

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

TELECOMUNICACIONES REGULACIÓN Y COMPETENCIA

Prólogo

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo de la

Universidad de La Coruña y

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS

Nº 89

Editorial Jurídica Venezolana

Caracas, 2009

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho de la Regulación Económica, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) e Invitado en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de La Sabana (Colombia). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo y de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica. Miembro de Honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Premio Mención Especial en el I Concurso Iberoamericano “Ángel Ballesteros”, de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas (UIM), 2006. www.hernandezmendible.com

© Víctor Rafael Hernández-Mendible
e-mail: victor@hernandezmendible.com
<http://www.hernandezmendible.com>
ISBN 978-980-365-137-4
Depósito Legal lf 54020093402292

Editorial Jurídica Venezolana
Sabana Grande, Av. Francisco Solano, Edif. Torre Oasis, Local 4, P.B.
Apartado Postal 17.598, Caracas 1015-A, Venezuela
Teléfonos: 762.2553/762.3842 - Fax: 763.5239
e-mail fejv@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje
por: Mirna Pinto de Naranjo, en letra Book Antigua 11,
Interlineado 12, mancha 20x13
La edición consta de 1000 ejemplares

INDICE

PRÓLOGO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. ASPECTOS JURÍDICOS-INSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. El Derecho de las Telecomunicaciones

- 1.1. La necesidad del Derecho de las Telecomunicaciones
- 1.2. Las características del Derecho de las Telecomunicaciones
- 1.3. El lenguaje del Derecho de las Telecomunicaciones
- 1.4. El sistema de fuentes en el sector de las telecomunicaciones
 - 1.4.1. El subsistema de Derecho Internacional Público
 - 1.4.2. El subsistema de Derecho Comunitario Andino
 - 1.4.3. El subsistema de Derecho nacional
 - 1.4.3.1. Constitución
 - 1.4.3.2. Ley Orgánica de Telecomunicaciones
 - 1.4.3.3. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
 - 1.4.3.4. Ley Orgánica de la Administración Pública
 - 1.4.3.5. Ley de Simplificación de Trámites Administrativos
 - 1.4.3.6. Código Orgánico Tributario
 - 1.4.3.7. Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia
 - 1.4.3.8. Ley sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones
 - 1.4.3.9. Ley Orgánica del Servicio Eléctrico
 - 1.4.3.10. Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social
 - 1.4.3.11. Ley de Arbitraje Comercial
 - 1.4.3.12. Ley Orgánica del Trabajo

2. Los derechos constitucionales y el carácter orgánico de la Ley de Telecomunicaciones

- 2.1. Los derechos constitucionales regulados por la Ley de Telecomunicaciones
 - 2.1.1. Los Derechos fundamentales en la Sociedad del Conocimiento
 - 2.1.2. Las garantías de los derechos fundamentales en la Sociedad del Conocimiento
 - 2.1.3. Los Derechos Económicos en el sector de las telecomunicaciones
 - 2.1.4. Los Derechos que contribuyen al desarrollo del sector de las telecomunicaciones
- 2.2. La evolución legislativa de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones
- 2.3. La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

2.4. Las normas sobre la regulación de los contenidos audiovisuales previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

3. Las nociones fundamentales en la regulación de la actividad de las Telecomunicaciones

3.1. Los conceptos que enmarcan la actividad de las telecomunicaciones

3.1.1. El servicio público

3.1.2. La reserva de titularidad

3.1.3. El monopolio

3.1.4. La regulación para la consecución de objetivos de interés general

3.1.5. La desregulación

3.1.6. La despublicatio

3.1.7. La privatización

3.1.8. La liberalización

3.2. Las clases de actividades y los sistemas de prestación de las actividades de las telecomunicaciones

3.3. El concepto de los servicios de telecomunicaciones

3.4. Las clases de servicios de las telecomunicaciones

3.4.1. Servicios finales

3.4.2. Servicios portadores

3.4.3. Servicios de difusión

3.4.4. Servicios de valor agregado o añadido

3.4.5. Servicios convergentes

3.5. El establecimiento y la explotación de las redes de telecomunicaciones

4. La naturaleza jurídica de la actividad de las telecomunicaciones

4.1. Las telecomunicaciones como actividad de servicio público

4.2. La admisión de la existencia de los derechos económicos de los operadores en la actividad de servicio público

4.3. La transformación de la naturaleza de la actividad de las telecomunicaciones

4.3.1. Las telecomunicaciones como actividad económica de interés general

4.3.2. La evolución legislativa de la definición

4.3.3. La construcción de la noción de actividad económica de interés general

4.4. El servicio universal de las telecomunicaciones

4.4.1. El fundamento de la imposición de obligaciones de servicio universal

4.4.2. La evolución legislativa del servicio universal de las telecomunicaciones

4.4.3. La aproximación a la noción de servicio universal de las telecomunicaciones

4.4.4. Los componentes del servicio universal de las telecomunicaciones

4.4.5. Las características del servicio universal de las telecomunicaciones

- 4.4.6. Los principios que rigen la imposición del servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.4.7. Las finalidades del servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.4.8. Los sujetos y principios involucrados en las obligaciones de servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.4.9. El contenido de las prestaciones de servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.4.10. La financiación del servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.4.11. El monto del subsidio al servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.4.12. Las fases para la determinación del servicio universal de telecomunicaciones
- 4.4.13. La ampliación y cesación del servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.4.14. Una consideración final sobre el servicio universal de las telecomunicaciones
- 4.5. Los servicios de telecomunicaciones reservados al Estado
- 4.6. Los servicios públicos de las telecomunicaciones
- 4.7. Las obligaciones impuestas por razones de interés general
 - 4.7.1. El contenido de la obligación
 - 4.7.2. El alcance de la obligación
 - 4.7.3. La competencia para ejecutar la obligación
 - 4.7.4. Los sujetos que deben cumplir la obligación
 - 4.7.5. La regulación de la obligación
 - 4.7.6. La forma de cumplir la obligación
- 4.8. Reflexión final sobre la actividad de las telecomunicaciones

5. Las Competencias de los Poderes Públicos en el sector de las Telecomunicaciones

- 5.1. La distribución de competencias del Poder Público dentro del sector de las telecomunicaciones
 - 5.1.1. La competencia del Poder Público desde la perspectiva horizontal
 - 5.1.1.1. Poder Legislativo
 - 5.1.1.2. Poder Ejecutivo
 - 5.1.1.3. Poder Judicial
 - 5.1.1.4. Poder Ciudadano
 - 5.1.1.5. Poder Electoral
 - 5.1.2. La competencia del Poder Público desde la perspectiva vertical
 - 5.1.2.1. Poder Nacional
 - 5.1.2.2. Poder Estatal y Poder Municipal
- 5.2. Las competencias de la Administración Pública Nacional en el sector de las telecomunicaciones
 - 5.2.1. La Administración Pública Central
 - 5.2.1.1. El Ministerio para las Telecomunicaciones y la Informática
 - 5.2.1.2. El Ministerio de Ciencia y Tecnología
 - 5.2.1.3. El Ministerio de Planificación y Desarrollo

- 5.2.1.4. El Ministerio de la Producción y el Comercio
- 5.2.1.5. El Ministerio de Educación
- 5.2.2. La Administración Pública Desconcentrada
 - 5.2.2.1. La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia
 - 5.2.2.2. La Superintendencia de Inversiones Extranjeras
 - 5.2.2.3. El Fondo de Servicio Universal
 - 5.2.2.4. El Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones
 - 5.2.2.5. La Comisión de Oferta Pública
- 5.2.3. La Administración Pública Descentralizada funcionalmente
 - 5.2.3.1. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones
 - 5.2.3.2. La naturaleza de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones
 - 5.2.3.3. El Instituto para la Defensa de las personas en el acceso a los Bienes y Servicios
- 5.2.4. Consideraciones finales respecto a la Administración Pública con competencia sobre la actividad de las telecomunicaciones

6. Los entes reguladores de la actividad de las telecomunicaciones

- 6.1. Las características generales de los entes reguladores
 - 6.1.1. Independencia o Autonomía
 - 6.1.1.1. El elemento orgánico o estatutario
 - 6.1.1.2. El elemento funcional
 - 6.1.1.3. El elemento de gestión
 - 6.1.1.4. Autonomía
 - 6.1.2. Neutralidad
 - 6.1.3. Transparencia
 - 6.1.4. Especialización
- 6.2. Los modelos de entes reguladores existentes
 - 6.2.1. El modelo anglosajón de entes reguladores
 - 6.2.2. El modelo continental europeo de entes reguladores
- 6.3. Los antecedentes de los entes reguladores de las telecomunicaciones en Venezuela
 - 6.3.1. Las competencias de los entes reguladores
 - 6.3.1.1. Las competencias del Ministerio para las Telecomunicaciones y la Informática
 - 6.3.1.2. Las competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones
 - 6.3.1.2.1. La organización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones
 - 6.3.1.2.2. Las competencias del Consejo Directivo
 - 6.3.1.2.3. Las competencias del Director General
- 6.4. Las competencias y funciones de los entes reguladores sobre las telecomunicaciones
 - 6.4.1. Competencia normativa
 - 6.4.2. Competencia organizativa

- 6.4.3. Competencia de Supervisión y Control
- 6.4.4. Competencia para otorgar y revocar títulos jurídicos habilitantes
- 6.4.5. Competencia en materia de obligaciones de servicio universal
- 6.4.6. Competencia de administración y control de los recursos limitados
- 6.4.7. Competencia de dirimir o solucionar controversias
 - 6.4.7.1. El arbitraje propiamente dicho
 - 6.4.7.2. La resolución administrativa de conflictos
- 6.4.8. Competencia de recopilación de información
- 6.4.9. Competencia informativa
- 6.4.10. Función registral
- 6.4.11. Competencia de protección de los usuarios
- 6.4.12. Función de fomento de la Libre Competencia
- 6.4.13. Competencia sancionatoria
- 6.4.14. Competencia cautelar
- 6.4.15. Competencia tributaria
- 6.4.16. Promoción de la innovación tecnológica
- 6.5. El control institucional de los entes reguladores de las telecomunicaciones
 - 6.5.1. El Control Parlamentario
 - 6.5.2. El Control Administrativo
 - 6.5.3. El Control Jurisdiccional

II. ASPECTOS ECONÓMICOS-FINANCIEROS DE LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

7. La Libertad de empresa en las Telecomunicaciones

- 7.1. La libertad de empresa en la Constitución
- 7.2. El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa
 - 7.2.1. Libertad de acceso al mercado
 - 7.2.1.1. Los atributos constitutivos de la libertad de acceso al mercado
 - 7.2.1.2. La doctrina de las instalaciones esenciales
 - 7.2.2. Libertad para permanecer en el mercado
 - 7.2.3. Libertad de salir del mercado
- 7.3. Los Principios que informan las Libertades Económicas
 - 7.3.1. Principio de libertad de empresa
 - 7.3.2. Principio de igualdad jurídica
 - 7.3.3. Principio de legalidad
 - 7.3.4. Principio de respeto al derecho de propiedad
 - 7.3.5. Principios del régimen socioeconómico
- 7.4. La regulación económica
- 7.5. Los requerimientos de la regulación para la consecución de objetivos de interés general
 - 7.5.1. La separación de actividades
 - 7.5.2. La separación contable
 - 7.5.3. La separación de gestión
 - 7.5.4. La separación jurídica

7.6. Las implicaciones de la regulación para la consecución de objetivos de interés general

8. El Derecho de la Competencia en las telecomunicaciones

8.1. Derecho Constitucional de la Competencia

8.2. Derecho Comunitario Andino de la Competencia

8.2.1. Decisión N° 285, para prevenir y corregir las prácticas restrictivas de la libre competencia

8.2.2. La Decisión N° 608, de Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina

8.2.3. Decisión N° 439, de liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina

8.2.4. Decisión N° 462, de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina

8.3. Derecho nacional de la Competencia

8.4. Las consecuencias de la política de competencia

8.5. Las restricciones a la libre competencia

8.6. Las conductas de los operadores económicos contrarias a la libre competencia

8.6.1. Prohibición general de conductas restrictivas de la competencia

8.6.2. Prohibiciones particulares de conductas restrictivas de la competencia

8.6.3. Las prácticas de los operadores económicos que constituyen competencia desleal

8.7. El régimen de excepción

9. Las inversiones extranjeras en las telecomunicaciones

9.1. Las inversiones extranjeras y el derecho comunitario, en la Constitución de 1961

9.2. Las inversiones extranjeras y el derecho comunitario, en la Constitución de 1999

9.3. Las inversiones extranjeras en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

9.4. La posible solución jurídica al problema de las inversiones extranjeras en los servicios de telecomunicaciones

9.5. Consideraciones finales sobre las inversiones extranjeras en las telecomunicaciones

10. El régimen económico-financiero de las telecomunicaciones

10.1. La noción de tarifa de los servicios

10.2. Los criterios tradicionales de fijación de las tarifas

10.3. La distinción entre las tarifas de los servicios públicos y los servicios privados de interés general

10.4. Los sistemas de establecimiento de las tarifas

10.4.1. El sistema de libertad de fijación de tarifas

10.4.2. El sistema de regulación de tarifas

- 10.4.3. Las características de las tarifas
- 10.4.4. Las técnicas de regulación de tarifas
- 10.4.5. Las causas de los precios tarifados
- 10.4.6. El régimen transitorio de la fijación de tarifas
- 10.5. La prohibición de subsidios
- 10.6. La separación de cuentas
 - 10.6.1. La regulación de la separación de cuentas
 - 10.6.2. La finalidad de la separación de cuentas
 - 10.6.3. Los operadores obligados a la separación de cuentas
 - 10.6.4. La materia objeto de separación de cuentas
 - 10.6.5. Las autoridades competentes para controlar la separación de cuentas
- 10.7. La aplicación del Decreto Ley de concesiones
- 10.8. Los Principios generales del Derecho que complementan la regulación del régimen económico-financiero de las concesiones

11. El Régimen Tributario de las Telecomunicaciones

- 11.1. El régimen constitucional tributario de las telecomunicaciones durante la Constitución de 1961
- 11.2. El régimen constitucional tributario de las telecomunicaciones a partir de la Constitución de 1999
- 11.3. La potestad tributaria en materia de telecomunicaciones
- 11.4. La clasificación de los tributos conforme a la Constitución de 1999
- 11.5. Los tributos especiales sobre la actividad de las telecomunicaciones
 - 11.5.1. Los impuestos
 - 11.5.2. Las tasas
 - 11.5.3. La delegación al reglamentista
 - 11.5.4. Las contribuciones especiales
 - 11.5.5. Las contribuciones parafiscales
 - 11.5.6. La exoneración tributaria
 - 11.5.7. La exoneración tributaria prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones
 - 11.5.8. La exención tributaria
- 11.6. Los tributos generales sobre la actividad de las telecomunicaciones

12. El régimen de la ocupación del dominio público y del dominio privado en el sector de las telecomunicaciones

- 12.1. La ocupación del dominio público
 - 12.1.1. Las características de los bienes del dominio público
 - 12.1.2. Los criterios de utilización del dominio público
 - 12.1.2.1. Por la Administración
 - 12.1.2.2. Por los particulares
 - 12.1.2.3. Características de la utilización de los bienes del dominio público
 - 12.1.3. La ocupación del dominio público nacional
 - 12.1.4. La ocupación del dominio público estatal y municipal

- 12.2. La ocupación del dominio privado
- 12.2.1. Las expropiaciones
- 12.2.2. Las servidumbres
- 12.2.2.1. El régimen de las servidumbres
- 12.2.2.2. Los elementos que caracterizan las servidumbres
- 12.2.2.3. Los derechos y deberes de los afectados por las servidumbres
- 12.2.2.4. Los derechos y deberes de los operadores beneficiarios de las servidumbres
- 12.2.2.5. La indemnización por la constitución de las servidumbres

III. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

13. Las vías generales de telecomunicaciones

- 13.1. El uso compartido de las infraestructuras de telecomunicaciones
- 13.2. La compartición de las infraestructuras para la realización de actividades diferentes a las telecomunicaciones
- 13.3. El régimen de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.4. La definición de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.5. Los presupuestos para el acceso y utilización de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.5.1. La obligación de los titulares de permitir el acceso y uso de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.5.2. La obligación es únicamente de las personas que posean las vías generales de telecomunicaciones de manera exclusiva o predominante
- 13.5.3. El derecho de los operadores al acceso y uso de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.5.4. La necesidad de la existencia de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.5.5. El carácter insustituible de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.5.6. El uso de las vías generales de telecomunicaciones debe ser racional y no discriminatorio
- 13.6. El procedimiento para el acceso y uso de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.7. El cumplimiento de la obligación forzosa de garantizar el uso de las vías generales de telecomunicaciones
- 13.8. El desarrollo de las vías generales de telecomunicaciones

14. Las telecomunicaciones y el sector eléctrico

- 14.1. El régimen jurídico del sector eléctrico
- 14.2. Las actividades del sector eléctrico
- 14.3. La utilización de las instalaciones del sector eléctrico para fines no eléctricos
- 14.3.1. El cumplimiento de las normas jurídicas, técnicas y de seguridad

- 14.3.2. Las instalaciones eléctricas deben preexistir para que pueda solicitarse su uso
- 14.3.3. La separación contable de los ingresos obtenidos por el uso de las instalaciones eléctricas, en actividades no eléctricas
- 14.3.4. La autorización de los entes reguladores del sector eléctrico
- 14.3.5. El consentimiento de los propietarios de los predios gravados con servidumbre eléctrica
 - 14.3.5.1. Principios que rigen las servidumbres
 - 14.3.5.2. Aplicación de estos principios en la actividad de las telecomunicaciones
- 14.3.6. La necesidad de la autorización del beneficiario de la servidumbre, cuando la utilicen personas distintas de los operadores eléctricos
 - 14.3.6.1. La existencia de la constitución de derechos a favor del beneficiario de la servidumbre eléctrica
 - 14.3.6.2. La obligación de la guarda de las instalaciones eléctricas
- 14.3.7. Procedimiento para la autorización del uso de instalaciones eléctricas para fines no eléctricos
 - 14.3.7.1. Forma de la solicitud de la autorización
 - 14.3.7.2. Requisitos que debe contener la solicitud de autorización
 - 14.3.7.3. Actuación previa del titular de la servidumbre
 - 14.3.7.4. Lapso para emitir pronunciamiento
 - 14.3.7.5. Tramitación para negociar la autorización
 - 14.3.7.6. Contenido del pronunciamiento
 - 14.3.7.7. Vencimiento del plazo sin pronunciamiento
 - 14.3.7.8. Actuación posterior del titular de la servidumbre
- 14.3.8. Fijación de las tarifas por el uso de las instalaciones de transmisión y distribución
- 14.4. La capacidad excedentaria de las instalaciones de los operadores eléctricos

15. El acceso a las redes de telecomunicaciones y la interconexión

- 15.1. La definición y clasificación de las redes de telecomunicaciones
 - 15.1.1. Las redes de telecomunicaciones y sus componentes
 - 15.1.2. La clasificación de las redes de telecomunicaciones
- 15.2. El acceso a las redes de telecomunicaciones
 - 15.2.1. El acceso abierto a las redes de telecomunicaciones
 - 15.2.2. Los requisitos generales del acceso a las redes
 - 15.2.3. Las diferencias entre el acceso a las redes y otras figuras
- 15.3. La regulación comunitaria andina de la interconexión
 - 15.3.1. Las obligaciones de los operadores de redes públicas de telecomunicaciones
 - 15.3.2. La calidad de los servicios prestados a través de la interconexión
 - 15.3.3. Los puntos de la interconexión
 - 15.3.4. El contenido de la interconexión
 - 15.3.5. La prelación de las normas regulatorias de la interconexión
- 15.4. La regulación nacional de la interconexión

- 15.5. El concepto y los principios de la interconexión
 - 15.5.1. El concepto de interconexión
 - 15.5.1.1. La definición jurídica de la interconexión y los elementos que la componen
 - 15.5.1.2. Los presupuestos de la interconexión
 - 15.5.1.3. Las características de la interconexión
 - 15.5.2. Los principios que informan la interconexión
 - 15.5.3. Las actuaciones contrarias a los principios de la interconexión
 - 15.5.4. La ubicación con la finalidad de lograr la interconexión
 - 15.5.5. Los recursos o instalaciones esenciales en la interconexión
 - 15.5.6. La calidad de los servicios prestados a través de la interconexión
- 15.6.1. Los fundamentos de la obligación de interconexión
- 15.6.2. Los sujetos activos y pasivos de la obligación de interconexión
- 15.6.3. Las obligaciones de los sujetos involucrados en la interconexión
- 15.7. El contrato de interconexión y su contenido
 - 15.7.1. Las condiciones generales de la interconexión
 - 15.7.2. Las condiciones económicas de la interconexión
 - 15.7.2.1. La libertad de negociación de las condiciones económicas
 - 15.7.2.2. Los principios de las tarifas de interconexión
 - 15.7.2.3. Los cargos de interconexión
 - 15.7.2.4. El método de los costos incrementables a largo plazo
 - 15.7.2.5. Las obligaciones económicas de los operadores
 - 15.7.2.6. La separación contable
 - 15.7.3. Las condiciones técnicas de la interconexión
 - 15.7.4. Los medios de solución de controversias
- 15.8. Los mecanismos para realizar la interconexión
 - 15.8.1. El procedimiento para la negociación directa de la interconexión por los operadores
 - 15.8.2. El procedimiento para la interconexión impuesta por el ente regulador
 - 15.8.3. El procedimiento para la revisión de la interconexión
 - 15.8.4. El procedimiento de resolución de conflictos derivados de la interconexión
 - 15.8.4.1. Los mecanismos de resolución de controversias
 - 15.8.4.2. Las condiciones para la desconexión de las redes

16. La numeración

- 16.1. El espacio público de la numeración
- 16.2. Los planes nacionales de numeración
 - 16.2.1. La naturaleza jurídica de los Planes
 - 16.2.2. Las características de los Planes
 - 16.2.3. Los objetivos de los Planes
 - 16.2.4. La modificación de los Planes
 - 16.2.5. La publicidad de los Planes
- 16.3. La administración, control y regulación del espacio público de la numeración

- 16.3.1. La administración del espacio público de la numeración
- 16.3.2. El control del espacio público de la numeración
- 16.3.3. La regulación del espacio público de la numeración
- 16.4. Los derechos que surgen del recurso de la numeración
- 16.4.1. El derecho de los operadores al uso del número
- 16.4.2. El derecho de los usuarios a la conservación del número
- 16.4.3. El derecho a seleccionar y preseleccionar operadores
- 16.4.3.1. La selección de operador llamada a llamada o por marcación
- 16.4.3.2. La selección por previa suscripción o preasignación o preselección del operador

17. El espectro radioeléctrico

- 17.1. La definición del espectro radioeléctrico
- 17.2. La regulación internacional del espectro radioeléctrico
- 17.3. La regulación comunitaria andina del espectro radioeléctrico
- 17.4. La regulación nacional del espectro radioeléctrico
- 17.5. Nociones técnicas básicas que gobiernan la gestión del espectro radioeléctrico
- 17.6. La declaratoria de dominio público sobre el espectro radioeléctrico
- 17.7. Una posible interpretación a la declaratoria de dominio público radioeléctrico
- 17.8. Los títulos competenciales sobre el espectro radioeléctrico
- 17.9. La gestión integral sobre el espectro radioeléctrico
- 17.9.1. La competencia de regulación y ordenación sobre el espectro radioeléctrico
- 17.9.2. La competencia de administración del uso sobre el espectro radioeléctrico
- 17.9.2.1. El espectro radioeléctrico disponible
- 17.9.2.2. El uso del espectro radioeléctrico disponible
- 17.9.2.3. El título habilitante para el uso del espectro radioeléctrico disponible
- 17.9.3. La competencia de control sobre el espectro radioeléctrico

18. El uso satelital

- 18.1. La regulación espacial de las telecomunicaciones por satélite
- 18.2. La regulación internacional de las telecomunicaciones por satélite
- 18.3. La regulación andina de las telecomunicaciones por satélite
- 18.4. La regulación nacional de las telecomunicaciones por satélite
- 18.5. El concepto de satélite
- 18.6. Las redes de satélites artificiales
- 18.7. La clasificación de los satélites artificiales
- 18.8. La titularidad del recurso órbita espectro
- 18.9. Las competencias del ente regulador respecto del uso satelital
- 18.10. Los títulos habilitantes para la explotación del uso satelital
- 18.11. Los servicios de telecomunicaciones por satélite

- 18.12. Las organizaciones intergubernamentales que colaboran en la prestación de los servicios de telecomunicaciones por satélite
- 18.13. La prestación de los servicios de telecomunicaciones en el contexto nacional
- 18.14. La Agencia venezolana de actividades espaciales
- 18.15. El nuevo mercado de las telecomunicaciones por satélite

PRÓLOGO

“Telecomunicaciones, regulación y competencia” es una obra del profesor Víctor Hernández-Mendible, un especialista venezolano en derecho de las telecomunicaciones bien conocido por sus trabajos anteriores, que plantea con rigor y profundidad los problemas que el régimen de los denominados servicios de interés general ofrecen en relación con la regulación y la competencia. En efecto, los servicios de interés general como el de las telecomunicaciones suponen el tránsito de un férreo sistema de concesión administrativa al de la autorización pública. Transformación que es consecuencia de la fuerza y la centralidad que la libertad de elección de usuarios y consumidores proyecta sobre un ambiente que estaba presidido por la titularidad de unas actividades que ciertamente se encuentran en el marco y en el quehacer de la libertad económica. Libertad, es verdad, que no es nunca absoluta porque el Estado tiene una misión de servicio objetivo al interés general que le permite, sin intervenciones abusivas, garantizar, preservar y asegurar un servicio universal, asequible y de calidad, en materia de telecomunicaciones, para todos los ciudadanos.

El libro que tengo el honor de prologar parte de una aproximación multidisciplinar muy fructífera pues ciertamente, el sector de las telecomunicaciones, ha de ser analizado teniendo muy en cuenta los aspectos técnicos, las cuestiones económico-financieras y, por supuesto, el régimen jurídico. El profesor Hernández-Mendible, si se estudia el índice de la obra con detenimiento es consciente de esta dimensión abierta y complementaria de la materia que estudia y así nos lo confiesa desde el principio. El índice de un libro representa la opción metodológica del autor sobre la cuestión objeto de estudio. Es verdad, hoy no es posible analizar el sector de las telecomunicaciones en cualquier país sin tener bien presente esta exigencia de una realidad que es plural, abierta y compatible.

El título del libro, además, constituye, en sí mismo, una clara reflexión que comparto. Hoy las telecomunicaciones no pueden estar al margen, ni de la regulación, ni, por supuesto, de la competencia. Por una poderosa razón. Porque si afirmamos que el título habilitante para la actividad en el sector de las telecomunicaciones es la licencia o la autorización, no la concesión, el Estado, como antes indiqué, tiene en sus manos un magnífico instrumento para asegurar que el servicio que prestan los operadores se realice conforme a unos patrones de universalidad, asequibilidad y calidad razonables. Es decir, la regulación es una operación jurídica destinada a garantizar estos principios. Si, por

el contrario, el Estado, aprovechándose de su función reguladora fuera más allá de lo que se conoce como la tarea promocional de los poderes públicos, nos encontraríamos ante claros supuestos de desviación de poder, o exceso de poder, según cuál sea la tradición jurídico-administrativa en la que nos situemos. Y, por supuesto, la regulación va dirigida a la competencia. Las condiciones racionales de competencia en el sector son básicas para que el servicio se preste de acuerdo con lo que se denomina en Europa derecho fundamental a la buena administración. Buena administración que incluye, en mi opinión, buenos servicios a buenos precios, de forma y manera que sea el usuario o consumidor quien seleccione el operador que mejor se adapte a sus preferencias.

Conozco al profesor Víctor Hernández-Mendible desde hace algunos años. Recuerdo que fue en el marco de los congresos de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, en Curitiba, de la mano de los maestros Jorge Fernández Ruiz y Romeu Felipe Bacellar Filho cuando lo conocí, precisamente con ocasión de una ponencia suya sobre el tema del régimen jurídico de las telecomunicaciones. Desde entonces, ha pasado ya algún tiempo, todos los años, bien en las sesiones anuales del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, bien en jornadas o seminarios, también de dimensión iberoamericana, he tenido la ocasión de constatar su fuerte compromiso con el Derecho Administrativo Iberoamericano. Compromiso que le llevó a patrocinar una magna obra colectiva con ocasión del vigésimo aniversario del postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, donde el profesor Hernández-Mendible enseña precisamente en los postgrados y maestrías vinculadas al Derecho Administrativo. Por ello, también me resulta muy grato escribir estas líneas acerca de un libro que hace pensar desde su inicio y que ofrece un tratamiento pormenorizado de un régimen jurídico, que como el autor atinadamente demuestra, ha de operarse a partir de la técnica, de la economía y del derecho.

La lectura del libro de Víctor Hernández-Mendible me ha permitido reflexionar sobre un trabajo de hace unos años en el que planteaba que la emergencia de los llamados servicios de interés general en el Derecho Comunitario, más que certificar la muerte y el ocaso del servicio público, lo que hicieron fue aplicar los principios inspiradores de esta central categoría jurídica a un mundo en permanente transformación en el que el interés general ya no es un concepto que define unilateralmente el poder público. Antes al contrario, se concreta y se materializa, como ha señalado certeramente el Tribunal Constitucional español a partir de una acción intercomunicada entre el poder público y los agentes sociales. Muchas, pues, son las cuestiones que la atenta lectura de este magnífico libro inspiran al estudioso del Derecho Administrativo. Veamos algunas de ellas.

El servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para Duguit y su escuela de Burdeos curiosamente del “servicio público”, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, puso de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento. Quizás, por eso, Otto Mayer sentenciaría aquello tan manido y reiterado, de “el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece”.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, como antes señalaba, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento. Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado-Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autoritaria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social.

En fin, la crisis del Estado de bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de FORSTHOFF todo lo invade y todo lo controla “desde la cuna hasta la tumba”. Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático del Estado de bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del bienestar, la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general, o los servicios de interés económico general y, por ende, se produce una vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales. Por eso, el título del libro del profesor Hernández-Mendible me parece especialmente acertado, porque la regulación se produce para que exista competencia, y la competencia se diseña para que los usuarios puedan elegir los servicios de su preferencia.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función. Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado-Sociedad, pierde su sentido jurídico-administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuanto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público. En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra

soporte en lo que José Luís Meilán Gil denomina desde hace bastante tiempo Derecho Administrativo Constitucional.

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo Derecho Administrativo? La contestación a esta pregunta, el profesor Hernández-Mendible la da a partir del estudio de los aspectos jurídico-institucionales del Derecho venezolano. En el Derecho español, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para caracterizar esta cuestión.

En efecto, el artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, en remover los obstáculos que se opongan a esta tarea.

Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho en nuestro tiempo que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia dónde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 24.1 proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto público no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy sucinta glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero:

“La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración pues la utilización del término “sirve” alimenta esta explicación sin mayores dificultades. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración pública es una persona jurídico-pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajase en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar..., pero la realidad es que se quiso deliberadamente configurar la Administración pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: “servicio objetivo al interés general”, que, aplicado al Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración pública actúa con “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Ordinariamente, será el Derecho Administrativo su matriz normativa de referencia pero, en ocasiones, el aparato público actuará sujeto al Derecho Privado. Ahora bien, en estos casos en que su Derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo faltaría, que se quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución aparentemente contradictorios y, sin embargo, complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128.

El artículo 38 dispone:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Por su parte, el artículo 128 establece:

“1.-Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”

2.- Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado social y democrático de Derecho, por lo que los poderes públicos han de cumplir con la tarea garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva de determinados servicios denominados esenciales. Evidentemente, esta posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula ordinaria de prestación de los servicios públicos.

Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy siga teniendo vigencia los motivos de la “*publicatio*”, en la versión de solidaridad social (DUGUIT) o procura existencial (FORSTHOFF), sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios, sobre todo los de naturaleza económica, ya no es la técnica de la “*publicatio*” – salvo excepciones – sino la técnica autorizadora –“*ordenatio*”– cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la Administración pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se puede olvidar, se derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general. No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público, es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad-interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublicación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del Mercado Único se llama libre competencia y que, por ello, la Administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la Administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. No, pero tampoco es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía HEGEL.

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido hoy de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos -sólo faltaría- no son conscientes de que precisamente a través de la emergencia de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el servicio de interés económico general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y un protagonismo inusitado, tal y como intentaré demostrar al exponer brevemente la situación del régimen jurídico de las telecomunicaciones en Europa, y especialmente en mi país: España, justo al hilo de los comentarios del profesor Hernández-Mendible.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico-administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue

buscando, como ansiaba IHERING, la mejor regulación de la gestión del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo, en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos, de manera especial en materia de telecomunicaciones.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general, las telecomunicaciones entre ellos, la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y donde mejor se contempla esa nueva función del Estado.

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mor de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, "*despublicatio*", no son más que términos jurídico- económicos o económico-jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

El jurista no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la política económica ha traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué? Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los

que siguen, en este punto, servicio con “*publicatio*” y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas “*public utilities*” garantizadas por la regulación -sin más- de la actividad de los sujetos privados prestadores de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbró el metaconcepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia”¹.

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo “interés general”. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como “objetivos fundamentales de la Comunidad”.

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión, el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

“... a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento

¹ Ver además, artículos 31 y 295 del Tratado.

de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo “la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables, justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares”.

En la sentencia de 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad, entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí dónde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Como analizaremos a continuación, estas obligaciones nacen en el marco del Derecho Europeo de las Telecomunicaciones. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Por ejemplo, en atención a que los servicios de telecomunicaciones cumplen una función muy relevante en la Sociedad de la Información, la Comisión Europea dictó una Comunicación en 1999 al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre “el servicio universal de las telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado”.

La reciente Ley española 32/2003, de 3 de noviembre (BOE número 264 de 4 de noviembre de 2003), lleva como rúbrica “General de Telecomunicaciones” y sustituye a la Ley 11/1998, de 24 de abril, del mismo nombre. Como es sabido, trae causa de la necesidad de incorporar al Derecho Español un conjunto de Directivas comunitarias que se han elaborado recientemente con el objeto de consolidar, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones alcanzado en los Estados miembros.

En esencia, las Directivas Comunitarias dictadas en 2002 se refieren al marco regulador de las comunicaciones electrónicas y a las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Especialmente interesante es la 2002/22 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Cuestión, la del servicio universal, que ha supuesto, nada más y nada menos, que una fuerte sacudida a los intentos, a veces vacilantes y, en todo caso dubitativos, que ha producido la desregulación de un sector tradicionalmente sujeto a monopolio. El desconcierto es tal que los enterradores del concepto clásico del servicio público han empezado a sospechar que la vuelta de este concepto tiene mucho que ver con el llamado servicio universal y, sobre todo, con las denominadas obligaciones de servicio público. Sin embargo, la realidad es que ahora el Estado interviene en la vida económica desde enfoques abiertos, no unilaterales. El servicio público, pues, queda para los supuestos, que pueden darse en circunstancias especiales, de reserva, exclusividad y titularidad de la actividad de que se trate.

Las instituciones, conceptos y categorías de Derecho Administrativo, lo sabemos bien, están en una relación estrecha, estrechísima, con la realidad que les ha tocado en suerte. Es más, soy de los que pienso que no debemos escandalizarnos, ni metodológica ni científicamente, por el hecho de que las principales manifestaciones del Derecho Administrativo se presenten de forma diversa según las circunstancias sociales, políticas y económicas de tiempo y de lugar.

En efecto, es lógico que así sea porque tras los diversos avatares por los que ha pasado esta disciplina es lo cierto que somos testigos cualificados de la mudanza de sus instituciones, sin que, por ello, haya desaparecido el Derecho Administrativo.

Pues bien, en esta tarea me parece que es conveniente recordar que el Derecho Administrativo puede definirse, tal y como ha puesto de manifiesto el profesor González Navarro, como el Derecho del poder para la libertad o, si se quiere, el Derecho que regula los intereses generales a los que sirve con objetividad la Administración Pública. En este sentido, todas las categorías, instituciones y conceptos centrales del Derecho Administrativo deben orientarse al interés general. Es decir, deben estar abiertos a hacer posible y visible ese meta concepto del interés general que, en un Estado social y democrático de Derecho, está vinculado a la tarea promocional y garante de los Poderes públicos orientada al libre y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos. Así la sanidad, la educación o la vivienda, deben gestionarse de manera que la ciudadanía pueda disponer de un acceso general a estos bienes. Lo público deber estar abierto a la ciudadanía y las

necesidades públicas deben manejarse de manera que, efectivamente, la Administración pública tienda al bienestar general de todos.

En España, la simple lectura, por ejemplo, de los artículos 9.2, 10.1, 31.2, o 103.1 de nuestra Constitución, como he expuesto anteriormente, nos invita a estudiar el Derecho Administrativo en el marco constitucional y, por ello, a tener muy presente los parámetros y vectores constitucionales. De ahí que, hoy por hoy, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho en el que los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central, el ejercicio de los poderes y funciones públicas debe operarse teniendo presente que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran, es un objetivo constitucional; que los fundamentos del orden político y la paz social residen en el libre desarrollo de las personas y en los derechos que les son inherentes; que el gasto público debe gestionarse con criterios de economía, o que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales. En definitiva, la Administración pública, al gestionar lo público, no se puede olvidar del bienestar de todos, eso sí, haciendo del bienestar un concepto dinámico, no estático, al servicio de las personas.

En este contexto, resulta en mi opinión imprescindible, también para el estudio del Derecho Administrativo, situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible. Porque el interés general debe interpretarse fuera del pensamiento único: Tanto del que intenta aislar al interés general en el santuario del tecnosistema, como del que intenta a toda costa desmantelar lo público para entregarlo "*in toto*" al sector privado. Sobre todo, porque, insisto, lo público, en un Estado social y democrático de Derecho, debe definirse de manera abierta entre el Poder y los agentes sociales ya que se terminó una forma de entender la Administración y el poder de naturaleza autoritaria y vertical.

Llegados a este punto, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos:

- a) Servicio de interés general
- b) Servicio de interés económico general
- c) Servicio público
- d) Obligación de servicio público
- e) Empresa Pública

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde se refiere a otro concepto de gran transcendencia, cual es el concepto de servicio universal y sorprende que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. En el Derecho Español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Ello es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte, y, por otra, que determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de servicio público, siendo el servicio universal, me parece la más destacada.

En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y servicio público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando lo suyo la clásica noción de servicio público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el “nuevo servicio público” sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”. Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de servicio público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido)² que pasan de ser servicios públicos “*stricto sensu*” o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuáles sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta, es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos

² MARTÍNEZ GARCÍA, C. *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*, Madrid, 2002, p. 209.

ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado RAPP, “no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado”³. Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de servicio público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público –continuidad, regularidad- y del mundo del mercado -no monopolio- en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La Ley de 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transcurrido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco que elementos de la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, la ley de 2003 “recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal”. En concreto, en el artículo 22, se

³ Tomado de MARTÍNEZ GARCÍA, C. *Ob. cit.*, p. 211.

incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, el acceso funcional a Internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios.

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial, que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional.

Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos nuevas obligaciones para los operadores que -artículo 23- designe el Ministerio para atender el servicio universal.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quien hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad... son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la Administración pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el

Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

El profesor Víctor Hernández-Mendible, que dedica abundantes páginas a estas cuestiones, nos demuestra con el libro de su autoría que en los tiempos que vivimos la función reguladora de los poderes públicos, sobre todo en materia de servicios de interés general, ha de estar permanentemente orientada a que, en efecto, exista una razonable competencia que haga bueno el presupuesto sobre el que se monta la teoría de estos servicios, las telecomunicaciones entre ellos, buenos servicios y buenos precios.

La Coruña, a siete de marzo de 2009

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña y
actualmente presidente del Foro Iberoamericano de Derecho
Administrativo