

Implicaciones de la Reforma Constitucional en el sector de Telecomunicaciones

Luis Abraham Vargas

Profesor de Política y Legislación de Telecomunicaciones en la Universidad Metropolitana, Profesor de Derecho de las Telecomunicaciones Postgrado Derecho Administrativo de la Universidad Santa María

1. La libertad de empresa reconocida en el artículo 112 Constitucional, es un concepto de carácter general referido a todas aquellas actividades económicas en las que una persona en el ejercicio de su libertad decide, mediante la combinación de capital y trabajo, producir bienes o prestar servicios en el mercado. La Reforma Constitucional presentada por el Presidente de la República propone la eliminación del derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las leyes. Esto ha sido planteado anteriormente por regímenes dictatoriales¹, en los cuales no se reconocen materialmente los derechos individuales de los ciudadanos, aun cuando irónicamente coexiste una economía de mercado marcada por fuertes intervenciones estatales, a través de la fijación unilateral de precios y tarifas, estrictas normas de entrada al mercado a través del otorgamiento de concesiones para el ejercicio de la actividad, una alta voracidad fiscal y una constante presión sobre los actores del mercado por parte de los entes reguladores.

Sin embargo, debemos analizar la propuesta de Reforma Constitucional como un todo, ya que la libertad de empresa debe interpretarse de manera sistemática. Es decir, conjuntamente con el resto de las normas contenidas en la propuesta constitucional que versan sobre la economía del país, tales como el artículo 113 sobre la prohibición de los monopolios, la libre competencia y, por supuesto, no puede escapar el artículo 115 sobre el derecho de propiedad. Asimismo, debemos centrar especial atención en la disposición transitoria novena que establece que: “Hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esta Constitución, el Ejecutivo Nacional podrá, mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista”. Esta disposición otorga al Poder Ejecutivo la potestad de legislar en materia económica de forma indefinida, regulando los derechos fundamentales económicos de los particulares, sin limitación alguna hasta alcanzar el Modelo de Economía Socialista.

2. Las telecomunicaciones representan el segundo sector económico más importante del país después de los hidrocarburos en inversión y en ingresos brutos anuales. Por su naturaleza, las actividades de establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones están enfocadas a economías de gran escala, ya que requieren de grandes inversiones para su cre-

¹ Javier Viciano Pastor, *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Editorial Titant Lo Blanch. Valencia, España 1995, en la página 112 cita a Bassols Coma quien “considera que el denominador común del período franquista lo constituye un intervencionismo estatal empírico que adaptaba el sistema económico a las circunstancias económicas y a la estructura institucional, dando como resultado un conjunto de norma jurídicas asistemáticas.”

cimiento y una constante actualización tecnológica a fin de incrementar el número de clientes y a su vez mantener los niveles de calidad exigidos por el ente regulador. Por otra parte, los planes de inversión y el retorno de las ganancias son a muy largo plazo, por estas razones, el sector de telecomunicaciones requiere de una profunda seguridad jurídica que garantice dichas inversiones. En definitiva, el sector de telecomunicaciones persigue la rentabilidad y ganancias de las inversiones efectuadas en el país, lo que se contrapone directamente con los principios que fundamentan el “*Modelo de Economía Socialista*” planteado en el Disposición Transitoria Novena antes citada.

3. Por otro lado, el respeto al derecho de propiedad por parte del Estado es uno de los pilares de la seguridad jurídica de las empresas de telecomunicaciones sobre los bienes muebles e inmuebles constituidos por los equipos, redes e infraestructuras civiles, a través de los cuales se prestan los servicios. Esta propiedad se ve directamente amenazada por la redacción del artículo 115 en su parte final, al establecer la posibilidad de que los órganos del Estado puedan “*ocupar preventivamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación*”. Un ejemplo de esta situación, que observamos incluso antes de su constitucionalización, la encontramos en el decreto de medida cautelar dictada por el Tribunal Supremo de Justicia² en la que se acuerda la ocupación preventiva de las redes y equipos de transmisión de las señales de Radio Caracas Televisión hasta tanto se decida el fondo del proceso.

4. Otro de los aspectos que garantiza la seguridad jurídica es el mantenimiento de un marco jurídico estable, claro y transparente que regule el sector. En este sentido, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTTEL) dictada en el año 2000, consagra en el artículo 2 como uno de sus fines el “*Promover la inversión nacional e internacional para la modernización y el desarrollo del sector de las telecomunicaciones*”, lo que se contrapone con la visión expresada en el Primer Plan Socialista³ 2007-2013, en el cual se contempla, por el contrario, el fortalecimiento e impulso de la creación y participación de Empresas de “**Propiedad Social**” en la Industria Nacional de las Tecnologías de Información y Comunicaciones. El proyecto de Reforma en el artículo 115 por su parte, entiende por “Propiedad Social”: “*...aquella que pertenece al pueblo en su conjunto y las futuras generaciones...*”. Esta propiedad social podrá ser directa, cuando la misma es asignada por el Estado a los ámbitos territoriales demarcados denominados “*comunas*” o “*ciudades*” y, la propiedad social indirecta, que es “*ejercida por el Estado a nombre de la Comunidad*”. En definitiva, no se observa en el texto de la Reforma Constitucional ni en el Primer Plan Socialista de las Telecomunicaciones un incentivo a la inversión privada establecida o futura lo que contradice uno de los fines u objetivos primordiales propuestos con la liberalización o apertura de los servicios de telecomunicaciones plasmados en la LOTTEL.

Este Primer Plan Socialista para las telecomunicaciones contempla como línea general, la “*Transformación del Estado*” y una de sus estrategias es “*Promover ajustes necesarios al marco jurídico*”, para ello se contempla la identificación de las barreras a la transformación presentes en el marco jurídico vigente y se contemplan los ajustes necesarios a la misma para

2 25/05/2007, SALA CONSTITUCIONAL, Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO “...En consecuencia, de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal, se ACUERDA el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica...”

3 Obtenido de la página de Internet www.casetel.org

alcanzar el Modelo Socialista dentro del sector de las Telecomunicaciones y las Tecnologías de la Información.

5. Estos ajustes al marco jurídico implican una próxima modificación de los artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicación que colidan con los principios fundamentales del proyecto de Reforma Constitucional. Entre ellos encontramos primordialmente los referidos a la concepción de las actividades de telecomunicaciones como “de interés general” prevista en el artículo 5 de la LOTEL, el cual será modificado con una involución al régimen de los “servicios públicos”, tal como se consagraba en la antigua Ley de Telecomunicaciones⁴ de 1940. En este sentido, la propuesta de Reforma Constitucional establece en el artículo 156, numeral 30, como competencia del Poder Público Nacional: “*El régimen general de los servicios públicos y en especial los servicios domiciliarios de telefonía básica, electricidad agua potable y gas.*”

En este mismo sentido, el artículo 113 de la propuesta de Reforma establece que: “*En los demás casos de explotación de bienes de la nación, o de prestación de servicios públicos, el Estado, mediante ley, seleccionará el mecanismo o sistema de producción y ejecución de los mismos, pudiendo otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público, y el establecimiento de cargas sociales directas en los beneficios.*” Esto es la consecuencia directa del cambio en la concepción de las telecomunicaciones, por ello se reformará también el régimen de otorgamiento de las habilitaciones generales por un régimen estricto de concesiones públicas marcado por un profundo intervencionismo del Estado en la actividad.

6. En el Título II del Espacio Geográfico y la Geometría del Poder, específicamente en el artículo 11, de la Reforma Constitucional señala que: “*Corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente, incluyendo las órbitas geoestacionarias respectivas y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional.*” Esta norma incide directamente en el campo de las telecomunicaciones por satélites y contradice lo previsto en el artículo 122 de la LOTEL⁵, en el que se establece la posibilidad de la prestación de servicios satelitales en Venezuela a través de satélites extranjeros sin más limitaciones que el nombramiento de un representante técnico y comercial. En la práctica, el ente regulador de las telecomunicaciones ha sostenido insistentemente que las empresas extranjeras deben cumplir con una serie de requisitos y cargas adicionales no previstas en la LOTEL, obligando incluso a domiciliar dichas empresas en Venezuela⁶. Todo lo anterior, va acorde con el Primer Plan Socialista de las Telecomunicaciones que mantiene el espíritu, propósito y razón de la Reforma Constitucional prevista en el artículo 11, al consa-

4 Ley de Telecomunicaciones (1940): “Salvo lo dispuesto en esta Ley o en Leyes especiales, el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación Telegráfica por medio de escritos, signos señales e imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse corresponde exclusivamente al Estado. Su administración, inspección y vigilancia, al Ejecutivo Federal, el cual lo ejercerá por el por órgano del Ministerio del ramo...”

5 Artículo 122: (...) “Sin perjuicio de los tratados internacionales y acuerdos válidamente suscritos y ratificados por la República, la explotación y prestación de servicios satelitales en Venezuela por parte de satélites extranjeros, requiere la presencia técnica y comercial en el país, de la empresa extranjera que lo representa.”

6 José, Araujo Juárez, “Derecho de las Redes y Servicios de Telecomunicaciones”. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela 2005. p. 637.

grar la "Consolidación de la plataforma de telecomunicaciones del Estado", a través del "Proyecto Satélite Simón Bolívar", a los fines de complementar las redes de telecomunicaciones a través de la integración y consolidación de la plataforma satelital del Estado, con el objeto de apoyar los programas sociales y de desarrollo ejecutados por el Gobierno Nacional.

7. Llegamos así al punto de la problemática de la garantía de la libre y leal competencia dentro del sector de telecomunicaciones, en el cual el operador dominante es el propio Estado venezolano, quien controla las redes de acceso, de transmisión y terminación (vía satélite, fibra óptica, inalámbrica), y que luego de la estatización de la COMPAÑÍA ANÓNIMA TELÉFONOS DE VENEZUELA (CANTV) pasa a controlar los mercados de referencia de la telefonía fija local, larga distancia nacional e internacional, el mercado de la interconexión, el transporte de señales y la telefonía móvil -a través de su filial Telecomunicaciones MOVILNET- y será el propietario conjuntamente con la República del Uruguay de la capacidad satelital del "Proyecto Simón Bolívar".

8. Como competir en un sector económico en el que el operador dominante que controla los medios de producción fundamentales⁷ es el mismo ente regulador⁸ que de conformidad con el artículo 48 de la LOTEL es el encargado actuar, entre otras materias, en caso de violaciones a la libre competencia y servir como árbitro en los procedimientos administrativos de resolución de controversias entre los operadores con motivo de ocupación de vías generales de telecomunicaciones (artículo 129 LOTEL), en materia de interconexión (artículo 135), tarifas (artículo 145), acuerdos de adquisición, fusión, escisión o transformación (artículo 195 y 198). En todos estos casos, el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones debe resolver de forma independiente e imparcial; sin embargo, se observan distorsiones, tales como el hecho de que uno de los miembros de la Junta Directiva de la CANTV es nombrado directamente por CONATEL. En estos casos, el propio artículo 113 de la Reforma Constitucional establece el abuso de la posición de dominio que un particular o una empresa que adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras. Pero qué ocurre, como ya dijimos, en el caso que el operador incumbente es el propio Estado? Quién garantiza en estos casos los efectos nocivos y restrictivos del abuso de la posición de dominio y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía?

9. El sector de las telecomunicaciones en Venezuela como toda actividad económica requiere por tanto, de un marco constitucional transparente que garantice el principio de seguridad jurídica y de respeto a los derechos económicos fundamentales de los administrados. La eliminación de la Constitución del derecho a la libre empresa acompañado de políticas públicas intervencionistas produce en los mercados un efecto nocivo a las inversiones nacionales y extranjeras afectando directamente a toda la economía nacional. Es desde todo punto de vista incongruente proponer normas constitucionales que declaren un Modelo único de Economía Socialista y, al mismo tiempo, mantener un mercado de servicios de telecomunicaciones abierto basado en criterios de alta rentabilidad e inversión. Esta antinomia conduce a que una de las dos propuestas fracase.

7 En el caso de las telecomunicaciones los medios de producción principalmente son las infraestructuras civiles, los enlaces de transporte o enlaces dedicados y las redes en general.

8 COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES