

La transformación del sector de las telecomunicaciones y sus efectos en los usuarios*

CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI calificado como el de la información y el conocimiento, tiene en el desarrollo del sector de las telecomunicaciones una de sus bases esenciales, que no sólo determinará la calidad de vida de los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad, sino que generará la existencia de una nueva brecha social, que ya algunos califican como la brecha digital¹ y que estará determinada según las posibilidades que se tengan de acceder o no, a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Un tema como el que se plantea en este escrito es mucho más sensible en un país en vía de desarrollo, como los que se integran en la comunidad latinoamericana, donde un adecuado manejo de políticas públicas de acceso a las telecomunicaciones, de universalización de los servicios y de utilización de las tecnologías de la información, podría ser determinante en el crecimiento económico y en la construcción de una nueva equidad social.

La integración de la informática y las telecomunicaciones nos ha generado un nuevo escenario, donde con mayor énfasis que antes las telecomunicaciones aplicadas se han colocado al servicio de otras múlti-

ples actividades y disciplinas y de allí la importancia indiscutible de este sector de los servicios en la vida social.

Múltiples factores han incidido en la transformación del sector de las telecomunicaciones en los últimos años, pero tal vez el esencial ha sido el establecimiento de políticas públicas de liberalización sectorial, que han posibilitado que servicios de telecomunicaciones prestados en monopolio hasta hace unos pocos años, hoy se presen en competencia por varios operadores de naturaleza estatal, mixta y privada.

No se trata de la simple privatización de las telecomunicaciones, que transforme los monopolios estatales, en privados, se trata de mucho más que eso, y es permitir que tanto el Estado, como los particulares presen los servicios en un escenario de igualdad, con el fin de incrementar la oferta de servicios, incentivar la incorporación de tecnologías, y obtener por esta vía mejores condiciones para los usuarios.

Liberalización² y universalización³, son los dos hitos esenciales de la política pública en materia de servicios de telecomunicaciones que permitirán que nuestros países, en vía de desarrollo, pongan las tecnologías de la información al servicio de la sociedad y con ellas realicen una verdade-

ra revolución de sus esquemas productivos y en la calidad de vida de los ciudadanos⁴.

I. EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y SU TRANSFORMACIÓN

En la prestación de servicios de telecomunicaciones⁵ durante muchos años imperó en nuestros países la aplicación en forma convencional de la "teoría del servicio público", pero abandonando su concepción inicial de protección de usuarios, para generar una protección no razonable al Estado y sus servidores, lo que terminó ocasionado una grave distorsión al modelo y una transformación, de lo que podríamos denominar el "antiguo" y el "nuevo" servicio público.

Del antiguo servicio público prestado en forma monopólica⁶, exclusivamente por el Estado⁷, sometido a reglas que protegían a los proveedores y no a los usuarios y administrado por "funcionarios públicos", nos hemos trasladado a la prestación del servicio sometido a normas de competencia y sobre todo de competitividad⁸, donde diferentes proveedores de servicio, oficiales, privados y mixtos; nacionales y extranjeros, pueden concurrir, en condiciones de igualdad⁹.

Es precisamente, cuando el Estado interviene para fijar políticas, regular o vigilar la prestación de los servicios; o cuando el mismo Estado o los particulares que los prestan, ejercen poderes o exorbitancias propias de autoridad pública¹⁰, cuando nos movemos en el ámbito propio del derecho administrativo, esto es, cuando se mantiene posición de dominio frente al usuario de los servicios, cuando se aplican facultades especiales para la prestación de los servicios, cuando se adoptan políticas de contribuciones y subsidios o cuando para garantizar la prestación de los servicios se

ejercen poderes exorbitantes en sus relaciones contractuales.

La actuación administrativa, antes caracterizada por provenir del Estado, en la actualidad debe desentrañar su verdadera especialidad y naturaleza en el ejercicio de una "potestad" o poder que le es inherente. Esto es lo que la hace ser lo que es y no precisamente el hecho de provenir del Estado.

Se tiene aquí un componente muy importante en la determinación del derecho administrativo: las relaciones de poder o el ejercicio de potestades legítimas, reconocidas por el orden jurídico. Por lo tanto, el derecho administrativo es el ámbito del derecho que regula las relaciones jurídicas de interés público en las que participan partes desiguales y en las que se ejercen relaciones de poder o potestades públicas autorizadas por el orden jurídico.

Las telecomunicaciones se habían estructurado en los países de latino América de acuerdo al modelo propio de la función pública tradicional, lo cual significa que los servicios calificados como públicos, eran prestados por monopolios estatales, sometidos a las reglas de la administración y del derecho público, integrados verticalmente, con la posibilidad de otorgar subsidios cruzados a sus usuarios y sin la sujeción a ningún tipo de control de gestión que le permitía a los proveedores trasladar todas sus ineficiencias a sus usuarios¹¹.

Hace varios años se expresaban varias razones y argumentos para defender la forma convencional de prestación de los servicios, siendo las más comunes:

- Se trata de monopolios naturales;
- Las cuantiosas inversiones que representan no permiten la intervención de particulares;

- La prestación de los servicios públicos es lo que justifica la existencia del Estado;
- Los servicios deben prestarse por redes que por sus características necesariamente deben ser públicas o estatales;
- La prestación de los servicios públicos exige la aplicación de criterios de solidaridad y redistribución de ingresos que sólo el Estado está en la posibilidad jurídica de ejecutar;
- Se trata de sectores estratégicos de la economía por la posibilidad de generar rentas monopólicas que no deben beneficiar los simples intereses particulares;
- Se trata de sectores estratégicos en el desarrollo, pues ellos son los que garantizan el desarrollo armónico de la sociedad, tarea que es de competencia del Estado; y
- Se trata de un servicio estratégico en lo político, pues de su utilización depende en buena medida la estabilidad institucional.

Estas razones se expresaron con el fin de mantener en las manos de unos pocos, “las dirigencias nacionales” el sector de los servicios públicos en general y de las telecomunicaciones en especial. Pero, la crisis del sector expresada en las bajas coberturas, deficiente calidad, atrasos tecnológicos, fallas del servicio y deficiente atención a los consumidores pusieron de presente la necesidad de transformar afondo el sector.

Especialmente a finales de la década de los años ochenta e inicios de los años noventa, se generó el análisis de la crisis de los monopolios estatales en la prestación de los servicios y muchos Estados llegaron a la conclusión de que era imperativo hacer modificaciones sustanciales al modelo. Era la hora del principio del fin de los monopolios estatales y de la renovación del derecho administrativo, de la administración pública y de la teoría del servicio público.

El derecho administrativo, concebido tradicionalmente como el conjunto de re-

glas jurídicas aplicables a los actos y las relaciones jurídicas en las que el Estado hace parte y que excepcionan el derecho común, se ha transformado sustancialmente con la evolución contemporánea del derecho y del Estado. Hoy, muchas de las actuaciones estatales son sometidas al derecho privado, y a su vez, las de los particulares son regidas por las reglas propias del derecho público.

Esta transformación revela una nueva circunstancia de valoración política: el derecho administrativo más que estar dirigido a determinados sujetos, como es el caso de las entidades estatales, debe estar enfocado a actividades específicas, que por sus características y condiciones, no deben sujetarse a las reglas propias del derecho común.

El eje del derecho administrativo radica en el hecho de ser un derecho de lo público, o de las administraciones públicas¹², lo cual le da una connotación mucho más amplia y comprensiva, que el simple derecho del Estado o de lo estatal.

Pero, no sólo fueron razones locales y nacionales las que determinaron la necesidad de transformación sectorial, las nuevas realidades tecnológicas –servicios integrados, satelitales, móviles y globales– y las transformaciones económicas que han conducido a una nueva geopolítica y la nueva economía, –la de la apertura y globalización– se convirtieron en una notoria presión que impuso la toma de decisiones para la liberalización del sector, permitiendo la incorporación al mismo de capitales privados, tanto nacionales como extranjeros y la incorporación de nuevas tecnologías, proveedores y servicios.

La transformación del sector de las telecomunicaciones afecta todos los agentes

que intervienen en el sector, pues se establece un nuevo modelo económico, se incorporan nuevas tecnologías y servicios sustitutos de los tradicionales y se modifican sustancialmente las instituciones jurídicas para poder dar respuesta a las nuevas realidades.

A. Los servicios públicos y las actividades económicas libres¹³

En nuestros países, es tan iluso pensar en la prestación gratuita y universal de los servicios de telecomunicaciones¹⁴, como lo es creer que ellos se pueden reducir a una actividad económica libre¹⁵ que simplemente proporciona rentas monopólicas o utilidades más allá de lo razonable, pues su explotación además de las ventajas económicas que reporta a los proveedores, debe estar condicionada al desarrollo integrado de la sociedad, esto es, quien provee servicios de telecomunicaciones debe estar dispuesto a soportar cargas tributarias y de acceso universal cuyo objeto es equilibrar los intereses económicos del proveedor, como es la obtención de lucro máximo posible, con los intereses sociales que le corresponde al Estado y a la sociedad defender y garantizar.

En la actualidad, la continuidad en la teoría del servicio público, tiene como objeto regular la prestación de los servicios, para que estos no sean tratados de la misma manera que cualquier otra mercancía que circula en el tráfico económico y jurídico, los servicios públicos, por su importancia social deben someterse al régimen especial que para ellos determine la ley.

El concepto "servicios públicos" que en algunos casos se ha asociado al de servicios que presta el Estado, en forma monopólica

y sometido exclusivamente a las reglas propias del público, ha llevado a que con el fin de distinguir entre la vieja y la nueva teoría del servicio público, a algunos Estados, varíen la denominación de servicios públicos¹⁶, por la de "servicios de interés general", pero en la medida que estos servicios se mantienen sometidos al régimen especial, que para los mismos determine la ley, las denominaciones que se utilicen son simples nominalismos.

B. Las telecomunicaciones contemporáneas

La prestación de los servicios de telecomunicaciones ha variado en los últimos años, y además, con ella ha variado su incidencia en la calidad de vida y en el desarrollo social, consolidándose cada día como el soporte sobre el cual se edificará la nueva sociedad denominada "Sociedad de la Información y el Conocimiento"¹⁷, que sin duda alguna representa una nueva forma de ser del modo de producción que adopta la sociedad.

Las telecomunicaciones contemporáneas unidas a la informática y a las aplicaciones de multimedia han revolucionado las formas de conocer y de producir en la sociedad y ello potencializa la importancia de sus aplicaciones en los diferentes conglomerados sociales¹⁸.

En la actualidad las telecomunicaciones no sólo permiten compartir información a distancia, su convergencia con la informática ha permitido las más diversas aplicaciones prácticas conocidas como tele actividades, que soportadas en las tecnologías de la información nos presentan diferentes contenidos y se concretan en tele-gobierno, tele-administración, tele-democracia tele-

negociaciones, tele-trabajo, tele-estudio, tele-medicina, tele-recreación¹⁹.

Las nuevas prácticas sociales caracterizadas por la formación académica a distancia, los negocios electrónicos, del trabajo automatizado y a distancia, de las diferentes manifestaciones del tele gobierno, son sólo algunos ejemplos del valor que podríamos señalar a las tecnologías de la información aplicadas.

C. Variaciones en el sector de las telecomunicaciones

El sector de las telecomunicaciones y en general el de los denominados servicios públicos se caracterizó durante muchos años porque ellos se prestaban:

- En monopolio²⁰
- Por el Estado en forma directa²¹
- Sin inversión privada nacional o extranjera²²
- Sometidas a reglas de derecho público²³
- Sin sujeción a reglas de gestión eficiente
- En pequeños mercados locales.

Los diferentes desarrollos políticos, económicos y tecnológicos han determinado que los mismos servicios en la actualidad se sometan:

- A un régimen de libre competencia.
- En el cual concurren múltiples agentes privados, mixtos y oficiales.
- A una creciente inversión del sector privado: nacional y extranjero.
- A la construcción de un derecho mixto que incorpora reglas propias del derecho privado y del público.
- A reglas de gestión eficiente.
- Al establecimiento de grandes mercados cubiertos por proveedores locales, regionales y globales.

La transformación del sector de los servicios –que incluye el transporte, los acueductos, alcantarillados, la recolección de desechos sólidos, la energía eléctrica y el gas combustible entre otros– ha tenido en las telecomunicaciones su motor fundamental por las características de este sector y por los desarrollos de las tecnologías sobre las cuales estos servicios son prestados.

D. Variaciones en la prestación de los servicios de telecomunicaciones

La prestación de los servicios de telecomunicaciones a través de monopolios estatales hizo crisis y el papel tradicional del Estado gestor de servicios, se ha mutado por el del Estado que debe garantizar a la totalidad de los ciudadanos, que los servicios les sean prestados por agentes oficiales, privados o mixtos en condiciones de igualdad y a precios razonables que permitan el acceso a los mismos.

La liberalización en la prestación de los servicios y la apertura de los mercados a la libre competencia es una de las soluciones de mayor aceptación en nuestro medio, pues ella debe conducir a la incorporación de nuevos capitales, a la mayor oferta de servicios tanto convencionales, como sustitutivos; al mejoramiento continuo de la calidad de los servicios, a la eliminación de ineficiencias e incremento de la productividad que se debe reflejar en tarifas competitivas y a mejorar la atención de los consumidores que demandan servicios o que reclaman por la prestación de los mismos, pero además, la competencia debe estar dirigida a la ampliación permanente de coberturas en búsqueda del cumplimiento del objetivo de garantizar conectividad o acceso universal.

Nos hemos mutado de la concepción según la cual es el Estado el único responsable de la prestación de los servicios, el cambio busca producir un nuevo modelo, en el cual el Estado más que prestar servicios debe centrar su actividad interventora en garantizar que los mismos sean prestados a los ciudadanos en las mejores condiciones posibles de cobertura, calidad y precio.

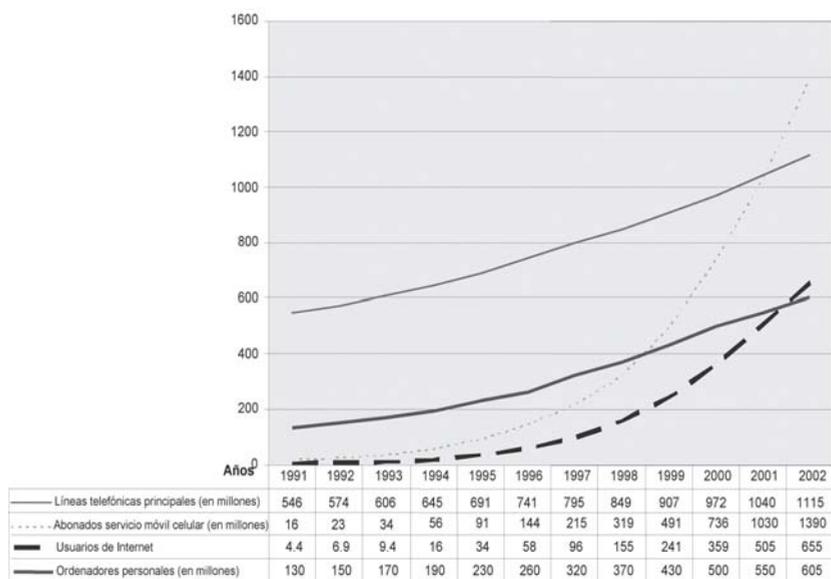
La mutación a que se hace referencia no sólo está asociada a los proveedores, sino que también se refiere a los propios servicios, siendo clara la mutación de servicios fijos a móviles, de locales a larga distancia

y de comunicaciones de voz a las de datos.

Es innegable, que la llegada de nuevos agentes y capitales al sector de las telecomunicaciones han impuesto una nueva dinámica sectorial, los servicios convencionales de comunicación de voz fija, tienden a ser sustituidos por servicios móviles y por servicios integrados de multimedia y datos, lo que genera condiciones adecuadas a las facilidades que deben tener estos servicios.

El cuadro siguiente ilustra en forma significativa la forma como ha evolucionado el sector y se marcan nuevas tendencias en los últimos años.

INDICADORES DE LA UTILIZACIÓN MEDIA DE TELECOMUNICACIONES, 1991-2002



Fuente: Representación propia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (2001)²⁴.

E. Las características del sector en competencia²⁵

La liberalización y con ella la transformación del modelo monopolístico al de competencia, no se agota simplemente en permitir

que agentes privados —algunas veces también monopolísticos o con posición dominante—, reemplacen a los agentes estatales; por el contrario, esta decisión implica un conjunto de políticas públicas entre las cuales es importante poner de relieve:

– *La tarea esencial del Estado es la regulación y control de los servicios y no su prestación, no obstante puede prestarlos pero en condiciones de igualdad con otros agentes.* Al transformarse el sector debe ser clara la redefinición del rol del Estado, que debe entender que su función principal no es la de prestar servicios, sino la de garantizar que ellos se presten, en forma eficiente, mediante una adecuada adopción de políticas, que promuevan el establecimiento de nuevos proveedores. La regulación y el control y no la gestión de los servicios, es el rol esencial que dentro del nuevo esquema le corresponde asumir al Estado, lo que no excluye que éste pueda gestionar servicios en forma directa o indirecta, pero en ese caso, debe hacerlo en condiciones de igualdad con otros operadores de los mismos.

– *La economía como elemento necesario que debe tenerse en cuenta en las decisiones jurídicas*²⁶. La liberalización en el sector de las telecomunicaciones, no surge del mero capricho de innovar el sector, sino que se origina en el reconocimiento del hecho innegable de que el modelo orientado por monopolios estatales ha hecho crisis, por eso, una reorientación en el régimen de los servicios de telecomunicaciones debe partir del reconocimiento del impacto de la economía en la formulación de las normas jurídicas, si se quiere generar un régimen de competencia igualitaria, es preciso que las medidas que se adopten partan del análisis económico y del estudio de las condiciones relevantes del mercado.

– *Igualdad tanto formal como material entre proveedores.* Un régimen de competencia exige la sujeción de todos los proveedores de servicios a unas mismas normas en condiciones

de igualdad, en especial, cuando hay concurrencia al mercado de agentes de naturaleza estatal, que compiten con otros de naturaleza mixta o privada. Toda ventaja o desventaja que tenga un operador sobre los demás termina afectando el modelo e imposibilitando la existencia de competencia real. Si no se prevén mecanismos que equilibren las condiciones entre los operadores, la presencia de la participación estatal podría llegar a considerarse como un elemento que restringe o impide la competencia y esto no es lo aconsejable.

Lo adecuado es, que independientemente del origen del capital, los operadores privados y estatales puedan competir en condiciones de igualdad, y que el compromiso del regulador sea construir el escenario para que ello se realice sin beneficios, ni cargas especiales para ninguno de los agentes que concurren al mercado en competencia.

– *Estabilidad en las condiciones de acceso al mercado.* La liberalización del sector en la medida que promueva la inversión privada, debe partir de garantizar a los inversionistas que en caso de ser necesario modificar el ordenamiento jurídico a que está sujeta la prestación del servicio, se le mantendrán las condiciones en que los prestaba y que cuando eso no sea posible, se le harán las compensaciones del caso, que le permitan mutar su actual situación a la nueva que le determina el orden jurídico. Esto no significa que deba garantizarse la inmutabilidad del ordenamiento jurídico²⁷, sino que, cuando por razones de interés general sea necesaria la modificación del régimen jurídico se dará aplicación al principio de confianza legítima²⁸ a que tiene derecho quien ha realizado inversiones económicas.

– *Condiciones de entrada y salida equitativas.* El orden jurídico debe garantizar a los proveedores de servicios que en caso de concurrir nuevos proveedores a prestar servicios al mismo mercado, lo harán en condiciones equivalentes y que por lo tanto los derechos, obligaciones y cargas especiales recaerán sobre todos en condiciones de equidad. También el orden jurídico debe prever las condiciones de salida a los prestadores de los servicios, preservando en todos los casos la continuidad del servicio y los derechos de los consumidores de los mismos.

– *El derecho sustantivo debe prevalecer sobre el mero formal en las interpretaciones jurídicas.* La interpretación material y no simplemente formal del derecho, significa que en escenario de competencia, la igualdad debe garantizarse desde la perspectiva real o económica y no simplemente formal, y por ello, las condiciones de equidad en las cuales los nuevos agentes ingresan al mercado, deben atender a las condiciones materiales actuales del mismo y no a las simples condiciones formales o abstractas en las cuales otros agentes ingresaron al mismo mercado.

Así mismo, en el trámite de actuaciones, las autoridades administrativas y judiciales, deben guiar sus decisiones a los contenidos materiales de lo alegado por las partes, en ningún caso deben hacer prevalecer las condiciones puramente formales sobre los derechos sustanciales.

– *El ejercicio separado de funciones como garantía democrática.* Es necesario que en escenarios en competencia se registre una clara separación de las diferentes funciones estatales, en especial en los casos en los cuales el Estado a través de empresas oficiales siga pres-

tando servicios; de las funciones más relevantes a separar son:

- Fijación de políticas o tareas legislativas.
- Regulación económica y del servicio.
- La actividad de los proveedores.
- Las funciones de policía administrativa en protección de los consumidores y de la competencia.
- Las funciones jurisdiccionales o de dirimir conflictos con fuerza de verdad legal.

No es conveniente que en escenarios de competencia un mismo agente o funcionario intervenga en el cumplimiento de diferentes roles en el sector, esto es, que un mismo agente cumpla funciones propias de los proveedores de servicios y a la vez se ocupe de la regulación; o que a la vez que presta servicios resuelva los conflictos en que incurra con sus usuarios o con otros proveedores; ni que un mismo organismo o entidad a la vez que expide la regulación, la aplique y dirima los conflictos que se generen derivados de la aplicación.

– *La regulación.* Una de las características básicas para el desarrollo de la competencia en el sector de las telecomunicaciones es la consolidación de un esquema regulatorio que la promueva, generando las condiciones más adecuadas para que nuevos operadores puedan concurrir al mercado, para lo cual es necesario:

- La eliminación de barreras de entrada y por lo tanto, facilitar al máximo el otorgamiento de habilitaciones y en muchos casos, eliminar la exigencia de las mismas.
- Garantizar neutralidad e imparcialidad en la asignación de recursos escasos, haciendo transparente la forma como los mismos son atribuidos y asignados.

- Fijar un régimen tarifario basado en costos e impedir que los proveedores puedan fijar tarifas no competitivas, predatorias o que se valga de subsidios cruzados. Tomando en cuenta, que la sola exigencia de cargas de servicio universal no son por ese solo hecho contrarias a la libre competencia; lo que es contrario a la misma, es que esas cargas no sean equitativas o equilibradas.

- Garantizar el acceso al uso de redes e instalaciones esenciales por parte de los agentes que las requieran para ofrecer servicios a usuarios de otros proveedores o para conectarse o interconectarse con otras redes. Uno de los componentes básicos y necesarios para el desarrollo de la competencia es la expedición de reglamentos adecuados de Interconexión, derechos de paso y uso de instalaciones esenciales.

– *Asimetrías sujetas a principios de razonabilidad y proporcionalidad.* El esquema debe definir un régimen de "igualdad-competitiva", que impida los abusos de posición dominante o que otorgue privilegios injustificados a algunos proveedores de servicios. En este sentido, el régimen debe tener las asimetrías que sean necesarias para lograr equilibrio en las condiciones económicas que en realidad promuevan la competencia.

– *Tarifas y precios transparentes.* Un régimen de competencia exige que se establezca un sistema de precios basado en costos más utilidad razonable, que es la remuneración que debe recibir el proveedor de los servicios; este sistema debe separarse claramente del régimen tarifario que se aplica en la adopción de políticas de servicio o acceso universal, el cual se puede soportar en criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Si bien, los precios y las tarifas pueden coexistir los métodos deben ser transparentes

y las diferencias explícitas para que la competencia sea posible.

– *Desagregación de redes y costos de imputación.* Para lograr el desarrollo de un esquema competitivo en telecomunicaciones debe establecerse la obligación, en especial para los proveedores con poder significativo en el mercado, de desagregar las etapas en la prestación de los servicios, –lo que podría incluir la desagregación plena de las redes– y adoptar un sistema de contabilidad de costos que permita el conocimiento por parte de los consumidores y de otros proveedores de los costos que se imputa a cada etapa del servicio. Además, debe establecerse las obligaciones a los proveedores de ofrecer a terceros la prestación de estas etapas a los costos que se imputa así mismo, con derecho solo a obtener el reconocimiento de costos más una utilidad razonable como remuneración a su obligación de servir.

– *Interconexión de las redes.* El régimen de competencia en telecomunicaciones exige el establecimiento de un sistema de interconexión claro, público y eficiente, que consagre procedimientos que garantizan la imposición de servidumbres de interconexión en los casos en que los proveedores que tienen posición de privilegio se nieguen a compartir sus redes o instalaciones esenciales con otros proveedores²⁹ que las requieran para prestar servicios o que aún no negándoles pretenda aprovecharse injustificadamente de su posición de privilegio.

– *Protección de los consumidores.* En escenarios reales de competencia los consumidores adquieren la connotación de clientes que

escogen libremente su proveedor y pagan el precio eficiente por el servicio que han seleccionado, en consecuencia, en este tipo de escenarios la autonomía de la voluntad es determinante y ella se expresa a través de relaciones de tipo contractual. En estas circunstancias, la mejor defensa del consumidor se obtiene cuando existe una oferta abundante de servicios, que le permite escoger al proveedor y abandonar en forma inmediata a aquel que no ha satisfecho en forma eficiente las expectativas de sus consumidores.

No sucede lo mismo en relación con los usuarios, que no pueden seleccionar su proveedor, bien por falta de oferta de servicios, por no tener suficiente capacidad de pago o simplemente por tener la necesidad de acceder al servicio a través de un mecanismo de fomento con apoyos del Estado, por ello es necesario que en el sector de las telecomunicaciones se reconozcan dos tipos de consumidores, de un lado los clientes y del otro los usuarios.

Unos y otros requieren de la protección estatal y deben contar con mecanismos e instrumentos ágiles y apropiados que impidan que el proveedor de los servicios abuse de ellos.

II. LAS TELECOMUNICACIONES Y SU INCIDENCIA EN EL DESARROLLO

El hombre, ser social por naturaleza, ha necesitado compartir con otros hombres sus vivencias, para procurar en forma conjunta con otros hombres construir la sociedad. La evolución de las formas de comunicación han permitido el establecimiento de lo que se conoce como telecomunicaciones o comunicaciones a distancia, las que en el mun-

do actual han sufrido una notoria revolución al unirse con la informática y servir de soporte a las actividades humanas más importantes, a través de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TICs–, base sobre la cual se edifica la sociedad de la información que determina el desarrollo en los inicios del siglo XXI³⁰.

La generalización en la utilización de las denominadas tele-actividades, es una clara muestra de la aseveración que se hace, pues a través de ellas se han transformado actividades esenciales en la sociedad como es el caso del tele-trabajo, la tele-educación, la tele-medicina, el tele-mercadeo, para sólo mencionar una cuantas de las aplicaciones de las telecomunicaciones, que han incidido en la calidad de vida de los ciudadanos, y además, afectan el crecimiento económico de los Estados.

A. La sociedad de la información³¹

El conocimiento que no es más que la utilización eficiente de la información acumulada para transformar el mundo, es una de las características esenciales de la condición humana del hombre, las telecomunicaciones se han convertido en uno de los instrumentos que mejor potencian esa capacidad al permitir la transmisión, almacenamiento y procesamiento a distancia de grandes volúmenes de información, que permiten simplificar los procesos y compartir en forma global los desarrollos y avances que se han logrado.

La utilización de la información y el manejo de ordenadores para el control de sistemas automáticos a distancia, nos coloca en un nuevo escenario productivo, el de las tele actividades, que corresponde a nuevas sociedades en las cuales se imponen

nuevas formas de ser y de actuar de los asociados. El resultado que estamos obteniendo, no es otro que el de la construcción de un nuevo hombre y de una nueva sociedad.

Esta nueva sociedad que se caracteriza por nuevas prácticas sociales, nuevas formas de trabajo, nuevos conocimientos y formas de conocer; el desarrollo de nuevas destrezas y nueva ética, todo como producto de la aplicación de nuevas tecnologías, está consolidando un nuevo concepto del sentido de lo humano.

B. El desarrollo integral de la sociedad

Se hace notoria una preocupación de diferentes sectores, entre ellos los políticos, económicos y académicos en los países en vía de desarrollo, que consiste en la necesidad de poder definir un modelo para el sector de los servicios de telecomunicaciones, que permita lograr mejorar la calidad de vida de los administrados y el desarrollo integrado de la sociedad.

Esta preocupación es de mayor importancia en la sociedad actual, en la que las telecomunicaciones aplicadas en tele actividades afectan en su totalidad las actividades sociales, productivas y culturales de importancia individual y colectiva, y se convierten en un verdadero motor del desarrollo. Por ello, el tema de las telecomunicaciones no se limita a ser eminentemente técnico, jurídico o económico, es mucho más que ello, es un tema que involucra la totalidad del conocimiento en su conjunto y las implicaciones de las políticas que se adopten sobre la materia tiene impacto sobre muy diversos aspectos de la vida social.

C. Las telecomunicaciones aplicadas

La importancia de las telecomunicaciones

se ha multiplicado en los últimos años, con la aparición de las telecomunicaciones aplicadas o tele actividades, que han transformado la simple comunicación de voz que es el teléfono, por otros servicios, tales como el tele comercio, el tele trabajo, el tele estudio, la tele medicina, el tele gobierno, la tele recreación y en fin, las telecomunicaciones han permitido que las más importantes actividades productivas y culturales de la sociedad se realicen a distancia, lo que las hace tener un nuevo impacto social.

La nueva realidad exige que se adopten nuevas políticas públicas capaces de darle respuesta, es necesario que realicen nuevas alianzas en el sector en las que deben intervenir proveedores de equipos y servicios de telecomunicaciones, agentes del sector real de la economía, autoridades gubernamentales tanto nacionales e internacionales como regionales y locales, y los consumidores de los servicios.

La consolidación de programas de ciudades digitales con amplia participación activa de las autoridades locales es una necesidad, pues de ellas depende en buena medida la aplicación eficiente y masiva de las tecnologías de la información en las comunidades locales³².

Son múltiples las manifestaciones de la utilidad de las tele actividades, prueba de ello es el creciente desarrollo del comercio electrónico, que ha desplazado las transacciones económicas tradicionales, ha hecho mucho más eficientes y seguras las transacciones presentando como resultado un innegable beneficio para todos los agentes del sector.

La aplicación de modalidades de tele gobierno, conocido como e-gobierno, en nuestros países, será un instrumento que facilite el desarrollo de la democracia de par-

ticipación, simplifique la actividad administrativa de los gobernantes y genere nuevas modalidades de control a la gestión administrativa, que puede ser más transparente y eficiente en la medida en que es pública y puede ser conocida por los ciudadanos y por los diferentes agentes que intervienen en esos procesos administrativos.

III. EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LOS USUARIOS

A. Políticas públicas

1. *Telecomunicaciones y políticas públicas*

Se conoce como políticas públicas al conjunto de decisiones, informaciones, señales, orientaciones y regulaciones que las autoridades estatales deben expedir, tendientes al cumplimiento de los objetivos o propósitos que se hayan comprometido llevar a cabo; son el producto de las acciones reflexivas de los gobernantes de adoptar un determinado modelo para mejorar la calidad de vida de los administrados y procurar el desarrollo de la sociedad.

La ordenación armónica del sector de las telecomunicaciones y el direccionamiento adecuado de la forma como el mismo se desarrolla, obedece a la clara adopción de políticas públicas, que no necesariamente se refieren a la expedición de numerosas disposiciones legislativas y reglamentarias, sino al propósito explícito y claro de llevar el sector a una determinada meta o fin, con análisis y evaluaciones permanentes que posibiliten la verificación de si se cumple o no con las expectativas determinadas.

En la adecuada formulación de políticas públicas, las decisiones deben adoptarse por

las autoridades estatales, a partir del análisis de las condiciones concretas de la sociedad, que estarán determinadas por su grado de desarrollo y por el interés de los diferentes sectores sociales de mantener las condiciones preexistentes, o por generar una transformación esencial en las actividades que realizan.

La incidencia de las telecomunicaciones en el desarrollo, en especial a partir de la masificación de la aplicación de las tecnologías de la información, hace necesario el establecimiento de una estructura del sector que permita su desarrollo en condiciones propias de un mercado eficiente, pero a la vez se requiere de la intervención del Estado con un fin regulador, que no sólo esté dirigido a proteger y promover la competencia, sino que además busque garantizar la prestación de servicios de calidad a precios razonables y que se promueva el crecimiento permanente de coberturas con el fin de lograr la atención de los sectores socialmente más deprimidos.

Se busca lograr establecer políticas públicas en telecomunicaciones acordes con nuevos modelos que permitan a la vez desarrollar la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la competencia; que se proteja a los consumidores de los posibles abusos en que incurran los proveedores y hagan imperativas las condiciones que faciliten el crecimiento permanente de las coberturas de los servicios y el acceso a los sectores más pobres de la población.

Dado que los modelos simples como "libre mercado" con desregulación plena y ausencia del Estado o el de "intervención plena" con prestación estatal de los servicios no han resultado adecuados para garantizar el crecimiento de los países en vía de desarrollo, se impone la construcción de un

modelo capaz de responder a las estructuras de la sociedad, de tal manera, que es posible que los sectores con facilidades de pago incursionen en el mercado de los servicios con las protecciones adecuadas a ese modelo y que a la vez los sectores de la sociedad que requieren soluciones sociales, muchas de ellas con carácter comunitario, dispongan de soluciones adecuadas y oportunas a sus necesidades básicas de telecomunicaciones³³.

Los países con grados de desarrollo desigual y con grandes brechas entre los estratos sociales, deben intentar soluciones de políticas de telecomunicaciones desiguales que permitan atender a la totalidad de la población acorde con sus necesidades y capacidades.

Esta mezcla de situaciones es la que da lugar a la coexistencia entre clientes que se guían por la autodeterminación de sus voluntades, que escogen sus proveedores de servicios y que celebran con ellos contratos para su prestación por los que están dispuestos y en posibilidad económica de pagar un precio; y usuarios que enfrentan usualmente un solo proveedor de los servicios que debe atender sus necesidades por fuera de las condiciones de mercado y que más que enfrentar las condiciones de la libre competencia deben cumplir una función social que le compete al Estado.

Como se ha afirmado, los escenarios en que se desarrolla la prestación de servicios de telecomunicaciones en nuestros países, no son "puros" y "extremos" de usuarios y clientes o de libre mercado e intervención; la naturaleza misma de la prestación de los servicios hace que deba existir en todas las circunstancias intervención del Estado para proteger a los consumidores de los posibles abusos de la posición de dominio que os-

tenta el proveedor de los servicios y además, para garantizar que los agentes en el mercado de competencia, lo hacen en condiciones de igualdad sin que incurra en concertaciones o actuaciones contrarias a la libre y leal competencia.

La circunstancia especial de que en algunos casos, las empresas que antes fueron monopólicas, en la actualidad continúen prestando los servicios, y administrando las redes de telecomunicaciones, hace aún más necesaria la consolidación de la actividad regulatoria para impedir que esos operadores obstaculicen el libre desarrollo del mercado o impongan condiciones inequitativas a los nuevos operadores³⁴ o a sus usuarios.

En este entorno, las políticas públicas deben estar dirigidas en varias vías: promover competencia, garantizar la calidad de los servicios, impedir abusos de la posición dominante y de las prácticas no competitivas, y fijar reglas que permitan el acceso universal a las tecnologías de la información; objetivos que más que excluirse, deben entenderse como complementarios.

2. Preocupaciones esenciales que se generan en el nuevo entorno

Con la transformación sectorial de las telecomunicaciones, surgen nuevas cuestiones y se generan nuevas inquietudes que deben ser cuidadosamente abordadas y aunque es notorio el sentido positivo de la incidencia de las telecomunicaciones, en la sociedad contemporánea, son varias las preocupaciones que deben ocuparnos en este entorno:

- Cómo garantizar que el mayor número posible de ciudadanos acceda a la utilización de las telecomunicaciones y con ellas a las tecnologías de la información: *conectividad*.

– Qué políticas definir que estimulen la libertad de empresa y que incrementen la oferta de servicios: *regulación*.

– Cómo establecer políticas adecuadas que permitan a los proveedores de servicios atender los sectores más deprimidos de la población: *servicio universal*.

– Cómo lograr que los diferentes sectores sociales conozcan de las aplicaciones prácticas de las TICs y se beneficien efectivamente de ellas.

– Cómo lograr la más óptima explotación de las redes y demás recursos de telecomunicaciones en beneficio de la sociedad.

– Cómo dotar a los consumidores –usuarios y clientes– de *instrumentos de protección suficientes* que les permita hacer valer sus derechos ante los proveedores de servicios.

– Cómo impedir que los proveedores establecidos, no abusen de su posición de dominio en el mercado e impidan que otros agentes intervengan en el mismo: *control*.

3. Concreción de las políticas públicas: *governabilidad*

En la determinación de las políticas públicas, el elemento "governabilidad", es de significativa importancia, en especial en las democracias de participación, pues dicho elemento constituye el mecanismo, que le permite a los gobernantes conocer el criterio de los sectores de interés, antes de adoptar legislaciones y regulaciones que puedan afectar en forma directa o indirecta a los administrados.

A diferencia de las democracias representativas en las cuales los electores depositan en los elegidos la responsabilidad

plena y autónoma para adoptar las decisiones de Gobierno que estimen necesarias; en las democracias de participación, el elegido debe cumplir un mandato ciudadano que legitima sus decisiones y que en muy variadas oportunidades implica tener que escuchar a los sectores de interés antes de adoptar diferentes decisiones de relevancia para los ciudadanos.

La regulación en el sector de las telecomunicaciones, así como la de los servicios públicos en general, debe obedecer al resultado de la construcción colectiva en la cual deben ser tomadas en cuenta las opiniones y criterios, que expresen aquellos sectores y personas que poseen conocimientos especiales, que podrían resultar afectados por las decisiones que se adopten como son:

- Los sectores académicos y gremiales.
- Los proveedores establecidos de servicios.
- Los nuevos proveedores dispuestos a integrarse al mercado.
- Las autoridades locales o territoriales.
- Los consumidores individualmente considerados y a través de sus organizaciones.
- Los sectores sociales a quienes no se presta el servicio y debe garantizárseles conectividad.

Para que del análisis de discusión sectorial se obtengan resultados exitosos, las autoridades no pueden guiarse exclusivamente por opciones políticamente recomendables, sino que tienen que optar por soluciones económicamente viables y que garanticen sostenibilidad, en otros términos es muy importante tener como método la evaluación previa del impacto económico de las normas que se pretende expedir.

IV. EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las transformaciones del sector de las telecomunicaciones, del derecho administrativo, conjuntamente con el desarrollo de la economía y las tecnologías de la información, han generado la necesidad de consolidar un ámbito especial y específico dentro de las disciplinas jurídicas y es: el derecho de las telecomunicaciones.

Esa nueva especialidad del derecho: de las telecomunicaciones, debe abordar los diferentes asuntos derivados del derecho económico relativos a la promoción de la competencia y la consolidación de los mercados, y también debe abordar desde las perspectivas del derecho administrativo el establecimiento de un régimen de derecho público para el servicio y en especial para la protección de los consumidores, sea que asuman la condición de clientes, o sea que asumen la condición de usuarios.

El derecho de las telecomunicaciones altamente influenciado por los desarrollos de las tecnologías, por la apertura y la globalización de la economía, y por la necesidad de generar condiciones para la universalización en el acceso al servicio y la protección de los usuarios, es un derecho nuevo que debe nutrirse de las escuelas más autorizadas de las diferentes áreas de la formación jurídica.

Esta área debe caracterizarse por:

– *La interdisciplinariedad*, pues no se puede divorciar las categorías jurídicas de las realidades económicas y tecnológicas. El derecho de las telecomunicaciones recibe un notorio impacto de las mutaciones en la prestación de los servicios, por la incorporación permanente de nuevas tecnologías y

además, por los cambios que se registran en los comportamientos económicos de los proveedores y de los consumidores que son la fuente material de sus contenidos. Lejos de entender que esta área del derecho está sometida a las variaciones de su objeto material de estudio, lo que debe reconocerse es todo lo contrario.

– *El carácter finalista*, debe partirse del criterio claro de que el derecho es un medio que busca permitir el cumplimiento de los fines del Estado y por lo tanto, que la interpretación jurídica debe ponerse al servicio de la equidad, el desarrollo de la sociedad, la justicia, la incorporación de nuevas tecnologías y en fin, a la defensa de los valores y principios propios de la sociedad contemporánea³⁵.

– *El carácter participativo*, en la construcción del derecho de las telecomunicaciones es indiscutible el valor de la participación de los agentes del sector que son quienes con mayor validez legitiman su construcción, en especial debe tomarse en cuenta la participación de proveedores de los servicios, clientes, usuarios actuales y potenciales y organizaciones de la sociedad afectadas por la prestación de los servicios. La aceptación de la construcción colectiva del derecho de las telecomunicaciones es uno de los mayores factores de éxito, pues su legitimidad se soporta en un componente democrático de gobernabilidad.

– *Sus destinatarios directos o indirectos a los consumidores actuales o potenciales* de los servicios, en la elaboración y aplicación de las normas relativas al derecho de las telecomunicaciones, el operador jurídico deberá tomar en cuenta que los destinatarios finales de las

normas no son simplemente los proveedores de servicios que tienen entre sí relaciones económicas, sino que además de las aplicaciones de la misma, puede verse afectada la prestación de los servicios y las personas que hacen uso de ellos. Una orientación finalista en la interpretación de esta modalidad de régimen jurídico debe ver al consumidor, como la razón de ser del régimen jurídico especial.

– *Las normas son de orden público*³⁶, el carácter esencial de los servicios de telecomunicaciones hacen que su reglamentación tenga connotaciones de normas de orden público y de imperativo cumplimiento, las cuales no son disponibles por los agentes que intervienen en el sector. La incidencia que las telecomunicaciones tienen en la sociedad y sobre todo el hecho de que las normas que las regulan se motivan en la protección de los usuarios, en la calidad y continuidad en la prestación de servicios que afectan sustancialmente la vida en sociedad, hacen que tanto formal como materialmente estas disposiciones tengan relevancia diferente a las que en forma supletiva regulan las simples relaciones jurídicas entre particulares.

– *Las normas deben tener alcance dinámico y flexible*, se trata de un área del derecho permeable a los cambios de la tecnología y de las prioridades en su regulación que pueden modificarse de un día a otro. En el sector las prioridades se desplazan rápidamente de un objeto a otro, así, en la actualidad, la prioridad puede ser la competencia en concurrencia con el acceso universal, mañana, puede ser la utilización racional de los recursos escasos o la reglamentación de servicios como la telefonía IP, y pasado

mañana, podría considerar prioritario en el sector un asunto del cual hoy ni siquiera nos percatamos.

– *Se debe procurar mantener seguridad jurídica*³⁷, que permita que nuevos agentes intervengan en el sector, bajo la condición de que se mantendrán las condiciones generales en las cuales se han incorporado a la prestación de los servicios. La seguridad jurídica en esta área del derecho, no puede entenderse como la prevalencia de los intereses privados sobre el interés general, de donde se deduce que el alcance de este principio no es, ni puede ser absoluto frente a un mundo cambiante.

– *Su prevalencia del interés general*, en la construcción del derecho de los servicios de telecomunicaciones debe tomarse en cuenta que es de aplicación preferente a los simples convenios que se realicen entre los proveedores de los servicios con sus consumidores o con otros proveedores de los servicios, pues son el resultado de la intervención del Estado en procura de la protección del interés común.

– *Su sujeción al desarrollo global del sector y a la mundialización*. El derecho de las telecomunicaciones pretende regular relaciones jurídicas que trascienden lo nacional y por ello sus instituciones deben nutrirse en las directivas y orientaciones que se originan en el derecho internacional general, en el derecho internacional multilateral y en las decisiones de organismos supranacionales.

A. Las categorías jurídicas y la realidad social

Al no constituir un fin en sí mismo, el de-

recho, es un instrumento para la equidad y el desarrollo social, por eso, debe partir del reconocimiento de las condiciones materiales de existencia de las personas a las que les es aplicable; la forma actual de la sociedad y los fines buscados con la expedición de las normas, enmarcan los límites de acción de la normatividad jurídica.

La teoría jurídica en países en desarrollo como es el caso de los latinoamericanos no debe petrificarse en la defensa de categorías jurídicas que no corresponden a las realidades económicas mundiales, pero tampoco debe desconocer que en el caso de los denominados servicios públicos y actividades de interés general, debe existir un ámbito regulatorio de protección de los sectores sociales, que le permita a los más pobres acceder a los servicios y beneficiarse de los desarrollos de la sociedad contemporánea.

En consecuencia, debe realizarse un gran esfuerzo para conciliar en el ámbito de los consumidores, los intereses de clientes y usuarios que se encuentran en algunos casos en condiciones asimilables, pero en otros, en condiciones diferentes.

El análisis jurídico debe tomar en cuenta que unas son las relaciones jurídicas en escenarios monopólicos, donde quien presta los servicios de telecomunicaciones debe asumir en forma directa la obligación de atender a todos los sectores de la sociedad utilizando para ello, muchas veces la aplicación de subsidios cruzados entre usuarios o entre servicios; y otras bien diferentes, son las relaciones jurídicas cuando existen varios proveedores de servicios que deben ofrecerlos a sus clientes en condiciones de igualdad. En este último caso, existirán sectores de la población que no podrán incorporarse eficientemente a los mercados, para

ellos se impone el establecimiento de políticas públicas que pueden ir desde la garantía al acceso a través de soluciones comunitarias³⁸, hasta el reconocimiento de subsidios directos tomados de fondos de servicio universal.

B. Los efectos de la mutación en las categorías jurídicas

Las transformaciones en el modelo jurídico representan la variación en categorías tradicionales, pues de un servicio público, sometido a tarifas, a un régimen reglamentario de protección de los usuarios, a un esquema de subsidios o subvenciones cruzadas, nos estamos desplazando a un nuevo entorno en el cual además de usuarios existen clientes, las tarifas adquieren las connotaciones de precio al ser asociadas a los costos en que se incurre en la producción del servicio, los reglamentos de usuarios se afectan por las relaciones contractuales que permiten el desarrollo del concepto de cliente y las subvenciones cruzadas tienden a desaparecer para establecer modelos de subsidios directos que facilitan el ingreso de los sectores sociales deprimidos al mercado sin que se afecte el comportamiento del mismo³⁹.

C. La incidencia de lo económico en la producción y aplicación del derecho

La expedición de normas jurídicas⁴⁰ buscan como efecto incidir en las relaciones jurídicas entre los agentes del sector. Por ello, antes de adoptar decisiones de estos ordenes es imperativo un análisis económico con el fin de medir antes de producir las normas, los posibles efectos que ellas pueden tener. El tema de construcción del de-

recho no es un simple tema de construcción jurídica y de opciones políticas, hay que tener en cuenta además que, como efecto de esas decisiones, se afectará el orden económico y en consecuencia debe atenderse a la forma como lo hará, para poder efectivamente adoptar decisiones razonables.

Es poco común en los países en vía de desarrollo la aplicación del análisis económico del derecho, que plantea como método, en la creación y aplicación del derecho, indagar por su verdadero efecto en las relaciones económicas en la sociedad para evitar que la adopción de decisiones fundadas en la buena fe, pero en el desconocimiento del comportamiento económico, terminen produciendo efectos no queridos, bien porque desestimulen el crecimiento real de un determinado sector de la economía o porque las obligaciones que se generan representen una carga especial que los agentes, a los cuales está dirigida, no están en la capacidad de asumirla.

A las escuelas tradicionales de interpretación del derecho, la de la exégesis, la institucional, la histórica, la teleológica, la sociológica, la dialéctica, se hace necesario añadir una nueva, que se oriente en la equidad y el desarrollo de la sociedad, y es la del análisis económico, que bien podría considerarse un método de interpretación del derecho o un instrumento necesario de ser tomando en cuenta en la aplicación de los métodos existentes.

D. La regulación y el control como elementos esenciales en el nuevo escenario

En la transformación sectorial que conduce del monopolio a la competencia se hace necesaria una nueva distribución de competencias y atribuciones en diferentes autori-

dades estatales, en relación con los servicios: la regulación y el control toman una nueva dimensión y de la forma como las mismas se desarrollen en buena medida depende el éxito o el fracaso del modelo.

En el sistema de prestación del servicio a través de monopolios estatales, normalmente un solo agente se ocupa de definir las políticas públicas, de la regulación económica, de prestar los servicios, asumir los compromisos de servicio universal y hasta de promover y garantizar los derechos de los usuarios; en escenarios de privatizaciones y sobre todo de liberalización para la competencia el asunto es diferente, y cada una de las tareas que deben realizarse en el sector de los servicios la debe realizar una gente diferente, si se quiere garantizar la neutralidad y eficiencia que se busca con el establecimiento de este tipo de modelos.

En condiciones de competencia es necesario que un agente neutral y autónomo, frente a los proveedores de los servicios, sea quien se encargue de la regulación económica, esto es, de ejercer las atribuciones de intervención del Estado en la economía a través de la materialización de las políticas públicas, que les permita a los diferentes competidores realizar sus actividades en condiciones de igualdad, sin soportar cargas públicas especiales o recibir privilegios injustificados que los coloque en condición ventajosa frente a los demás.

E. Regulación y el control son funciones de naturaleza diferentes

No obstante que, en algunos modelos jurídicos se ha admitido que un solo organismo realice las tareas de regulación y control de los proveedores que prestan servicios en competencia, éstas son tareas de naturale-

za jurídica diferente, pues la regulación es la capacidad de poder expedir normas de contenido general y particular que dentro de los límites de la Constitución y la ley emiten organismos con potestades estatales y cuyo fin es intervenir en la economía para promover la competencia, proteger a los usuarios y garantizar el acceso universal a los servicios; en cambio la función de control corresponde al ejercicio de otra potestad estatal, cuyo alcance no es otro que el del ejercicio de funciones de policía administrativa que aplica el derecho a casos concretos, esto es, mediante la aplicación de decisiones de contenido particular que busca aplicar medidas correctivas para que los proveedores ajusten sus conductas a la legislación y a la regulación especialmente en materia de competencia, y no incurran en prácticas monopólicas, restrictivas o abusivas frente a otros proveedores de servicios, y tampoco, incurran en conductas que pueden afectar a los usuarios.

La función de regulación es diferente a la función legislativa que le corresponde a los congresos o a los parlamentos, pues a través de ella no se definen las políticas públicas que son objeto de ley; su labor se restringe a actuar dentro de la legislación para tomar un conjunto de decisiones relativas a la concreción de la política económica del Estado y que por su naturaleza, dinamismo, alcance y condiciones no es adecuado dejarla en manos de los organismos complejos como son los congresos, pero por su alcance e impacto en la vida social, ésta tarea no puede considerarse independiente de las políticas públicas generales que determinan las autoridades estatales.

F. La regulación y el control desarrollan el ejercicio de potestades públicas

Por su naturaleza jurídica de alcance vinculante para los diferentes agentes que intervienen en la prestación de los servicios, tanto las actividades de regulación como las de control, son el desarrollo del ejercicio de autoridad, no-potestad, pública y por lo tanto sólo puede ejercerse como el desarrollo de una atribución o competencia que ha asignado el ordenamiento jurídico.

Aún, en los casos de los sistemas más privatizados o liberalizados, el Estado no pierde sus competencias de regulación y control, ni entrega la responsabilidad del ejercicio de éstas funciones a los particulares, ya que a través del ejercicio de la misma es como el Estado puede ordenar de acuerdo con su orientación política, el desarrollo del sector y las diferentes relaciones que se presentan entre los proveedores de servicios entre sí y de ellos con sus consumidores.

El desarrollo de las democracias participativas y del ejercicio de las soberanías populares ha demandado una variación sustancial en los conceptos de participación ciudadana en el ejercicio de las potestades públicas y con ellas en el concepto de gobernabilidad, que permite que diferentes agentes de la sociedad participen de manera activa en la producción del derecho.

Los nuevos conceptos de gobernabilidad y democracia participativa hace necesario que con el fin de dar legitimidad al ejercicio de la función regulatoria sean tomados en cuenta por diferentes medios, tanto los consumidores como los proveedores de servicios, antes de ser expedida una regulación que pueda afectarlos, lo cual no significa que la regulación deba ser expedi-

da por los agentes que tienen intereses en ella, sino, que ésta pueda tomar en cuenta diferentes sectores de la sociedad que con su expedición pueden resultar afectados.

G. Aspectos propios de la regulación

Si bien en un principio, la regulación era el ejercicio de potestades públicas relacionadas exclusivamente con la promoción de la competencia en la prestación de servicios, y para ello se le reconocieron competencias en materia de fijación de tarifas y de expedir normas cuyo objeto era el de evitar que los proveedores incurrieran en prácticas abusivas o restrictivas de la competencia, es un hecho que estas competencias se han ampliado notoriamente y en la actualidad los organismos reguladores, dentro de los límites de la ley, se ocupan además de otros asuntos, a saber:

- El fomento y la promoción de la competencia y el establecimiento de indicadores aplicables a los proveedores monopólicos cuando la competencia no es de hecho posible.
- La fijación de indicadores de gestión y la regulación tarifaria, en especial en los casos de ausencia de competencia, para impedir que los proveedores de servicios trasladen a sus consumidores costos ineficientes en que hayan incurrido para producir los servicios.
- La fijación de reglas de protección a los consumidores que impida a los proveedores el establecimiento de reglas o condiciones en la prestación de los servicios, que les permita abusar de su condición de dominio frente a los consumidores, como es el establecimiento de cláusulas abusivas en los contratos de servicios tales como, cláusulas

de permanencia, la renuncia a reclamaciones o al derecho de medición efectiva de sus consumos.

– Le corresponde además, a los organismos reguladores a través del establecimiento del régimen tarifario o del de subsidios y contribuciones, promover la prestación y el acceso universal a los servicios de telecomunicaciones que obligue a los proveedores de servicios a suministrarlos en condiciones especiales a los sectores de la sociedad con menores capacidades de ingresos en desarrollo de políticas de universalización.

– A través de la regulación se debe determinar la estructura deseada para la industria de las telecomunicaciones y en consecuencia, impedir o permitir en algunos casos la integración vertical de los proveedores, ordenar la desagregación de las redes, exigir la contabilidad separada por servicio e impedir los subsidios cruzados y garantizar en general, que los operadores no aprovechan su condición de dominio para remunerar abusivamente algunas de las actividades que prestan en monopolio o con privilegios por tratarse de una instalación esencial para la prestación de los servicios.

– La prestación de los servicios de telecomunicaciones supone la utilización de recursos escasos a los cuales por diferentes razones no tienen acceso la totalidad de los proveedores, como es el caso del uso del espectro radioeléctrico, la asignación de numeración, el espacio público y otros de similar naturaleza, es tarea de la regulación la correcta planeación y administración de estos recursos que en forma directa pueden incidir en el desarrollo del sector.

– Una de las tareas más importantes que le corresponde ejercer a los organismos reguladores en escenarios competitivos es la de garantizar la óptima utilización de recursos

asociados a la prestación de los servicios a favor de los consumidores y en desarrollo de la competencia, y de allí que la garantía de acceso a instalaciones esenciales y de una eficiente interconexión que permita el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios, se constituye en unos de los núcleos de la actividad regulatoria.

– También constituyen tema que es objeto de la regulación, la fijación de normas relativas a la calidad, continuidad y condiciones generales dentro de las cuales los operadores prestan los servicios y atienden a sus usuarios.

H. El ámbito propio de los organismos de control

El control de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, también ocupa un papel de importancia en el desarrollo del sector en escenarios de competencia, pues el hecho de que algunos operadores puedan tener una posición privilegiada o de dominio frente a otros proveedores, o frente a sus usuarios, exige de las autoridades un especial cuidado y la aplicación de un régimen sancionatorio estricto que impida los abusos de la posición de dominio.

De manera similar debe suceder con la vigilancia, para impedir el surgimiento de operadores clandestinos o ilegales de telecomunicaciones, los cuales prestan servicios sin sujeción a la regulación y las muchas veces sin hacer pago por los recursos que utiliza o sin atender las cargas sociales que se derivan de la prestación de los servicios⁴¹ y se constituyen en un factor de perturbación notorio en la ejecución de las políticas públicas que el Estado quiere liderar.

En el ordenamiento del sector de las telecomunicaciones, su crecimiento, la pro-

tección de los consumidores y el desarrollo de competencia igualitaria depende en muy buena medida del adecuado ejercicio de sus funciones por parte de los organismos de control y el alcance que pueden tener los conflictos sectoriales está asociado en muy buena medida a la forma oportuna y adecuada como se ejercen las funciones de policía administrativa y en algunos eventos de las autoridades judiciales.

Es importante resaltar que la actividad del ejercicio de las funciones de vigilancia y control en el sector de los servicios, está asociada especialmente al desarrollo de funciones de policía administrativa que ejerce el Estado generalmente a través de la rama ejecutiva del poder público y que es diferente de las funciones típicamente jurisdiccionales que les corresponde ejercer a los jueces. Pero, en algunos eventos las discusiones jurídicas y los conflictos versan sobre asuntos que sólo pueden ser absueltos por autoridades pertenecientes a la rama judicial del poder público.

Son aspectos relevantes en la función de control:

– En reconocimiento del principio democrático del derecho de libertad⁴², según el cual toda persona puede libremente ejercer las actividades que no le estén prohibidas por la ley. Las autoridades de policía en el sector de las telecomunicaciones deben tener una clara comprensión de qué está prohibido, para sólo actuar en esos casos, siempre y cuando la conducta realizada por el agente esté tipificada como prohibida por el orden legal y no terminar incurriendo en abuso de poder o exceso en el ejercicio de sus funciones.

– Quienes ejercen funciones de control, como regla general, tienen competencias de vigilancia y de carácter sancionatorio.

– Por tratarse de funciones de policía económica su finalidad no es resolver conflictos económicos, ni otros diferentes a los que permitan garantizar la continuidad y calidad en prestación de los servicios y la protección de los derechos de los usuarios.

– En escenarios de competencia los organismos de control deben cumplir con eficiencia al menos en dos ámbitos esenciales, uno referido a la aplicación de las reglas que garantizan la competencia leal y otro diferente que es el de proteger el derecho de los consumidores: clientes y usuarios.

– La integralidad en la protección de la competencia y de los usuarios es un aspecto que deben tomar en cuenta los organismos que ejercen la policía económica, esto es, no sólo se deben vigilar los precios con los cuales se prestan los servicios, sino que además de debe vigilar la calidad, cantidad y permanencia con que los mismos son prestados.

– Las sanciones asociadas al ejercicio de actividades de control deben sujetarse siempre al cumplimiento del debido proceso, que en la sociedad contemporánea no sólo se aplica al ejercicio de la actividad judicial, sino a toda potestad pública que pueda afectar a los particulares y que entre otros se integra por el cumplimiento de los siguientes elementos:

- Legalidad de la falta y de la pena.
- El juez natural o funcionario competente.
- El derecho de defensa material.
- La presunción de inocencia.
- La carga de la prueba a quien la imputa.
- La observancia de las formas y procedimientos propios.
- La razonabilidad y proporcionalidad de la actuación de las autoridades.

– En el ordenamiento jurídico deben establecerse en forma clara y explícita los instrumentos administrativos –de policía administrativa– y los judiciales a que pueden recurrir los consumidores en el caso de que no haya logrado en instancia empresarial resolver los conflictos.

– Por las características o condiciones en que se realiza la prestación de los servicios, el ordenamiento jurídico debe disponer de mecanismos apropiados de defensa de los consumidores, tanto en instancia empresarial, como ante las superintendencias y otros organismos similares, en especial ante las instancias judiciales en las que debe reconocerse la existencia de acciones de carácter colectivo, popular y de grupo, que permita que en forma conjunta y con el cumplimiento de procedimientos simples y oportunos los consumidores puedan hacer valer sus derechos.

V. LOS USUARIOS Y LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

A. Falsas expectativas originadas a los consumidores

La tesis según la cual, la mirada jurídica a la teoría del servicio público desde la perspectiva de los usuarios, debe estar orientada a afirmar que estos deben ser gratuitos y universales, no tiene cabida en nuestro entorno contemporáneo, el concepto de servicio público gratuito en el sector de las telecomunicaciones, ha sido sustituido por el de servicio y acceso universal, que parte del reconocimiento de que estos servicios tienen un contenido económico o prestacional y que los consumidores sólo tienen derecho a recibirlos, si a cambio están dispuestos a pagar una contraprestación económica por los mismos.

Los Estados en desarrollo deben impulsar políticas claras, que muestren a los usuarios, el valor de los servicios y los ingentes esfuerzos fiscales que deben hacerse, para que estos lleguen a la totalidad de la población, con un mensaje contundente: Los servicios valen y deben utilizarse con la mayor eficiencia posible.

Los consumidores en el sector de las telecomunicaciones constituyen el elemento esencial que justifica la intervención del Estado sobre la actividad económica de su explotación, pero la actividad del Estado no debe limitarse a garantizar que éstos obtengan las facilidades o prestaciones que se derivan de los servicios, sino que ellos estén debidamente capacitados para reconocer el valor del servicio y las aplicaciones prácticas del mismo que le permiten obtener otros bienes y servicios y potenciar su utilización.

B. La universalización de los servicios⁴³

Como complemento esencial a las políticas de la libre competencia, es necesario que los países adopten políticas claras de servicio y acceso universal que garantice conectividad a aquellos sectores sociales a los que no es posible atender con las formas tradicionales en las cuales se desarrolla la economía de mercado.

Las políticas del "servicio universal" y más contemporáneamente las del "acceso universal" han venido a complementar las teorías simples de apertura del mercado como solución de políticas públicas que permiten que el desarrollo sea realidad para el ciudadano común y corriente que habita en las naciones en vía de desarrollo.

Se habla de servicio universal para hacer referencia a las soluciones sociales que

pretenden garantizar la prestación de servicios de telecomunicaciones con acceso individual y muchas veces domiciliario de los usuarios de bajos ingresos que no están en capacidad de pagar el costo del servicio y de acceso universal para hacer referencia a las soluciones que buscan garantizar conectividad a través de soluciones sociales de carácter comunitario o colectivo, que al menos en los países en vía de desarrollo son soluciones que tienen mayor eficiencia desde la perspectiva de la asignación y distribución equitativa de los excedentes públicos o de las cargas especiales que se establecen en el sector.

La estratificación inevitable de nuestra sociedad hace que deban plantearse diferentes políticas y acciones de los gobiernos destinadas a atender a diferentes sectores de la población, pues, a la vez que se requiere un estatuto de protección de los clientes que están en condiciones económicas y culturales de acceder a los mercados y que constituyen el mercado regular, debe a su vez, definirse políticas dirigidas a atender un amplio sector de la población que no está en capacidad de pagar el precio del valor de los servicios que debe recibir.

C. El servicio y el acceso universal

Conjuntamente con la liberalización de las telecomunicaciones y el desarrollo de la competencia, entre operadores en condiciones de igualdad, el otro componente esencial de las políticas públicas en el sector, es el relativo a la universalización de los servicios, que garantice acceso o conectividad a todos los sectores de la población.

La universalización de los servicios constituye uno de los temas centrales del derecho de las telecomunicaciones, pues es

un verdadero reto para las administraciones públicas, adoptar las medidas necesarias y arbitrar los recursos que sean del caso, para lograr el cumplimiento del propósito gubernamental de que la totalidad de la población tenga acceso a las telecomunicaciones.

Uno de los componentes que es necesario tener en cuenta en este aspecto, es la modificación en la asignación de recursos dirigidos al fomento y la inversión en telecomunicaciones, pues la orientación de los Estados había sido la de tener como meta de universalización, la prestación de servicios de telecomunicaciones en el domicilio de cada uno de los potenciales usuarios, meta aún lejos de cumplir en países en vía de desarrollo y que hoy debe ser sustituida por la de garantizar el acceso universal a estos servicios.

El acceso universal permite una más adecuada asignación de recursos públicos y una distribución más equitativa de los mismos, pues con él se buscan soluciones integrales de comunicación a las que puedan acceder grupos sociales y no personas individualmente consideradas.

Las políticas públicas sectoriales de promoción de las tele actividades deben mirar múltiples frentes, pues de un lado estarán los sectores eficientes de la economía a los cuales debe garantizarles conectividad y una rápida incorporación de las tecnologías de punta para la satisfacción de necesidades de telecomunicaciones que son urgentes, pero de otro lado existe en los países en desarrollo un amplio sector de la sociedad que no está en condiciones inmediatas de acudir al mercado a pagar los costos eficientes por el suministro de los servicios que requiere y cada vez tiene mayores necesidades de telecomunicaciones.

Para no ampliar las brechas de la sociedad, en los sectores más pobres de la pobla-

ción, el Estado debe definir políticas públicas de acceso universal, que no consiste en sólo brindarles la oportunidad de acceder a un teléfono público monedero y garantizarle el acceso a centros integrados de servicios de telecomunicaciones, sino que se requiere una política más amplia de uso de las tecnologías de la información, que consiste en adelantar campañas para el uso de los computadores y el Internet a través del impulso a las denominadas tele actividades.

Erróneamente invertir en telecomunicaciones no ha sido una prioridad del gasto público, pues se ha entendido que es un servicio suntuario, que no está dirigido a atender las necesidades básicas de los administrados, pero sí cambia de óptica y se ve claro que las telecomunicaciones son el motor del desarrollo y una de las pocas posibilidades de los países que les permite incorporarse a la sociedad desarrollada y que constituyen un factor que potencializa las posibilidades de crecimiento económico y de desarrollo integrado de la sociedad la visión será otra, pero para ello, la política pública sectorial debe variarse sustancialmente, pues la inversión del Estado estará dirigida no a la prestación de servicios como se hizo en otra época, sino a posibilitar que diferentes agentes en especial privados y mixtos puedan concurrir a prestar servicios tanto a consumidores individuales como a consumidores colectivos, que en algunos casos especiales deben ser subsidiados a cargo del Estado.

D. La protección de los consumidores y la ampliación de coberturas

Desde la perspectiva de la universalización, la transformación del sector de las telecomunicaciones impone a las autoridades dos

tareas de trascendental importancia, de un lado la de protección de los consumidores y del otro, la obligación de garantizar la ampliación de coberturas que permita que toda la sociedad pueda acceder al uso de los servicios.

Los consumidores, sea que se trate de clientes o usuarios, están expuestos a los posibles abusos en que puede incurrir el proveedor de los servicios, bien cuando actúa en forma independiente y en perjuicio de otros proveedores o bien cuando actúa en concertación con los mismos.

El tema de la protección del consumidor en telecomunicaciones, es mucho más que la simple vigilancia para que las tarifas o precios ofreciéndolas a los consumidores coincidan con el cobro que se hace o que la medición y tarificación de los consumos no sean contrarias a la realidad, o aspectos similares, pues, si bien estos temas son de relevancia, la protección al consumidor debe iniciarse desde la garantía de que los servicios se prestarán en competencia, de tal forma que los proveedores deben esforzarse cada día por ser más eficientes y que esas eficiencias se traduzcan en mejores condiciones de calidad, cantidad, confidencialidad, reserva, tarifa, atención a los reclamos y tratamiento general que se da al usuario.

Aún en competencia, y en presencia de suficiente oferta de servicios, los proveedores pueden incurrir en conductas que afecten a sus consumidores, realizar vigilancia y control para que el proveedor no abuse de los consumidores y disponer de medios de información e instrumentos de defensa suficientes; es una de las tareas que con mayor cuidado debemos emprender al momento de tomar la decisión de consoli-

dar como modelo el de las privatizaciones, la apertura y la libre competencia.

Algunas de las prácticas que deben impedirse y que deben ser objeto de control por parte de las autoridades competentes son:

– Las concertaciones entre proveedores que tienen como objeto o producen como efecto, entre otras las siguientes circunstancias:

- Reparto convenido del mercado⁴⁴.
- La fijación de precios artificiales.
- La limitación de nuevas inversiones o de incorporación de tecnologías.
- Convenir cargos de acceso altos que se reflejan en tarifa a usuarios finales.
- Integraciones verticales con el fin de eliminar competencia.

– Conductas que tienen por objeto o producen como efecto impedir que se ofrezcan nuevos servicios en el mercado.

- Abusos de posición importante o preferente en el mercado.
- Establecimiento de subsidios cruzados.
- Fijación temporal de tarifas predatorias o no competitivas.
- Impedir la interconexión o el uso de instalaciones esenciales a proveedores que las requieren para poder prestar los servicios.
- La exigencia de condiciones a los nuevos proveedores que los colocan en desigualdad para prestar los servicios.

Prácticas abusivas en que puede incurrir un proveedor que afecta en forma directa a sus consumidores:

- Dar un tratamiento a sus consumidores que resulte contrario a los principios de igualdad y neutralidad.

- Negarse a prestar el servicio a determinados usuarios o hacerlo en condiciones discriminatorias.
- No establecer medios técnicamente adecuados que permitan la medición de los consumos que realiza el usuario.
- No entregar oportunamente o en forma adecuada la factura en la que consten los consumos en que dentro de períodos determinados ha incurrido el usuario.
- Establecer por vía general la presunción de dolo o culpa de los consumidores cuando por algunas circunstancias se afecta la red o la mención del consumo de los servicios.
- Fijar condiciones en los contratos o reglamentos que regulan las relaciones con sus usuarios que le otorguen a su favor derechos especiales o que le impongan cargas injustificadas a sus consumidores.
- Obligar por anticipado a que los consumidores renuncien a sus derechos frente al proveedor de los servicios.
- Hacer obligatorio el pago anticipado del servicio.
- Obligar a los consumidores a comprarle en forma directa o a un proveedor determinado terminales o elementos de la red interna que puede ser adquirido a otros proveedores en el mercado.
- Obligar a sus usuarios y clientes a adquirir bienes o servicios que no requieren o que no son necesarios para la prestación del servicio que se suministra.
- No hacer públicas las condiciones dentro de las cuales se presta el servicio.
- No atender en forma adecuada las peticiones, quejas y reclamos que formulen los consumidores.
- No garantizar la continuidad y la calidad mínima o la ofrecida en la prestación de los servicios.
- Suspender la prestación de los servicios sin dar previo aviso a sus consumidores, salvo claras circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor.

- Violar el principio de la integralidad tarifaria, que consiste en la obligación de mantener las condiciones de cantidad, calidad, permanencia y continuidad en el servicio en relación con el precio determinado.
- Adoptar medidas de efectos sancionatorios frente a los usuarios sin dar plena garantía al cumplimiento del debido proceso.
- No otorgar garantías de correcto funcionamiento de las redes o de los equipos que en forma directa suministra al usuario.
- No atender adecuada y oportunamente las indemnizaciones de los usuarios en los casos de falla del servicio⁴⁵.
- No entregar la información requerida por un consumidor que la requiere con el fin de acudir ante las autoridades⁴⁶.

Las autoridades en el sector de las telecomunicaciones no deben limitar su actividad a ofrecer medios de defensa adecuados a los consumidores de los servicios, están en la obligación de proteger a otros ciudadanos que no tienen acceso a los servicios, bien porque las condiciones de oferta no son suficientes o bien porque existiendo oferta, esos ciudadanos por diferentes razones no están en condiciones de acceder a los mismos, para ello será necesario que se establezcan obligaciones de ampliación de coberturas y cargas de servicio universal.

Se habla de la obligación del crecimiento de coberturas cuando a través de la reglamentación, regulación o títulos habilitantes se le impone a los proveedores de los servicios unos límites de ampliación y crecimiento mínimos, —planes de expansión—, que obligan al proveedor atender nuevos usuarios y hacer cubrimientos de las zonas periféricas de las grandes ciudades, lugares distantes o regiones de difícil acceso.

Como en los países en vía de desarrollo no es posible que la sola dinámica del

crecimiento del mercado, genere las condiciones de plenas coberturas para satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de telecomunicaciones, será necesario que se definan políticas públicas de servicio universal que posibiliten que los servicios se presten en forma subsidiada a algunos usuarios o que simplemente se garantice el acceso universal a los servicios, –conectividad–, a través de su prestación en condiciones económicas favorables a grupos colectivos de la población con la puesta en funcionamiento de telecomunicaciones públicas (especial, aunque no exclusivamente, teléfonos públicos) o de tele centros para acceso comunitario⁴⁷.

E. Usuarios y universalización

Por la importancia de las telecomunicaciones y su incidencia en el desarrollo social, las políticas públicas referidas a los usuarios en estos servicios, no solo deben orientarse a fijar reglas de regulación y control; además, es necesario que se definan políticas claras de universalización⁴⁸, que permitan el acceso a los servicios por parte de todos los sectores de la población.

En escenarios monopólicos la regla de universalización, aunque muchas veces implícita, es clara y consiste en la asignación de “subsidios cruzados” que permiten que a través de excedentes cobrados en las tarifas de los consumidores con capacidad de pago, o a través de recursos originados en algunos servicios⁴⁹, se atiendan a los usuarios que no están en capacidad de realizar el pago⁵⁰; no sucede lo mismo en escenarios de liberalización, donde una de las reglas básicas es la de obtener tarifas transparentes⁵¹ que favorezcan la competencia.

El nuevo escenario, demanda entonces, la definición clara y expresa de las políticas públicas orientadas a atender las necesidades sociales, para poder cumplir el objetivo de universalización. Algunas de las políticas que se han adoptado son:

- La separación del servicio rentable que se deja a los operadores en competencia, de los no rentables que son asumidos por el Estado dentro de su política social. Esta solución es cada día menos probable, ya que las prioridades de los Estados, no tienen contempladas las telecomunicaciones como una prioridad, por este camino la “brecha” crecerá casi inevitablemente.

- La asignación a los operadores el compromiso de ampliación de coberturas que les obligue a atender sectores que no tienen suficiente capacidad de pago a través de la sujeción a planes de expansión del servicio y de las redes. Esta solución no parece ser la más afortunada ya que se obliga en forma directa al proveedor a prestar el servicio sin incentivos para promover su consumo.

- La creación de fondos de servicio universal, que se nutren con recursos originados por contribuciones de los usuarios con mayor capacidad de pago. Esta política incluye una estratificación de los usuarios⁵² y una clasificación de los servicios que, cada vez hace menos posible y sostenible el sistema. Además, la sobrecarga a unos usuarios o servicios hace que los usuarios busquen servicios sustitutos.

- La creación de fondos de servicio universal, que se nutren con recursos provenientes de los ingresos brutos que reciben los operadores de todos los servicios. Esta parece ser una política más adecuada de provisión de fondos que garanticen el desarrollo del sector en la medida en que

permite que todos los proveedores de todos los servicios resulten gravados de una manera similar o equivalente.

Definido el origen de los recursos que deben integrar el fondo de servicio universal, debe establecerse una política pública clara de asignación de los mismos, esto debe definir a qué sectores de la población serán dirigidos y qué tipo de telecomunicaciones deben ser subsidiadas. Como en el caso anterior existen varias posibles políticas, que podrían adoptarse así:

– Que la política social la realicen los proveedores de servicios que generan las rentas, y que apliquen los recursos con los que deben contribuir a sus propios usuarios, con menos capacidad de pago. Esta política genera un desestímulo a los operadores que deben atender sectores sociales con menores ingresos, pues normalmente la renta no es suficiente para atender adecuadamente la necesidad de aplicar subsidios. Además, los proveedores de servicios especiales, como los denominados de valor agregado, aplicarían subsidios a sus propios usuarios, que normalmente no serían quienes requieren con mayor énfasis esos subsidios.

– Que sólo sean subsidiados los usuarios de los servicios básicos de telecomunicaciones y por lo tanto, que los recursos sean dirigidos sólo a los proveedores de estos servicios. Esta solución registra muchas dificultades, de un lado porque hoy no debe promoverse la universalización de un determinado servicio, sino de todos. Atienden necesidades sentidas de telecomunicaciones tanto las soluciones fijas, como las móviles; y las de voz, como las de datos.

– Que se independice la administración y gestión de los operadores aportantes de la del fondo universal, que debe dirigirse sólo

a atender necesidades comunitarias de acceso universal en las que se integren los servicios. Esta, parece ser una salida mucho más equitativa, que permite desarrollar competencia en los sectores eficientes de la economía y atender con soluciones sociales a través de tele centros y soluciones similares a los sectores no rentables.

El tema de “tele-centros” podría constituirse en un importante motor de desarrollo social, de allí la importancia de buscar a través de este u otros sistemas alternativos, soluciones que posibiliten que el mayor número posible de ciudadanos, puedan utilizar en sus actividades sociales y económicas las tecnologías de la información y las telecomunicaciones⁵³.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los desarrollos tecnológicos y económicos que se han experimentado en el sector de las telecomunicaciones, y en especial la incidencia de las TICs en la sociedad, hacen necesaria la reorientación de las políticas públicas hacia el acceso universal de los ciudadanos a las tecnologías de la información y las comunicaciones, y que se consolide un nuevo derecho fundamental “el de la conectividad”⁵⁴.

Competencia, competitividad, regulación, acceso universal, protección al usuario, son palabras claves en la construcción del nuevo escenario de las telecomunicaciones para los países que integran la comunidad latinoamericana, por eso, en el actual grado de desarrollo sectorial, las autoridades deben tenerlas como norte en la adopción de políticas públicas nacionales.

Pero, no basta querer la competencia y el acceso universal, y declararlas normativamente, para que ellas sean realidad, es

indispensable la adopción de un conjunto de medidas que generen las condiciones adecuadas para que estos dos propósitos se cumplan, regulación y control para la competencia y cargas iguales de universalización son objetivos que tendrán que tenerse en cuenta al momento de decidir las transformaciones en nuestros estados.

Para lograr los objetivos de acceso universal y desarrollo es necesario que se adelanten varias acciones de Estado, tendientes a promover competencia y competitividad en el sector, lo que trae consigo la incorporación de nuevas tecnologías y el incremento de la oferta y cobertura de los servicios. Además, debe ser explícita la política que se adopte de protección de los usuarios y de universalización.

Los ciudadanos beneficiarios en últimas del desarrollo, deben recibir los efectos positivos de las transformaciones del sector de las telecomunicaciones, por ello la política de Estado, debe estar dirigida a protegerlos y garantizar acceso universal, así ello implique, la adopción de decisiones en las que los antiguos monopolios y las entidades burocráticas convencionales sean drásticamente afectadas.

* El presente artículo recoge material didáctico elaborado por el autor en sus diferentes labores docentes.

- 1 En relación con la brecha digital, en la declaración de principios, contenida en el documento "WSIS-03/GENEVA/4-S de la UIT", referido a la cumbre mundial sobre la sociedad de la información y fechada el 12 de mayo de 2004, denominada "Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio", se expresa: "10. Somos plenamente conscientes de que las ventajas de la revolución de la tecnología de la información está en la actualidad desigualmente distribuidas entre los países desarrollados y en desarrollo, así como dentro de las sociedades. Estamos plenamente comprometidos a convertir la brecha digital

en una oportunidad digital para todos, especialmente aquellos que corren peligro de quedar rezagados y aún más marginados".

- 2 Entendida como la construcción de escenarios económicos de libre competencia.
- 3 La expresión universalización comprende las políticas públicas de acceso y servicio universal.
- 4 En el documento, UIT 2-S de la conferencia mundial de desarrollo de las telecomunicaciones, Estambul, Turquía marzo de 2002, se afirma:

"Aplicaciones TIC para el desarrollo: Las TIC son instrumentos potentes cuyo poder estriba en su capacidad para promover el desarrollo integrado con beneficios sociales y económicos a largo plazo. En todos los países existen evidencias de que el despliegue de las telecomunicaciones propicia el crecimiento económico^{viii}. Desde 1998 se vienen registrando progresos en el entorno general de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que tienen consecuencias importantes en la UIT^{ix}.

La red Internet, por ejemplo, al reforzar el valor potencial de una conexión telefónica y en combinación con otras TIC, es capaz de proporcionar toda una serie de beneficios a una población mundial vasta y dispersa desde el punto de vista geográfico. A micronivel, Internet ofrece una oportunidad sin precedentes a las empresas para reducir los costos y ampliar su cobertura de mercado (tanto en el país como en el extranjero), facilitando el logro de economías de escala y de diversificación. En el curso de los próximos años una proporción cada vez mayor de la población mundial podría transformarse en cliente o proveedor, no sólo de industrias mundializadas, sino también de cualquier empresa o particular que pueda conectarse con infraestructuras modernas de información y aprovechar la logística moderna del comercio internacional facilitado por la tecnología. Así pues, Internet ofrece enormes oportunidades tanto a los países industrializados como en desarrollo. A continuación figuran varios ejemplos del modo según el cual Internet está revolucionando la actividad económica y comercial".

- 5 Así, como en los de acueducto, alcantarillado y energía.
- 6 Estructurado como monopolios horizontales y verticales.
- 7 En sentido amplió Nación, municipios y departamentos o institutos descentralizados.
- 8 Se hace referencia a la regulación y diferen-

- tes modalidades de competencia como son: la competencia por comparación, la competencia por el mercado, la competencia en actividades desagregadas.
- 9 La aplicación de principios de igualdad en algunos casos implica un trato asimétrico, pues lo que debe lograrse es un trato material y no formalmente igual.
 - 10 En relación con el concepto poder público o potestad pública ver: JEAN RIVERO. *Derecho administrativo* (trad. de la 9.ª ed.), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 11. Dice el autor: La administración, en cambio, debe satisfacer el interés general. Ella no lo podría hacer, si estuviera, con los particulares, en pie de igualdad: las voluntades de éstos, basadas en móviles puramente personales, harían fracasar su acción cada vez que la administración los pusiera en presencia de las dificultades y sacrificios que exige el interés general. La administración entonces, ha recibido el poder de vencer esas resistencias; sus decisiones obligan sin que tenga que obtener el consentimiento de los interesados, y ella puede, a pesar de su oposición lograr su ejecución. Bajo el nombre, bastante mal escogido, pero tradicional, de poder público, se debe entender ese conjunto de prerrogativas acordadas a la administración para permitirle hacer prevalecer el interés general cuando se halle en conflicto con los intereses particulares.
 - 11 JOSÉ MONEDERO SUÁREZ. *Las telecomunicaciones latinoamericanas en las negociaciones de la OMC*, Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones, 1998.
 - 12 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública y regulación económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
 - 13 Durante algún tiempo imperó dentro de los defensores de la teoría del servicio público, la convicción de que estos deben ser universales y gratuitos.
 - 14 A la manera de las mercancías que se adquieren en los mercados libres.
 - 15 El concepto "servicio público" es uno de los más polémicos dentro del derecho administrativo y en general de la ciencia política. No podría ser de otra manera, ya que detrás de él se encuentran ocultas, importantes discusiones económicas, políticas y jurídicas, referidas especialmente a la intervención del Estado en la economía, la existencia y razón de ser del derecho administrativo, la restricción a la libre iniciativa privada y a las tareas que corresponden a las autoridades y a los particulares en el Estado social de Derecho. El concepto "servicios públicos" ante todo cumple una función política y social. Se materializa en el ámbito del derecho, para señalar que ciertas actividades que afectan la vida individual y colectiva de los ciudadanos, deben estar sometidas a un régimen jurídico especial, impidiendo así, su libertad dentro de la economía de mercado. La intervención, planeación, dirección, regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos, son un mandato constitucional con el fin de impedir que sean tratados exclusivamente como simples negocios, y garantizar a los ciudadanos su acceso, en condiciones de alta eficiencia.
 - 16 FEDERICO KUHLMANN y ANTONIO ALONSO CONCHEIRO. *Información y telecomunicaciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, afirman: "En nuestros días, última década del siglo XX, es de tal importancia poseer, administrar y transmitir información, que toda la humanidad se ve y se seguirá viendo afectada, influida y posiblemente dominada por quienes tienen, administran y transmiten este recurso, razón por la cual a esta época se le han impuesto los calificativos de "sociedad de la información" o de "revolución electrónica", éste último debido a la facilidad con que se transmite la información por medio de los sistemas modernos basados en dispositivos electrónicos".
 - 17 Se hace referencia a las denominadas TICs o "tecnologías de la información, las comunicaciones y el conocimiento".
 - 18 En fin a lo que se le podría denominar tele-sociedad.
 - 19 La prestación del servicio se fundamentaba en la teoría de los "monopolios naturales".
 - 20 El proveedor del servicio lo hacía bajo la persona jurídica del Estado.
 - 21 En muchos casos la inversión privada, en especial la extranjera estaba prohibida en los ordenamientos jurídicos.
 - 22 En especial del derecho administrativo.
 - 23 Tomado del documento UIT 2-S de la conferencia mundial de desarrollo de las telecomunicaciones, Estambul, Turquía, marzo de 2002.
 - 24 Diagnóstico y propuestas sobre la política de competencia en Centroamérica. Proyecto de apoyo a la participación de Centroamérica en el área de libre comercio de las Américas (PROALCA), con el patrocinio de la agencia de los Estados Unidos para el desarrollo internacional. Componente: política de competencia. Guatemala, junio 2000.

- 25 El análisis económico del derecho se ha convertido en instrumento básico en la construcción normativa.
- 26 Por tratarse de servicios públicos el régimen de las telecomunicaciones es esencialmente modificable con el fin de garantizar incrementar niveles de eficiencia o atender el interés general.
- 27 Este principio no pretende reconocer la existencia de derechos adquiridos, a la inmutabilidad del régimen jurídico en el sector de los servicios públicos, ya que esos derechos no existen, pero sí busca que quienes confiados en las decisiones del Estado han realizado inversiones o iniciado la realización de actividades que resulten afectadas, sean compensados de tal manera que se les facilite el paso de las antiguas a la nuevas condiciones que el Estado impone.
- 28 La imposición de este tipo de servidumbres puede hacerse por vía administrativa, no obstante la solución de los conflictos que se genere entre los operadores debe ser resuelta con efectos de cosa juzgada o verdad legal, por parte de las autoridades judiciales.
- 29 En relación con la incidencia de la sociedad de la información en la Comunidad Andina. Iniciativa Andina para la sociedad global de la información. Documento preparado por ASETA. Noviembre de 2000.
- 30 Documento UIT: "Contribución al proyecto de informe sobre el análisis del entorno de las telecomunicaciones". Documento 2-S del 24 de diciembre de 2001.
- 31 Es de resaltar el esfuerzo que sobre la materia ha realizado la red iberoamericana de ciudades digitales [www.iberomunicipios.org].
- 32 Como es el caso de los tele-centros en este último caso.
- 33 Se hace referencia especialmente al tema de la interconexión que es esencial en la ejecución de políticas de competencia en el sector de las telecomunicaciones.
- 34 En otros términos debe estar muy orientado por las escuelas de la interpretación útil del derecho.
- 35 Se diferencian las normas de "orden público" de las disposiciones de orden privado, en que las de orden público son indisponibles, de efecto general e inmediato y de obligatorio acatamiento.
- 36 En el documento contribución de AHCJET: Actualización del *Libro azul de políticas de telecomunicaciones para las Américas*: Contribución al punto 3.1 – Políticas Públicas y Previsibilidad, se expresa lo siguiente: "Una de las cuestiones más importante para el sector de telecomunicaciones es compatibilizar el concepto de estabilidad jurídica y regulatoria con el alto ritmo de innovación tecnológica y transformación de los modelos de negocios que imperan en el sector. Precisamente porque no siempre es fácil lograr este equilibrio, constituye un factor bastante crucial para explicar los distintos comportamientos sectorial que se encuentran en algunos países respecto a otros. De todas formas, bien planteados los términos y –como se explica en este apartado– ambos conceptos no son términos contrapuestos. Por el contrario, un marco jurídico y regulatorio que no sea capaz de acompañar las evoluciones del sector en todas sus dimensiones, contribuye a generar incertidumbres y desadaptaciones, antes que brindar seguridades".
- 37 Solución a la que se ha denominado acceso universal y que ha venido a sustituir las políticas de servicio universal.
- 38 La focalización de los subsidios y la sustitución de los subsidios a la oferta, por subsidios a la demanda en el caso de los servicios, en una orientación común en los países de Latinoamérica.
- 39 Lo que incluye tanto legislación, como regulación.
- 40 El fraude en la prestación de servicios de telecomunicaciones ha llevado en muchos casos a criminalizar, a través de la tipificación de nuevos hechos punibles, actividades clandestinas que realizan algunos proveedores de servicios.
- 41 Este principio está asociado al de "función reglada" que impera para las autoridades públicas.
- 42 Sobre el tema ver: *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, editado por HANK INTVEN y MCCARTHY TÉTRAULT. Programa InfoDev.
- 43 A través de mecanismos como convenios para repartirse o segmentar el mercado entre varios operadores.
- 44 A diferencia de la responsabilidad de los servidores de las empresas que se fundamentan en la culpa y el daño, la responsabilidad de la empresa frente a sus consumidores debe basarse en doctrinas propias del derecho público como son la de la falla del servicio y la del daño especial.
- 45 Se hace referencia al derecho de petición de información que posee una especial protección en el ámbito de los servicios públicos.
- 46 En el documento, preparado por Aseta-Unesco, en febrero de 2003, denominado "La Sociedad de la información en la Comunidad Andina" se afirma: "La modalidad de instalación de

- tele-centros polivalentes es la más utilizada, donde la comunidad del sitio respectivo tiene amplia participación en el proceso de planificación y operación de los mismos. Su proyección, al incorporar el acceso a Internet, es la de utilizarlos como medio para impulsar el desarrollo con programas de teleeducación, telesalud, teletrabajo, gobierno en línea y comercio electrónico, entre otros".
- 47 El término...
- 48 En nuestros países el servicio sobre costeador por excelencia fue el de telefonía de larga distancia, tanto nacional como internacional.
- 49 También, este mecanismo sirvió para atender la telefonía social, como es el caso de los teléfonos de monedero sin cobro.
- 50 Se entiende por tarifa transparente aquella que no contiene costos ocultos.
- 51 La portabilidad numérica que asocia los servicios a los usuarios y no a los domicilios se ha convertido en una limitante importante de esta modalidad de solución.
- 52 A propósito del tema ver [www.telecentros.org].
- 53 En relación con la conectividad, en la declaración de principios, contenida en el documento "WSIS-03/GENEVA/4-S de la UIT", referido a la cumbre mundial sobre la sociedad de la información y fechada el 12 de mayo de 2004, denominada "Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio", se expresa:
- "21. La conectividad es un factor habilitador indispensable en la creación de la Sociedad de la Información. El acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC constituye uno de los retos de la Sociedad de la Información y debe ser un objetivo de todas las partes interesadas que participan en su creación. La conectividad también abarca el acceso a la energía y a los servicios postales, que debe garantizarse de conformidad con la legislación nacional de cada país".