp. 397-402 y 422-436. Es sin duda extensa la bibliografía que ha analizado los

- orígenes y fundamentos del consabido principio ORA. Su núcleo básico puede resumirse en la necesidad de asegurar «el acceso abierto y eficaz a las redes públicas de telecomunicaciones» (artículo 2.10 de la Directiva 90/387/CE, de 28 de junio, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 192, de 24 de junio de 1990, relativa al establecimiento de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, principios desarrollados por el artículo 3 de tal Directiva). Por todos, vid. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones», en **Revista Aragonesa de Administración Pública número 14**, 1999, pp. 41-51 y 32-34.
- Además de la doctrina que se citará más adelante, sobre la nueva regulación de las redes de telecomunicaciones en Venezuela, véase a SÁNCHEZ, Alejandra, «La interconexión en Venezuela», en **Nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela, I y II Congreso de Derecho de las Telecomunicaciones**, cit., pp. 243 y ss., entre otros.
- 7.- En general sobre la interconexión, puede verse a RODRÍGUEZ ILLERA, Reinaldo, «La regulación de la interconexión en los mercados de Telecomunicaciones liberalizados», en **La liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global**, coordinada por CREMADES, JAVIER y Mayor Menéndez, Pablo, La Ley, Madrid, 1999, p. 236. Véase también a RODRÍGUEZ ILLERA, Reinaldo, y Vicente LÓPEZ-IBOR MAYOR, «Comentario», en **Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones**, coordinada por DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Civitas, Madrid, 1999, pp. 150-161. El derecho de acceso, en otros ordenamientos, se refiere propiamente a las redes públicas de telecomunicaciones. Cfr.: SOUVIRÓN MORENILLA, José María, **El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones**, Comares, Granada, 1999, pp. 227 y ss. A favor de la interpretación amplia del concepto de vías generales, vid. FUENMAYOR, Alejandro, **Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela. Instituciones fundamentales**, cit., pp. 267 y ss., así como a VARGAS LEAL, Luis, en la obra colectiva **Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones**, pp. 551 y ss., así como GIRAUD TORRES, Armando, **Régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones**, FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 23 y ss.
8. Sobre las obligaciones de servicio público y de servicio universal en el sector de las telecomunicaciones, véase el estudio preliminar que realizan DE LA CUADRA-SALCEDO y GARCÍA DE ENTERRÍA en **Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones**, cit. El servicio universal de telecomunicaciones ha tenido especial desarrollo en el Derecho Comunitario Europeo. Así, dentro de los antecedentes de esta figura encontramos la segunda parte del **Libro Verde de infraestructuras**, de 25 de enero de 1995, en el cual el servicio universal es definido como «el acceso a un servicio mínimo definido, de calidad especificada, por parte de todos los usuarios, a un precio asequible y con respeto de los principios de universalidad, igualdad y continuidad». Nótese como las características del servicio universal coinciden plenamente con las características del servicio público tradicional. El servicio universal, según el **Libro Verde**, pretende generalizar la prestación de actividades de telecomunicación consideradas de interés general por satisfacer necesidades colectivas. De allí que, como el servicio público tradicional, el servicio universal es un concepto dinámico y flexible, que cambia con el tiempo. Como señala Santiago MUÑOZ MACHADO «entre la competencia absoluta y las exigencias tradicionales del servicio público, se sitúa la noción de servicio universal. Sin rebajar un ápice las exigencias de la libre competencia, la idea de servicio universal trata de imponer a los operadores de telecomunicaciones la obligación de ofrecer a toda la población servicios de una determinada calidad, en unas condiciones uniformes a un precio asequible» (**Servicio Público y Mercado, Tomo II, Las Telecomunicaciones**, cit., p. 114) Véase asimismo el Tomo I de esa obra, pp. 317-324. La conexión entre la teoría del servicio público y la figura que aquí nos ocupa es la universalidad, tal y como ha recordado Juan Miguel DE LA CUÉTARA: «la universalidad no es otra cosa que la extrapolación de la igualdad a la totalidad de la ciudadanía y ésta ha sido siempre y continuará siendo una característica esencial de los servicios públicos» (**Tres postulados para el nuevo servicio público**), en **El nuevo servicio público**, cit., p. 165). Por tanto, las actuaciones prestacionales derivadas del servicio universal «son las herederas del antiguo servicio público. Si éste era una excepción a las reglas del mercado, aquél también lo es; si éste reconocía derechos a los usuarios, aquél también lo hace; y, si éste estaba encaminado a finalidades de clara utilidad social, aquél también lo está» (Ariño Ortiz, Gaspar, et al, **Principios de Derecho Público Económico**, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 670). También ha sido esa la opinión de Carmen Chinchilla, para quien «la fórmula 'servicio universal' alude a una prestación que por su carácter esencial ha de suministrarse (...) a todos los ciudadanos, por encima de las dificultades geográficas, económicas o sociales que pueden existir para ello. La idea de solidaridad social está, pues, en la base de esta nueva categoría jurídica, como lo estaba en el viejo concepto de servicio público en la definición dada por L. DUGUIT, solo que ahora la forma de asegurar la prestación universal del servicio es completamente distinta, pues se trata de servicios prestados en régimen de competencia» (vid. el estudio de la autora en **Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones**, cit., pp. 274-287). Para un estudio de este tema desde el Derecho francés, véase el Rapport publique 1994 del Consejo de Estado, contenido en el volumen 46 del Etudes et Documents du Conseil d'Etat, París, 1995, pp. 14-135, así como los comentarios que, sobre este reporte, hace Fernández, TOMÁS-RAMÓN en «Servicio público y empresa pública: el final de una época», en **Revista Española de Derecho Administrativo número 89**, Madrid, 1996, pp. 37 y ss.
- En general, sobre este aspecto, véase nuestro trabajo HERNÁNDEZ G., José Ignacio, **Régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones**, Caracas, 2005, y más recientemente, Rivero, Gigliana, «Reflexiones sobre las Obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones en Venezuela», en **Derecho Administrativo Iberoamericano, Tomo III**, Ediciones Paredes, Caracas, 2007.
9. Los conceptos de nacionalización manejados se toman de KATZAROV, Konstantine, **Théorie de la Nationalisation**, Editions de la Baconnière, Suiza, 1960, pp. 1 y ss. En cuanto a la concepción de las telecomunicaciones como servicios públicos, en el contexto actual venezolano, vid. Brewer-Carías, Allan, «El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: el caso RCTV», consultado en original.
- 10.- Para un estudio de la evolución de las telecomunicaciones en Venezuela, véase la obra dirigida por Antonio FRANCÉS, **Aló Venezuela, Apertura y Privatización de las Telecomunicaciones**, Ediciones IESA, Caracas, 1993. Recientemente, véase el completo estudio de Gigliana Rivero «Evolución de los servicios de Telefonía en Venezuela», en **Anuario de Derecho Público 2007**, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2008. El estudio preparado por Juan Miguel DE LA CUÉTARA puede verse en la página web de ASIER. La reflexión final de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, siempre lúcida y preclara, se toma de «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», en **Revista de Administración Pública número 150**, Madrid, 1999.