

Comentarios Jurisprudenciales

BREVES NOTAS SOBRE LA RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

José Ignacio Hernández G.
Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este artículo establece cuáles son los principios generales que derivados de la teoría de la concesión administrativa aplicarían a la concesión del dominio público radioeléctrico, y cómo estos principios deben ser necesariamente matizados, especialmente, a fin de reconocer el carácter reglado de la renovación de estas concesiones.*

La reciente decisión de la Administración Pública en Venezuela de no renovar la concesión del dominio público radioeléctrico a la empresa Radio Caracas Televisión, C.A. (RCTV), bajo la tesis según la cual tal concesión vencía el 27 de mayo de 2007, pone una vez más en relieve la importancia de esclarecer el régimen jurídico aplicable al espectro radioeléctrico, todo ello, atendiendo a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 763 de 23 de mayo de 2007, por medio de la cual se admitió el recurso de nulidad incoado contra dos actos administrativos que, entre otros aspectos, consideraron que la concesión otorgada a la referida empresa para la explotación del servicio de televisión abierta VHF vencía el 27 de mayo de 2007¹.

En efecto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTel) de 2000, siguiendo la tendencia imperante en Europa, pero que ya entonces se encontraba en revisión, declara al espectro radioeléctrico como un *bien del dominio público* y, en consecuencia, establece que su uso exclusivo requerirá de la correspondiente concesión, la cual se plasmará a través de un contrato. La teoría general apunta a que esa concesión es un *contrato administrativo*, en cuya ejecución la Administración puede ejercer amplias potestades de ordenación, reconocidas incluso en la LOTel. Tales potestades permitirían a la Administración, incluso, extinguir unilateralmente la concesión; adicionalmente, y siempre bajo esta teoría general, al vencimiento de la concesión la Administración, discrecionalmente, podría decidir si renueva o no el contrato.

Lo cierto es que la aplicación de la teoría general de la concesión administrativa – anclada en la tesis del contrato administrativo- genera notables contradicciones al ser aplicada al espectro radioeléctrico.

1. El presente artículo no pretende analizar los fundamentos de la demanda incoada por la empresa ni, tampoco, los razonamientos contenidos en la sentencia citada de la Sala Político-Administrativa. El objetivo, por el contrario, es más modesto: analizar teóricamente si la renovación de la concesión del dominio público radioeléctrico responde al ejercicio de potestades regladas o discrecionales de la Administración.

No sólo por la poca precisión de la declaratoria de ese espectro como un bien del dominio público –declaratoria hoy abandonada en la Unión Europea²- sino además, por su colisión con el régimen general de las telecomunicaciones derivado de la LOTel.

Estas breves notas establecen cuáles son los principios generales que derivados de la teoría de la concesión administrativa aplicarían a la concesión del dominio público radioeléctrico, y cómo estos principios deben ser necesariamente matizados, especialmente, a fin de reconocer el carácter reglado de la renovación de tales concesiones.

I. PRINCIPIOS TRADICIONALES DE LA REGULACIÓN SOBRE EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. EN ESPECIAL, EL CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

La regulación tradicional de las telecomunicaciones se basaba en dos principios cardinales: la expresa reserva al Estado sobre ese sector (reserva confundida en ocasiones con la consideración de *servicio público* de esas actividades) y la concesión necesaria para que los particulares pudiesen explotar estas actividades reservadas (es decir, la concesión del servicio público). Este sistema ha sido paulatinamente abandonado, a fin de dar paso a otro modelo de regulación basado en dos principios: el reconocimiento de la libertad de empresa como título para ejercer los servicios de telecomunicaciones (que no son considerados ya servicios públicos reservados al Estado) y la autorización necesaria para que los particulares emprendan el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones de su preferencia. Ese modelo, notablemente desarrollado en la Unión Europea, fue el adoptado en Venezuela en el año 2000, con la aprobación de la LOTel³.

Que se abandone la reserva sobre el sector no empece a la decidida intervención que la Administración despliega en el sector de las telecomunicaciones. El nuevo modelo de regulación se fundamenta, de esa manera, en una amplia intervención pública llevada a cabo a fin de cumplir dos objetivos: asegurar la existencia de condiciones de competencia efectiva y asegurar la prestación adecuada de aquellos servicios que satisfacen necesidades básicas. El primer objetivo toma en cuenta la presencia de ciertos *recursos escasos* cuyo uso racional

-
2. Según el artículo 7 de la LOTel, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público. Como muchas otras disposiciones de esa Ley, este artículo fue calcado de la Legislación europea, en concreto, la *Ley General de Telecomunicaciones* en España entonces vigente. Sin embargo, ya para el 2000 se debatía arduamente en Europa sobre la pertinencia de considerar al espectro radioeléctrico como un bien del dominio público, declaratoria expresamente abandonada en el 2002 (vid. Directiva 2002/21/CE, *relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* y la Directiva 2002/20/CE de 7 de marzo de 2002, *relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*). Nuestra crítica a la declaratoria de dominio público contenida en el artículo 7 de la LOTel, con referencias a la evolución del punto en Europa, en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2002, pp. 484 y ss. En resumen, se sostiene que el espectro radioeléctrico no es un bien apropiable por el Estado, sino en realidad, una actividad –consistente en la propagación de ondas- cuyo ejercicio es limitado por razones técnicas. Una de las principales críticas puede verse en Fernando Pablo, Marcos “Sobre el Dominio Público Radioeléctrico: Espejismo y Realidad”, *Revista de Administración Pública número 143*, Madrid, 1997, pp. 131-145.
 3. Sobre ello, véase en general lo que tratamos en “Reflexiones sobre la nueva ordenación de las telecomunicaciones en Venezuela”, en *Revista Derecho y Sociedad número 2*, Universidad Monteávila, Caracas, 2001, pp. 151 y ss., posteriormente ampliado en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 303 y ss. Nos remitimos a lo allí tratado en relación con la doctrina que rechaza que la LOTel haya despublicado el sector de las telecomunicaciones (pp. 325 y ss).

debe ser asegurado por la Administración. Precisamente, uno de esos recursos escasos es el espectro radioeléctrico, catalogado como un *bien del dominio público* por el artículo 7 de la LOTel. En la práctica, ello implica que la prestación de servicios de telecomunicaciones que requieran el uso de ese espectro –como sucede con los servicios de televisión abierta– requieren de la correspondiente autorización (denominadas por la LOTel *habilitaciones administrativas*), así como de la concesión del espectro radioeléctrico, que es una concesión del dominio público⁴.

Sobre la base de estas consideraciones podemos enumerar los principios tradicionales de la regulación del espectro radioeléctrico:

- En *primer lugar*, es preciso recordar que la LOTel derogó la reserva que, sobre todo el sector, había declarado la Ley de Telecomunicaciones de 1940. Más allá de la calificación jurídica que pretenda otorgarse a los servicios de telecomunicaciones, lo cierto es que tal actividad, bajo la LOTel, no se encuentra reservada al Estado.

- En *segundo lugar*, el artículo 7 de la LOTel declara al espectro radioeléctrico como un bien del dominio público. La *publicatio* sólo recae sobre ese bien, no así respecto de los servicios de telecomunicaciones cuya explotación requiere el uso del espectro, en tanto –insistimos– sobre estos servicios no existe reserva alguna.

- En *tercer lugar*, en los servicios de telecomunicaciones que requieren el uso del espectro radioeléctrico –como la televisión abierta– coexisten dos títulos: las llamadas *habilitaciones administrativas*, que son auténticas autorizaciones, en tanto controlan el ejercicio del derecho a emprender servicios de telecomunicaciones. Además, el uso del espectro radioeléctrico se sujeta a la correspondiente concesión del dominio público, que se otorgará mediante contrato (artículo 73, LOTel).

- En *cuarto lugar*, la LOTel reguló, en su artículo 210, la situación de aquellos operadores que prestaban servicios de telecomunicaciones al momento de su entrada en vigencia, es decir, los *operadores preexistentes*. Siguiendo las tendencias del Derecho Comparado, la LOTel estableció que tales operadores estaban obligados a solicitar a la Administración la transformación de sus antiguos títulos en las nuevas habilitaciones y concesiones, de ser el caso. La transformación de títulos responde a un mero procedimiento de organización, pues los servicios de telecomunicaciones, a la entrada en vigencia de la LOTel, podían ser explotados en ejercicio de la libertad de empresa, al derogarse expresamente la reserva entonces existente. Es decir, que la aplicación del nuevo régimen no se supeditaba a la efectiva transformación de los anteriores títulos en las nuevas habilitaciones y concesiones.

4. Y no una concesión del servicio público. La concesión administrativa responde a un tratamiento unitario que arranca en el Derecho Romano, y que la concibe como el acto mediante el cual la Administración transfiere, a terceros, derechos que le son propios (Villar Palasí, José Luis, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, en *Revista de Administración Pública número 1*, Madrid, 1950, pp. 90 y ss.). Si tal derecho implica la explotación de una actividad expresamente reservada al Estado, estaremos ante una *concesión de servicio público*; si por el contrario, el derecho que se transfiere permite el uso exclusivo de un bien del dominio público, se estará ante una *concesión del dominio público*. En la LOTel sólo tendría vigencia la concesión del dominio público, no así la concesión de servicio público, en tanto los servicios de telecomunicaciones no se encuentran reservados al Estado. Vid. Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 334 y ss., trabajo al que nos remitimos para la exposición más detenida de este punto.

En todo caso, las limitaciones existentes en los títulos preexistentes –incluyendo las limitaciones temporales– deberán mantenerse, como regla general, bajo los nuevos títulos, salvo que resulten contrarias al nuevo régimen basado en la vigencia de la libertad de empresa y libre competencia⁵.

.- En el específico caso del servicio de televisión abierta, y en *quinto lugar*, el Decreto N° 1.577, contenido del *Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras*, vigente desde el 27 de mayo de 1987, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 33.726 de 27 de mayo de 1987, estableció que las concesiones de televisión abierta entonces existentes, tendrían una duración de veinte años, límite temporal que, conforme al citado artículo 210 de la LOTel, debía ser respetado a consecuencia de la transformación de títulos, sin perjuicio de la potestad de la Administración de renovar tal concesión en los términos previstos en la LOTel y el *Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico*, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.085 de 24 de noviembre de 2000⁶.

Como se observa, tanto antes como después de la LOTel, la explotación del espectro radioeléctrico se sujeta a una concesión otorgada siempre por tiempo limitado, concesión que en el caso de los operadores preexistentes –como es el caso de RCTV, C.A.– vencía el 27 de mayo de 2007, según el citado Decreto N° 1.577, límite temporal que debía ser respetado incluso a consecuencia de la transformación de títulos. De forma tal que, frente a tal vencimiento, el punto central que debía ser resuelto es si la Administración debía renovar la concesión o si, por el contrario, se trataba de una decisión discrecional.

Si se aplica la teoría general de las concesiones administrativas, habría que reconocer que la renovación responde a un acto mayormente discrecional, en tanto, frente a las concesiones, los particulares no cuentan con el “derecho” a ejercer la actividad de que se trate, en este caso, el uso exclusivo de un bien del dominio público⁷. Incluso, teniendo en cuenta que bajo la LOTel la concesión se implementa mediante un contrato administrativo, habría que precisar que la Administración, en la ejecución de tal contrato, podría ejercer las potestades exorbitantes propias de este contrato que le permitirían incluso resolver unilateralmente, y por razones de mérito, la concesión. La sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 763 de 23 de mayo de 2007, antes citada, acogerá estas conclusiones desde una perspectiva abstracta, para sostener que:

“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.

-
5. Véase el tratamiento del tema en Quadra Salcedo, Tomás, “El sistema de transición de los derechos especiales o exclusivos a un escenario de competencia y la filosofía de la liberalización”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones y de las Infraestructuras en Red [REDETI] número 2*, Madrid, 1998, pp. 15 y ss.). Nuestros comentarios sobre la conversión de títulos en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit., pp. 579 y ss.
 6. El *Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras*, en su artículo 1, previó que “las concesiones para el establecimiento y explotación de estaciones televisoras y radiodifusoras se otorgarán por veinte (20) años”. Por su parte, el artículo 4 acotó que “las concesiones que se hayan otorgado antes de la fecha de vigencia del presente Decreto, se considerarán válidas por el término establecido en el artículo 1º”, es decir, 20 años.
 7. No existe un derecho del particular –ha expresado la sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de mayo de 1997, Art. 1997/4369– a obtener una concesión administrativa de uso del dominio público “porque la Administración goza de potestad discrecional para su otorgamiento”. De allí que, por interpretación analógica, la renovación constituye un acto discrecional.

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”⁸

Habría que acotar que, en el marco de la LOTel, no cabe referirse ya a la figura de la concesión del servicio público sino a la concesión del dominio público necesaria para el uso exclusivo del espectro radioeléctrico. Pero, más allá de esta necesaria salvedad, la Sala Político-Administrativa acoge la teoría general de la concesión administrativa, a fin de concluir que tal título se extingue por cumplimiento del lapso bajo el cual fue otorgado sin que el concesionario tenga el “derecho” a la renovación.

Ese ése, precisamente, el aspecto central dentro del recurso de nulidad incoado por RCTV, cuya admisión acordó la Sala Político-Administrativa en la sentencia citada, en tanto esa empresa invoca su derecho a la renovación de la concesión en virtud de lo previsto en el artículo 3 del Decreto N° 1.577⁹. Bajo la tesis tradicional, no existiría ese derecho a renovación en tanto, al vencimiento del lapso de la concesión, el ente concedente podría, discrecionalmente, decidir si renueva o no la concesión.

II. LA NECESARIA REVISIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS TRADICIONALES. EN ESPECIAL, EL CARÁCTER REGLADO DE LA RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

Sin embargo, en nuestra opinión, la teoría general de la concesión administrativa no puede ser aplicada, sin más, a la concesión del dominio público radioeléctrico regulada en la LOTel. En efecto, y dejando a un lado la crítica antes esbozada en cuanto a la posibilidad de considerar al espectro radioeléctrico como un bien del dominio público, lo cierto es que, en el ámbito de la LOTel, los servicios de telecomunicaciones no se encuentran reservados al Estado y, por consiguiente, todos los particulares tienen derecho a emprender y explotar los servicios de telecomunicaciones de su preferencia, tal y como reconoce su artículo 1. Como

8. Esta tesis se sostiene también en el *Libro Blanco sobre RCTV*, Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, Caracas, 2007 (consultado en original), p. 46.

9. Tal artículo prevé que “al finalizar la concesión, los concesionarios que durante el período señalado en el artículo 1° hayan dado cumplimiento a las disposiciones legales establecidas por la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de Radiocomunicaciones y demás disposiciones legales, tendrán preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años”. Según se narra en la sentencia de la Sala Político-Administrativa citada, la referida empresa solicitó, mediante comunicación de 24 de enero de 2007 al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática: (i) la transformación de su título con un supuesto derecho a operar hasta el 12 de junio de 2022; (ii) subsidiariamente, la transformación de su título con un supuesto derecho a operar hasta el 27 de mayo de 2027 y (iii) subsidiariamente, la renovación de la concesión por un período de veinte (20) años adicionales. Ante tales solicitudes, el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática dictó la Resolución N° 002, mediante la cual declaró el decaimiento del procedimiento administrativo de transformación del título de concesión en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones (televisión abierta en VHF) y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, al considerarse que la concesión otorgada a RCTV vence el 27 de mayo de 2007. De igual manera, el aludido Ministerio dictó la Comunicación N° 0424, mediante la cual informó el vencimiento de la concesión de RCTV el 27 de mayo de 2007, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1° del Decreto N° 1.577. En el recurso contencioso administrativo de nulidad presentado contra ambos actos, RCTV alegó que “tendría derecho a la extensión del plazo de la concesión por veinte (20) años más, a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a la fecha en la que vence el plazo de veinte (20) años de la concesión otorgada el 27 de mayo de 1987”, pues “ha dado cumplimiento a la normativa en materia de telecomunicaciones y, por tanto, no ha sido objeto de sanciones”.

consecuencia de ello, los operadores preexistentes, al momento de la entrada en vigencia de la LOTel, adquirieron el derecho a continuar en la prestación del servicio de telecomunicaciones de su preferencia.

Es decir, que la explotación de servicios de telecomunicaciones, desde la LOTel, no depende ya del derecho concedido por la Administración sino que, por el contrario, es consecuencia directa del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 112 constitucional. Esta conclusión rige, incluso, en relación con aquellos servicios que requieren el uso del espectro radioeléctrico: en tales casos, los particulares tienen derecho a emprender los servicios de telecomunicaciones de su preferencia, lo que se extiende al uso del espectro radioeléctrico. Bajo esta perspectiva, el ejercicio del derecho de emprender y explotar servicios de telecomunicaciones no puede depender de valoraciones discrecionales de la Administración, en tanto ambos atributos derivan del derecho fundamental de libertad de empresa. No puede la Administración, como principio general, negar el ejercicio de derechos fundamentales sobre la base de valoraciones discrecionales. Se insiste, en los términos del artículo 1 de la LOTel, los particulares tienen derecho a emprender servicios de telecomunicaciones. Forzoso es concluir que el otorgamiento o renovación de la concesión del espectro radioeléctrico responde a potestades regladas, que no discrecionales, en tanto el uso de ese espectro es indispensable para prestar el servicio de televisión abierta¹⁰.

Asunto del todo distinto al anterior es que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado y no sustituible cuyo uso racional ha de asegurar la Administración. Por ello, es factible que, por razones técnicas, no sea posible adjudicar determinada porción del espectro a un particular e incluso, podría la Administración modificar o revocar la previa asignación de determinada porción, así como no renovar el lapso de la concesión. Pero —nótese bien— las decisiones en cuanto al otorgamiento, modificación, revocación de la adjudicación de porciones del espectro radioeléctrico o renovación no puede depender de valoraciones discrecionales, sino estrictamente, de aspectos técnicos, anclados en el carácter de recurso limitado del espectro radioeléctrico, teniendo en cuenta además que, a fin de proteger la competencia efectiva, el artículo 113 constitucional ha dispuesto que las concesiones deberán otorgarse por tiempo limitado¹¹.

La tesis que se desarrolla, debemos reconocerlo, no encuentra cobertura explícita en la LOTel, la cual, por el contrario, atribuye a la Administración amplísimas potestades de ordenación sobre el espectro radioeléctrico (artículo 70) que le permiten modificar discrecionalmente la asignación de frecuencias (artículo 74.1) e incluso, no otorgar discrecionalmente la buena pro para la adjudicación (artículo 108.5). Estas disposiciones, sin embargo, parten la hipótesis según la cual el uso exclusivo del espectro radioeléctrico se rige por la teoría general de las concesiones administrativas, en cuya ejecución puede la Administración ejercer potestades de ordenación con carácter discrecional. Empero, insistimos, es nuestra opinión que la teoría general de las concesiones administrativas no resulta trasladable a la concesión del dominio público radioeléctrico, en tanto el uso de ese espectro es presupuesto para el ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, siendo que el ejercicio de derechos fundamentales no puede condicionarse a valoraciones discrecionales de la Administración.

10. Conclusión que hemos afirmado con anterioridad, y con mayor extensión, en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit., pp. 653 y ss.

11. Tal disposición constitucional rige a plenitud para los bienes del dominio público apropiables, como los yacimientos, pero no respecto del espectro radioeléctrico, en tanto este carece no es como tal apropiable. En todo caso, el límite constitucional debe ser interpretado en función a la exclusividad asociada a la concesión del dominio público radioeléctrico y su carácter de recurso limitado.