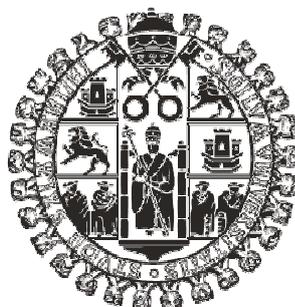


Universidad de Salamanca

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

TESIS DOCTORAL

La capacidad de la gestión estatal en el control de los servicios de telecomunicaciones y la defensa de los derechos de los usuarios:

El modelo brasileño

TESIS DOCTORAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Lucyléa Gonçalves França

Directores

Ricardo Rivero Ortega

Marcos Matias Fernando Pablo

Salamanca, 2011

INDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
INDICE.....	II
RELACIÓN DE GRÁFICOS Y CUADROS.....	IV-V
ABREVIATURAS.....	VI-VII
AGRADECIMIENTOS.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUCCIÓN.....	10
MARCO – TEÓRICO METODOLÓGICO.....	30
1.1 La organización de la tesis y el marco teórico.....	33
1.2 Los objetivos de la investigación.....	35
1.2.1 Objetivos generales.....	35
PRIMERA PARTE	
I ANTECEDENTES DE LA RUPTURA DEL MODELO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.	37
I.1 Visión básica de la transición de los servicios públicos hacia el modelo de servicios económicos del interés general.....	43
I.2 Diagnóstico del proceso de privatización y la quiebra de los monopolios públicos.	54
I.2.1 La reforma del sector público.....	77
I.2.2 La vuelta de la competencia a los mercados.....	82
II LA FORMACIÓN DE LOS MERCADOS DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL.	89
II.1 La nueva estructura de los mercados regulados y el régimen jurídico de los servicios económicos de interés general	95
II.2 Nuevas cuestiones sobre la regulación económica de las comunicaciones electrónicas	118
II.3 Límites jurídicos en la liberalización de los mercados	131
II.3.1 Medios de la intervención pública del Estado en el nuevo modelo: los objetivos, los reveses y los desafíos	147
III LA TEORIA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.	165
III.1 Aspectos Generales sobre las Teorías de la Regulación.....	170
III.2 Las modificaciones recientes de la teoría de la regulación aplicables a las telecomunicaciones	178
III.2.1. Teoría de la Asimetría Regulatoria.....	196
III.2.2. Teoría de la Escalera de la Inversión.....	199
III.2.3. Teoría de la Separación Funcional.....	201
III.3 La Actuación de los grupos de interés en el mercado de telecomunicaciones.....	204

SEGUNDA PARTE

IV LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL NUEVO CONTROL PÚBLICO	207
IV.1 Características generales del modelo regulatorio brasileño: los hitos en el proceso de cambio del sector de telecomunicaciones.....	211
IV.2 Las innovaciones institucionales y la creación de órganos reguladores en el nuevo modelo de Administración pública.....	232
IV.3 Las tendencias actuales de la participación pública en el sector de las telecomunicaciones: la eficacia de los mecanismos de control administrativos adoptados y sus consecuencias sociales.....	258
IV.4 Los instrumentos normativos y otros tipos alternativos de regulación en el control sobre los servicios de telecomunicaciones: las Agencias y las comisiones.....	285
IV.4.1 La Agencia Nacional de telecomunicaciones brasileña- ANATEL.....	295
IV.4.2 El Contexto regulatorio español.....	306
V LAS REFORMAS Y TRANSFORMACIONES ALCANZADAS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES: PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS USUÁRIOS.....	322
V.1 Estrategias para el control de la prestación estatal efectiva de las telecomunicaciones: Los criterios rectores para la intervención pública en la defensa de los usuarios.....	327
V.1.1 La Extensión de la Cobertura.....	335
V.1.2. La Dinámica de la Competencia.....	350
V.1.3 La Estructura Tarifaria.....	360
V.1.4 El Desarrollo Tecnológico.....	368
V.1.5 La Calidad del servicio.....	374
V.2 Los Órganos reguladores y el esquema sancionador: los métodos y la eficacia.....	380
V.3. La asequibilidad para el servicio y la necesidad de la información para la orientación y para el control del sector.....	393
VI EL FUNCIONAMIENTO ACTUAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN BRASIL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS: BALANCES Y RESULTADOS.....	403
VI.1.Tendencias del modelo de Competencia en el marco jurídico actual.....	410
VI.1.1. El Mercado de las redes fijas.....	422
VI.1.2.El Mercado de redes móviles.....	436
VI.2 Competencia en Infraestructuras y banda Ancha.....	436
VI.3. Las medidas reglamentarias más recientes para las redes de próxima generación.....	440
VI.4.Los resultados del Modelo Regulatorio de Brasileño.....	442
VI.4.1 Balances de la Actuación de ANATEL.....	446
VI.4.2.La Política de Precios.....	450

VI.4.3. Quejas y demandas judiciales contra el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones brasileño.....	452
CONCLUSIONES: perspectivas y proposiciones.....	457
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	466

Relación de Figuras

-Figura 1: Backhaul.....	345
-Figura 2: Cuadro de informaciones sobre el atendimento del usuario de telecomunicaciones (Informe 2010-Anatel)	347

Relación de Tablas

-Tabla 1: Cronología de los acontecimientos en la evolución de la industria de las telecomunicaciones.....	347
-Tabla 2: la evolución de la línea fija en brasil después de la privatización (en millones de terminales).....	348
-Tabla 3: evolución da telefonia móvil (brasil) despues da privatización (millones de terminales).	348
-Tabla 4: Cobertura da rede de telecomunicações na Espanha em Milhões de linhas.....	348
-Tabla 5: Fase inicial de privatización del servicio de telefonía móvil en Brasil-1998.....	356
-Tabla 6: posición después de la liberalización a la competición de la telefonía móvil. Ano: 2009...	357
-Tabla 7: Participación del mercado de empresa dominante, número y porcentual de domicilios y municipios con acceso a banda ancha por unidades federativas de Brasil/año 2008-2009.....	358
-Tabla 8: Percentual de domicílios com acesso à banda larga por região e localização (urbana e rural) – 2008.....	377
-Tabla 9: Índices de satisfacción global del servicio de telefonía/Pesquisa ANACOM de calidad 2008.....	401
-Tabla 10: Número de los usuarios de teléfonos móviles-2005.....	415
-Tabla 11: Serviços de telecomunicações atualmente existentes no Brasil	421
-Tabla 12: Atendimento de móviles por operadoras (septiembre de 2011).....	429
-Tabla 13: Municipios atendidos por móviles.....	455
-Tabla 14: Población atendida por móviles.....	456
-Tabla 15: cantidad de abonados/conexiones (%).....	455
-Tabla 16: Variación tarifaria del STFC.....	452
-Tabla 17: Atendimento al usuario.....	455

Relación de Gráficos

-Gráfico 1: Descripción geográfica de los operadores después de la privatización del sistema de telecomunicaciones de Brasil y la compra de grandes consorcios de los servicios (2000).....	353
-Gráfico 1a: Relación de empresas privatizadas del sistema de telecomunicaciones de Brasil y los nombres de los consorcios empresariales adquirentes de los servicios (2000).....	354

-Gráfico 1b: Regiones Del Plan General de Otorgamiento (2008) Decreto n°. 6.654/2008.....	356
-Gráfico 2: Evolución de la competencia/Telefonía Brasil 2009.....	359
-Gráfico 3: Evolución de la competencia/Telefonía Brasil 2010.....	359
-Gráfico 4: Evolución de la competencia telefonía Móvil/2009-2010.....	359
-Gráfico 5: Tarifas de terminales fijos (2006).....	362
-Gráfico 6: Tarifas de telefonos móveis (2006).....	359
-Gráfico 7: Estadísticas sobre la carga tributaria operada sobre las tarifas de telefonos móveis y fijos.....	362
-Gráfico 8: Evolución de precios de llamada local de 3 minutos en hora normal, en centimos de euro.....	364
-Gráfico 9: Índice Reajuste de Precios.....	367
-Gráfico 10: Comparativo de banda ancha en países seleccionados (2008).....	373
-Gráfico 11: Indicadores da qualidade Local.....	364
-Gráfico 12: Queijas dirigidas a CMT/España- año 2009.....	364
-Gráfico13: Evolución de los accesos al servicio fijo computado (en millones).....	364
-Gráfico 14: Proporción de usuarios que utilizan a un operador no incumbente para el acceso directo julio 2009 (%total de usuarios de telefonía fija).....	364
-Gráfico 15: Grupo TELMEX (incluye Embratel – con acceso a redes fijas de largas distancias, y empresa Claro, de redes móviles).....	417
-Gráfico 16: Grupo OI (compuesto por las empresas TELEMAR – con monopolio en redes fijas y Oi - operadora de telefonía móvil).....	417
-Gráfico 17: Grupo Brasil Telecom (formado por las empresas TELECOM y BRT que operan también a larga distancia y transmisión de datos nacionales.).....	417
-Gráfico 18: Grupo Telefónica (formado por la empresa Telefónica de España- con monopolio de la telefonía fija y VIVO- operadora del mercado de telefonía móvil, con la reciente adquisición de Telecom/Portugal).....	418
-Gráfico 19: Grupo TIM - operadora de red de telefonía móvil.....	418
-Gráfico 20: Nivel de la penetración de banda ancha fija en los países de la OCDE y Brasil (junio de 2009).....	439
-Gráfico 21: Variação de precio de llamada de telefonía (Telefônica-SP).....	451
-Gráfico 22: Cantidad de procesos judiciales entre los 100 mayores demandados nacionales, en porcentuales (Procesos contabilizados hasta 31 de marzo de 2010).....	454
-Gráfico 23: Maiores litigantes pertencentes ao setor de telefonía.....	454

Abreviaturas

ADSL Asymmetric Digital Subscriber line

Art. Artículo

ANATEL Agencia nacional de telecomunicaciones de Brasil

ANR Autoridades nacionales de reglamentación

CDMA Code Division multiple access

CE Constitución Española

CF Constitución Federal de Brasil

CMT Comisión del Mercado de las telecomunicaciones de España

FCC Federal Communications Commission de Estados Unidos de América

FTC Federal Trade Commission de Estados Unidos de América

ICC Interstate Commerce Commission de Estados Unidos de América

ID Identily

IP Internet Protocol

ISDN Red digital de servicios integrados

LGTel Ley General de Telecomunicaciones

Mbps mega bits per second

NGA Next Generation Access networks

NGN Next Generation Network

ORECE Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones electrónicas

SMS short message service

UE Unión Europea

VoIP voice over Internet Protocol

W-CDMA Wideband-code División Multiple access

Wi-Fi wireless fidelity (fidelidad inalámbrica, o mecanismo de conexión de dispositivos electrónicos inalámbricos)

WIRELESS Comunicación inalámbrica o sin cables

WLAN wireless local area network

xDSL various types of digital subscriber line

Agradecimientos

A la Universidad Federal de Maranhao, “mi hogar académico” por haberme proporcionado la posibilidad de continuar mi formación docente en Salamanca.

Mi reconocimiento a la Universidad de Salamanca, por permitirme realizar esa investigación

En especial a mis padres, ejemplo de dignidad, a mis hermanos y a Juan Carlos de la Parra Carrera, por el apoyo incondicional en todas horas

A mis directores de tesis D. Ricardo Rivero Ortega y D. Marcos M. Fernando Pablo

ABSTRACT

The new study on the regulation of telecommunications services can be understood as synonymous with the analysis of the state's capacity to control the activities of the companies providing services of general interest through the regulatory agencies. This state management capacity has been developed over the last fifteen years, since the beginning of the privatization process, which allowed the opening of telecommunications markets to competition from private companies.

The liberalization of telecommunications services in Brazil, as in the world, meant a big change in access networks and technologies for new generation as a result of the entry of new investments in infrastructure and services that have become indispensable for the improvement of consumption and universalization of benefits, primarily to facilitate the new Internet services and mobile telephony.

The need to prepare a regulatory framework in Brazil for the new market brought serious impacts to the state with the need to create a new administrative body which was responsible for breaking with the previous structure of public services. Thus, the formation of the national telecommunications agency arose from the need to develop new means of intervention on the market to ensure the development of a set of rules that should be subject to private companies in the defense of consumer rights in Brazil.

From the comparative analysis of the European regulatory framework can reflect on the grounds on which the service is structured Brazilian telecommunications and the impact of these changes in the improvement of management capacity on government regulation and protection of social interests. This work explains the consequences of social and economic impact of the transformation of telecommunications services with the privatization of public enterprises and the projection of the future of the industry because of the great challenges that the Brazilian government continues without reaching, such as the need to deploy the real competition from new operators and improved regulation to benefit consumers with better quality, lower prices and higher speeds in benefits.

Introducción

La realidad ha demostrado que es inevitable tratar la regulación de la economía cuando se habla de la nueva estructura de los sectores públicos privatizados. Sin embargo, de entre todos los servicios de interés general, el que más debate despierta es el tema de las telecomunicaciones y los cambios que han experimentado a lo largo del proceso de liberalización de la economía. Al tener lugar el profundo e irreversible cambio en las políticas de regulación de los servicios públicos, el mercado los transformó en servicios económicos regulados.

Son muy destacados los esfuerzos que buscan identificar las mejores opciones de funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones y que, además, intentan desarrollar una política más hegemónica y eficaz de regulación para atender a los intereses sociales y económicos permanentemente conflictivos.

Distinguir los componentes válidos y estables del proceso de evolución de los mercados liberalizados ayuda a reflexionar sobre las bases futuras de su regulación y de la propia coyuntura de la Administración pública de los países de economía abierta.

El tema de la regulación económica, como límite para la libertad de los mercados, demuestran la creencia de que, como entiente Pardo (2009:334), desde la crisis financiera mundial de 2008 vivimos en un momento crucial para que se agote, definitivamente, el dogma del libertad absoluta de los mercados.

La aceptación favorable de las políticas reguladoras de la economía y la importancia social de los servicios fundamentales de los ciudadanos hace que, en muchos aspectos, la apertura de los mercados a la libre competencia no sea, en sí misma, la solución para las necesidades sociales. Ese hecho deriva de la evidente aproximación del proceso de liberalización de los intereses generales.

Es decir, desde finales de los años ochenta estamos asistiendo a la lucha del Estado por crear una política pública de regulación coordinada entre el respeto a las libertades individuales y la definición de los nuevos símbolos de la identidad de las funciones públicas. Además, dentro de la marca estratégica de esos cambios está la necesidad de ajustar el concepto propio de la autoridad pública al compatibilizar el

abandono administrativo de la gestión directa de los servicios públicos con una nueva ordenación de la economía.

Sin embargo, Fernando Pablo (2009:907) identifica la complejidad creciente de la extensión y profundidad de la llamada “revolución de las telecomunicaciones” como el resultado de la fusión de tres sectores, la microelectrónica, las telecomunicaciones y la informática, que, durante mucho tiempo caminaron separadas y que hoy día son la mayor fuerza impulsora del desarrollo del sector.

La presente tesis analiza y cuestiona cuál es el modelo actual de regulación de los servicios de telecomunicaciones en Brasil, tras el proceso de privatización iniciado en 1995. Para ello se utiliza como parámetro la comparación entre el modelo regulatorio europeo y el brasileño, ya que el primero parece estar más ajustado a las nuevas tecnologías y a los desafíos del porvenir.

La diversidad de actividades públicas desarrolladas a lo largo de la evolución del modelo liberal en gran parte del siglo XXI promovió un excesivo coste económico para el Estado de bienestar y un profundo desgaste administrativo, debido al fracaso del modelo del Estado como empresario. Consecuentemente, fue necesario reducir las atribuciones públicas por medio del abandono estratégico de la actuación directa en los medios productivos. Ese momento coincide con la llegada de nuevas competencias estatales, que se asoció con la ruptura de la noción tradicional y monopolista de los servicios públicos económicos.

La política de privatización del siglo XX ha producido un cambio radical en el orden económico mundial, pero también en el social y político, en los países que la adoptaron como punto de partida de las reformas de los servicios públicos. Sin embargo, el propósito principal de los cambios fue combatir el monopolio legal y acabar con la supremacía del poder del Estado sobre la mayoría de los mercados productivos.

El ataque formal contra el modelo interventor público materializa los ideales del régimen de privatización de los servicios públicos en muchos países. Su *modus operandi* fue la venta de empresas públicas, lo que exigió la creación de una atmósfera reguladora ideal para aprovechar la reducción de la gestión directa del Estado.

Para que la reforma del Estado federal lograra sus propósitos era necesario el uso de nuevos métodos administrativos, en el sentido de aclarar la orientación jurídica

para conferir estabilidad institucional y atraer nuevas inversiones particulares a las empresas puestas en subasta.

En ese nuevo contexto, la Administración Pública tendría que ser capaz de compatibilizar intereses aparentemente contradictorios, es decir, los de la economía de mercado con el contenido social de las actividades económicas, responsables del bienestar ciudadano. La defensa de la competencia y la eliminación de los monopolios públicos empezaron a representar la justificación primera y fundamental para la formación de la nueva política desreguladora. No obstante, crear un marco jurídico general y estable para la defensa de la libre competencia exigía la madurez de los mercados especulativos, es decir, el compromiso solidario con el bienestar ciudadano de las empresas prestadoras de servicios de interés general en los países de economía abierta.

La adaptación de la estructura administrativa a los mercados regulados, aunque con amplia libertad económica, ha sido otro gran reto del proceso de liberalización. Según Ariño & de la Cuétara (1997:38), *desideologizar* la política económica y compatibilizar un modelo de administración racional en la economía, ha limitado la actividad material de la Administración Pública y, también, ha roto con los preceptos más tradicionales del Derecho Administrativo. Además, el respeto a los mercados debería implicar en cumplir la irrenunciable protección de los intereses colectivos.

Con las privatizaciones, o venta de ciertas empresas públicas, se sustituyó la supremacía de las políticas públicas, dirigida a favorecer a las empresas públicas y los monopolios estatales, por el conjunto de las libertades privadas más amplias.

En lo que respecta al nuevo perfil del sector público, las privatizaciones marcaron la transformación del perfil del Estado y a la vez ampliaron las exigencias de una regulación de los mercados liberalizados, en la medida en que hubo una transferencia masiva de servicios públicos a la acción de grupos empresariales. Tales cambios agrandaron las demandas de regulación de los mercados liberalizados, en la medida de la sustitución de la dinámica anterior de los servicios públicos económicos en el régimen exclusivo y monopolista, lo que requería un nuevo modelo de estímulo a la competencia, pero ordenado para el desarrollo de los "nuevos servicios públicos".

La propuesta principal de la teoría es, por lo tanto, reflexionar sobre las consecuencias de la entrada de la iniciativa privada y de la libre competencia en

sectores donde antes existía actividad pública exclusivamente. Para que se diera ese fenómeno el Estado ha tenido que romper con muchas garantías y privilegios históricos, pero también es cierto que la nueva intervención regulatoria general ha dado muestras de ser un modo particular de dirigir la economía. Según Dromi (1997:38) la intención del Estado sería modificar los comportamientos proteccionistas y especulativos de las empresas privadas.

De la necesidad de encontrar una descripción legal para el grupo de actividades económicas liberalizadas y a la vez consideradas servicios de interés general, surge la expresión servicios económicos de interés general. Sin embargo, los ideales de igualdad y solidaridad fueron objetivos ya perseguidos con anterioridad en el espacio común europeo, aunque sometidos a la influencia del capitalismo global.

En la fase inicial del proceso de la liberalización del sector público fue fundamental generar la compatibilidad entre las normas de incentivo para la competencia y el mantenimiento de las garantías mínimas en la satisfacción de los servicios, dado el interés general, además de lograr los niveles elementales de la eficiencia y la regularidad de las prestaciones. En este sentido, las privatizaciones fueron consideradas inicialmente en muchos países de América Latina como un simple medio capaz de permitir la reestructuración administrativa temporal, pero la verdad es que ha producido efectos más sobresalientes y duraderos que una mera reforma en el aparato del Estado.

El nuevo sistema de organización política y democrática de los servicios de interés general exigió medios normativos para sistematizar los mercados y coordinarlos con los principios sociales, aunque superando la teoría de los servicios públicos como fundamento de las prestaciones sociales.

En países con poca tradición en políticas de bienestar social y con un alto índice de dependencia económica internacional, las privatizaciones reflejan medidas impuestas por la influencia de otros países y los marcos regulatorios sectoriales no han sido adecuados a la coordinación de los objetivos de libre competencia con la cobertura universal de las prestaciones privadas.

Las principales consecuencias negativas derivadas de las políticas anteriormente citadas serían el incremento de tarifas de servicios y la baja accesibilidad a los servicios en zonas territoriales remotas. Los servicios de electricidad y las telecomunicaciones

fueron los más perjudicados por la ausencia del control público efectivo sobre los mercados privatizados.

Merece la pena destacar que las privatizaciones contribuyeron a la formación del nuevo contexto tecnológico de funcionamiento de los servicios económicos universales, principalmente las telecomunicaciones. Pero, el alcance de las nuevas redes e infraestructuras incrementó el número de sectores productivos más vulnerables que necesitaban de protección legal para atender a las necesidades de los ciudadanos.

Dentro de esa realidad, es necesario considerar si los efectos proyectados después de diez años de liberalización son positivos para el sector y para los usuarios. También es inevitable que investiguemos cómo el proceso de liberalización contribuyó a la efectividad de una política social más abierta y democrática como consecuencia de la implantación de la competitividad en el mercado.

Al principio, los costes sociales de la apertura de los mercados fueron cuantiosos. Para la búsqueda inicial de la competencia fue necesario un período de transición asimétrica en el que los monopolios naturales se trasladaron hacia los monopolios legales de empresas privadas. Es decir, en un primer momento fue inevitable la creación de un modelo inicial, y luego superado, de control del mercado a través de operadores dominantes y exclusivos. Pero se puede demostrar que el mantenimiento de esta fase alaba consecuencias negativas en las políticas de regulación en países que todavía no han superado esa etapa de ausencia de competencia efectiva.

Sin lugar a dudas, tal proceso de reformas también se vio acompañado de las demandas de calidad y eficiencia, antes poco común en los servicios prestados por las empresas públicas. De este modo las privatizaciones también fueron responsables del incremento de las expectativas sociales y ampliaron los niveles de dependencia tecnológica de los usuarios con respecto a los prestadores de servicios. Algunas de estas complejidades específicas del sector de las telecomunicaciones son objeto de análisis en esta tesis doctoral.

A lo largo de las últimas dos décadas, las reacciones del mercado han ido acompañadas de incertidumbre en cuanto a la definición del modelo de esas reformas. Así, la investigación de las condiciones de funcionamiento de la Administración pública permite reconocer el nivel de confianza y seguridad de los usuarios de los servicios liberalizados.

El poder hegemónico de los grupos empresariales condujo a la actual estructura de muchos servicios privatizados. En ese sentido el caso de las telecomunicaciones son un ejemplo de políticas públicas dirigidas principalmente al proceso de apertura de los mercados, no siempre dirigidas al control de precios y reajustes con la innovación tecnológica.

De este modo, la reforma patrimonial del sector público también produjo una honda de reformas económicas. En esta atmósfera, la inestabilidad institucional contribuye al entusiasmo sin demarcaciones del mercado que genera abusos y conduce a éxitos económicos que vulneran los principios de universalidad, calidad y regularidad de las prestaciones que son signos de identidad del bienestar social.

En ese sentido, las buenas prácticas exigen nuevas formas de actuar de las Administraciones públicas, así que los Estados han tenido que ajustar los sistemas de prestaciones tradicionales a un modelo administrativo instrumental simplificado más eficiente y funcional. Medidas como la venta de empresas públicas serían una manera de reducir los costes públicos y eliminar las pérdidas sociales causadas por prestaciones públicas económicas poco eficaces.

En realidad, la política de privatizaciones en masa produce, por un lado, la liberalización de sectores públicos estratégicos pero, por otro, fortalece la necesidad de creación de otras formas de control público sobre los poderes económicos. En esta tesis se demostrará que se ha reducido el poder de la Administración pública pero que ha surgido una nueva necesidad de intervenir de manera firme sobre el conjunto de los servicios económicos, es decir, han surgido nuevos parámetros en la relación entre el Estado y el ciudadano.

Las políticas de organismos internacionales como la Comunidad Europea o el Fondo Monetario Internacional, influyeron en las medidas privatizadoras manifestadas en nuevas fórmulas legislativas y administrativas comprometidas con un control menos discrecional y más eficaz del aparato del Estado.

Hoy por hoy se puede afirmar que en la mayoría de los países occidentales los servicios colectivos, simplemente denominados *utilities*, ya pertenecen a mercados liberalizados. Mientras tanto en muchos países como Brasil se percibe una flagrante limitación a la entrada de nuevos operadores. Por lo tanto, conocer las condiciones en que actúan las empresas privadas implica identificar si los mercados siguen

concentrados o no y de qué manera la limitación del número de operadores implicará pérdidas sociales en un régimen que debería funcionar bajo la competencia plena.

Esa investigación tiene lugar en el momento de la consolidación del proceso de liberalización en muchos países, lo que conlleva al Estado a actuar en pro de un control ex post, lo que implica conocer los matices del funcionamiento de los servicios con base en un marco regulador racional y maduro. Por otro lado, con el alejamiento temporal de los períodos iniciales de privatización de los sistemas de telecomunicaciones, ya podemos mejorar la evaluación del sector.

En Brasil, las operadoras de telefonía siguen manteniendo una posición de dominio frente a los derechos de exclusividad de muchos servicios. En la búsqueda de mercados libres que favorezcan las prestaciones sociales el derecho público sigue determinando conductas y matizando el orden de influencia del derecho privado sobre dichas actividades. Como ha dicho Varaz-Ibáñez (2001:138), este proceso no ha acabado pero, en realidad, como señala Ariño (2007:35), el ciclo de los servicios públicos ha terminado definitivamente.

El desafío de construir y consolidar un mercado libre, accesible y favorable al desarrollo de los intereses económicos generales fue el prepuesto ideológico fundamental en el marco de re-regulación de los servicios públicos liberalizados. El triunfo de la óptica empresarial también desencadenó la necesidad de reformulación del modelo tradicional de intervención pública sobre estos servicios, debido a la ineficacia de las medidas públicas históricas que pretendían mantener el régimen privado con privilegios públicos.

Así pues, se produce un conflicto evidente y crucial cuando para mantener un control efectivo de las prestaciones privadas de telecomunicaciones el modo de intervención administrativa no significa la limitación necesaria de acciones propias de las libertades privadas. Por lo tanto, el marco jurídico inicial de liberalización de los servicios públicos no ha conseguido la coherencia entre el propósito económico de liberalización y la autonomía regulatoria de los mercados.

Los equívocos y fallos de la regulación fueron motivados por comportamientos institucionales débiles, por el exceso intervencionista o por la ausencia de límites jurídicos claros sobre los objetivos sociales que deben cumplir los operadores.

En Brasil el objetivo era promover el nivel más bajo de control sobre el mercado con el fin de hacerlo atractivo a los inversores de capitales lo que debilitó el marco jurídico de la transición hacia el mercado competitivo.

Sin duda las condiciones específicas del ejercicio de cada sector privatizado están evolucionando muy rápidamente y al ritmo del amplio progreso tecnológico impulsado en los últimos años. Teniendo en cuenta el desarrollo del mercado de telecomunicaciones a favor de las necesidades de los usuarios, la noción de regulación económica también necesita ser evaluada. Uno de los aspectos principales de esta investigación es la política general del Estado brasileño en la regulación de los servicios de telecomunicaciones y la cuestión de cómo se establece la organización administrativa para garantizar el control efectivo de esas prestaciones. La adopción de nuevas normativas permite que los servicios sean favorecidos de cara a una mejor prestación y con garantías de universalidad, calidad y regularidad para los ciudadanos

Dentro de este modelo observaremos que las medidas regulatorias son necesarias para vigilar los mercados liberalizados. Con los cambios promovidos en el sector y en la vida de los usuarios, el funcionamiento de las telecomunicaciones de Brasil plantea las siguientes cuestiones:

- A) ¿Está preparado el ente regulador brasileño para que el control sea eficaz y para motivar el bienestar ciudadano? ¿Puede el Estado garantizar el interés general a partir de los medios legales, tecnológicos y de competencia de los que dispone en la actualidad?
- B) ¿Qué debemos modificar en el mercado de telecomunicaciones brasileño para mejorar la eficacia y los objetivos sociales?

El Estado regulador actual pasó a ser definido a partir del control impuesto a los medios económicos, no por la nueva sino por la mejor regulación, según Betancor (2009:43). Esa regulación limita los poderes de la autoridad pública a niveles sostenibles entre los intereses privados de las operadoras y los públicos marcados por los objetivos sociales.

A partir de ahí las responsabilidades públicas empezaron a ser sinónimo de vigilancia excepcional sobre la calidad de los servicios y el bienestar de los usuarios. La competencia podía generar eficiencia y regularidad de los servicios. Aunque sean requisitos de la nueva regulación, éstos nacen de un vínculo utópico e ideal entre

reguladores y regulados, pero son el producto de una estabilidad difícil de alcanzar muchas veces.

Los apuros producidos por el desequilibrio entre la regulación y el control se verifican en dos frentes:

- i. Por el conflicto evidente entre los intereses que son autónomos y dependientes a la vez. Cuando el regulador existe pero no actúa de modo eficiente, deja a merced de los operadores los mecanismos de regulación (haciendo imposible cualquier forma de control);
- ii. La manipulación de la información económica, con datos e informes poco precisos o simulados sobre ganancias de empresas privadas prestadoras de servicios de interés general, influyen negativamente en el control público de los mercados. En este caso prevalece el control político financiero, con ventaja sobre los entes regulados.

En resumen, el estudio de esos elementos nos aportará el conocimiento necesario sobre los factores que influyen en el actual mercado de las telecomunicaciones brasileño.

El contexto actual de los mercados ordenados

La importancia de la regulación económica, volvió a estar en destaque con la crisis del sistema financiero desencadenado por la quiebra de compañías en el año de 2008. Esto ocurrió, entre otras razones, porque los datos proporcionados por las empresas privadas a los organismos reguladores del mercado eran falsos.

Los escándalos financieros nacen a raíz de la ausencia de regulación efectiva sobre los mercados de capitales. En el mundo sus efectos han sido generados por la quiebra sucesiva de varios bancos norteamericanos perjudicando en una cadena

interminable de grandes y de pequeños inversores con grandes pérdidas para la economía mundial en general¹.

Los créditos de riesgo dejaron el sistema internacional al borde de un colapso por la negligencia y la falta de actitud regulatoria del gobierno en frenar el flujo de las hipotecas tóxicas y las burbujas inmobiliarias de la construcción civil norte americana.

Aunque es inadecuado establecer parámetro de comparación entre los mercados norte americano y europeo, los efectos de la globalización económica se notan fácilmente cuando el sector productivo o financiero de un país se deteriora.

La autorregulación económica de los Estados Unidos supuso que los mercados operaban bajo el control de un régimen de total competencia y, de modo equivocado, estaba basado en la no necesidad de la intervención pública.

Ese momento de crisis regulatoria dejó a la luz el caos generado por la ideología neoliberal, contradictoria y estricta, demasiado tolerante a las deficiencias de los mercados y reflejada en la ausencia del Estado cuando los reguladores solamente miran al mercado desde lejos, y, en realidad, deberían ser responsables del control de la estabilidad económica.

Por lo tanto, la nueva ola de crisis mundial, que sigue en sus efectos más nefastos, ratifica la importancia del rescate de los propósitos de la regulación, pero todavía en un sentido más técnico y funcional. El fortalecimiento de los poderes de los órganos administrativos de regulación de la economía, más allá de la fijación de una infraestructura legal del poder, llegando a la protección efectiva del equilibrio de las fuerzas del mercado.

Sin embargo, después de más de dos años de la propagación de la crisis, los sistemas financieros mundiales siguen al margen de ningún control regulatorio más eficaz. Las estrategias del mercado y la ausencia de límites a los medios para alcanzar los beneficios de las especulaciones financieras siguen poniendo en riesgo todo el sistema capitalista y alcanzan sectores como lo de telecomunicaciones de modo directo y marcante.

¹ Para Rajan & Zingales (2004:339-340), después de dos décadas de masiva privatización, radical desregulación y liberalización generalizada, parece que los mercados estuvieran en gran peligro. El colapso de la empresa norteamericana ENRON (2002), con la suspensión de pagos de la que ha sido la mayor compañía de energía del mundo, evidenció que los mercados estuvieron demasiado libres y estuvieran en gran peligro.

Esa investigación se ha desarrollado cuando la regulación económica se presenta como un instrumento de alternativa al poder paralelo de los mercados. La opción de los Estados con los servicios económicos de interés general debe ser capaz de consolidar infraestructuras e imponer calidad como características irrenunciables al funcionamiento de sectores como el de telecomunicaciones.

De acuerdo a estos propósitos, la intervención sobre los mercados imperfectos no impide la competencia libre. Es posible armonizar los intereses de la Administración pública con los de la economía liberalizada, aunque como ha dicho Bullinger (1991:139), tengan ritmos tan distintos.

La utilización de la mejor regulación posible podría sostener el desarrollo de la estructura productiva de un país. Esta circunstancia se ve reflejada por un sistema económico aceptable y capaz de proyectar una mínima claridad y transparencia.

Hoy por hoy, la dictadura de los mercados sigue su ritmo incontrolado y el exceso de confianza en los operadores económicos generan la regulación asimétrica en muchos sectores estratégicos e imprescindibles para la población mundial.

En otra medida, muchos siguen creyendo en la preservación de la libertad económica como la única fuente para la superación del actual estado de crisis de gobernabilidad de los órganos de regulación.

El intento de expansión de las competencias públicas sobre la economía, es muy criticada en el momento actual por los operadores sometidos a regulación, justificando que las medidas de regulación son un abuso por el excesivo intervencionismo y el afán de control estatal de la economía en perjuicio a las libertades individuales.

Por otro lado, es desde el desestímulo a la intervención pública cuando nace la vulnerabilidad de los mercados, generando riesgos ocasionados por la ausencia de seguridad jurídica. La ausencia de regulación también impide la actuación eficaz de las instituciones públicas, con daño a la defensa de la ciudadanía.

La falta de estabilidad financiera también potencializa la ausencia de integración entre los prestadores de servicios con el ejercicio de poder absoluto de los mayoristas o operadores dominantes influyendo incluso en las decisiones políticas de los comités o entes estatales reguladores.

Esa inaceptable conducta impide el crecimiento de la competencia y el desarrollo de los mercados y hace que la atención a las necesidades sociales sean objetivos secundarios en la dinámica de las *public utilities*.

Sin embargo, las posibilidades de acceso y disposición de los servicios de interés general predestinado a la colectividad son dependientes del refuerzo de las sinergias entre el regulador y el regulado, es decir, entre los que reciben y los que prestan los servicios (Nevado, 2003:24-26).

Eso implica en el fortalecimiento de la estabilidad funcional y la mejora jurídica y organizativa de los instrumentos públicos que actúan sobre los mercados, fruto de la mejora de actuación del ente regulador, como una especie de pilar institucional de la *better regulatory* (Betancor, 2009:21).

La preservación de la igualdad y la defensa de los derechos de los consumidores, bajo el punto de vista de la sumisión al control público, podrán capacitar a la Administración para reducir los niveles de discrecionalidad sin generar pérdidas sociales.

Con la implantación del modelo de sociedad ideal con el Estado democrático de Derecho, los procedimientos públicos han sido ampliados a lo largo del siglo XX. El desarrollo de los mercados productivos ha hecho con que el derecho necesitase aproximarse a la economía, a través del surgimiento de iniciativas públicas, tanto normativas como empresariales, motivadas por minimizar conflictos materiales e ideológicos dentro de la sociedad capitalista.

En general, la necesidad de ajustes económicos solamente volvía a debate después de períodos de crisis, como pasó con la crisis de 1929, y la quiebra de la Banca Estadounidense o con el fin de la segunda guerra mundial.

Mientras tanto, a lo largo de los pocos duraderos períodos de amplio éxito económico, los mercados justificaban que sus ganancias eran consecuencia de la autorregulación de las actividades económicas.

Las potestades públicas sancionadoras de las conductas anti-competitivas someten al Estado a la cultura de la regulación económica, con ventaja a la implantación de límites jurídicos a las libertades privadas.

Así que, la vuelta a las medidas de protección de los intereses generales ganó énfasis en el proceso de transferencia de la gestión de los servicios públicos al control de empresas privadas. La venta de empresas públicas exigió reformas Constitucionales y estructurales en la organización del Estado porque la participación pública en la económica se ha tornado secundaria, subsidiaria y vigilante en servicios como transportes, telecomunicaciones, energía, servicios postales y gas.

En definitiva, de los sectores privatizados, las telecomunicaciones son las que más han sufrido los grandes efectos de los avances tecnológicos y normativos recientes, creándose un mercado que antes no existía. El desarrollo social con las nuevas técnicas de comunicación en masa han influido también otros medios productivos, cambiando el conjunto de relaciones sociales y haciendo más ágiles las redes de información.

En ese sentido, en los últimos veinte años el mundo se ha vuelto tecnológico, el progreso ha sido motivado por el desarrollo de la telefonía móvil, por las infraestructuras de redes de larga distancia, la especialización en la transmisión de datos y, el transporte y los servicios audiovisuales.

En consecuencia, captaron gran atención para estas actividades, aumentando la dependencia de la población mundial al sector de las telecomunicaciones. Es evidente que el mercado regulado también pasó a ser más demandado, con la creciente responsabilización de la Administración por la calidad, accesibilidad y regularidad del funcionamiento de estos servicios de interés universal.

La creación del nuevo mercado de las telecomunicaciones

Las compañías telefónicas han sido las primeras empresas públicas brasileñas en acceder al proceso de privatización. Todo empieza en diciembre de 1996, con la venta de la compañía Río-Grandense de telecomunicaciones (CRT), compañía pública que actuaba en la extensión de la provincia de Rio Grande de Sur, y fue adquirida por la compañía Telefónica de España (Telefónica).

En España, los cambios bajo el efecto de la política de liberalización promovida por la Comunidad Europea, se han propiciado en tres etapas, iniciadas con la oferta

pública de venta de la Compañía Telefónica, en octubre de 1987. Según Arroyo y Ocaña (1999:55) en un modelo claramente flexible, adaptándose a las circunstancias del mercado.

En Estados Unidos, ya en 1984 se ha decidido desintegrar verticalmente la empresa AT&T y, romper el monopolio de las telecomunicaciones con la creación de siete compañías locales (las llamadas Baby Bells).

En el mundo, el fenómeno privatizador se intensificó de modo heterogéneo en la década de los años 90, con la apertura no sistemática del capital de las empresas públicas al control accionista de empresas privadas. Sin embargo en todos los sistemas liberalizados el marco inicial regulador incentivó a la competencia y esta permitió un efectivo progreso tecnológico con el incremento de inversiones privadas en el desarrollo de infraestructura de redes.

El intento de la preservación del control estatal sobre las compañías privatizadas transcurre como consecuencia, para Baquer (1997:24), de la expansión notable del sector público en Europa, anteriormente sostenido por el tradicional régimen de los servicios públicos.

El programa de privatizaciones español cumplió un plan integral de apertura de los servicios públicos económicos a los mercados, con la aprobación de un conjunto de medidas jurídicas responsables de la modernización del sector público empresarial.

Así como en el ordenamiento jurídico español pudo adaptarse, ya que también ha sufrido las consecuencias de la ruptura con la estructura normativa y administrativa tradicional, Brasil ha seguido esta misma corriente doctrinal. La realidad reciente de los dos países está marcada por acontecimientos semejantes, largas dictaduras, centralización política y realización directa por el Estado de actividades tanto públicas como privadas.

Así que, el traspaso de estos servicios a empresarios privados, ya en períodos más recientes, conlleva la necesidad de reinterpretación del principio de la reserva del sector público a la ejecución de ciertas actividades económicas, contenidos tanto en la Constitución Española de 1978 (art. 128.2), como en la Constitución de Brasil de 1988 (art. 170).

Tanto el Legislador español, como el brasileño han necesitado adecuar la estructura constitucional y normativa al procedimiento de liberalización de las telecomunicaciones. La Administración pública en estos países se basaba en la prestación directa de los servicios públicos, lo que supone una de las principales transformaciones del derecho administrativo moderno.

Por lo tanto, el principal reto a las regulaciones sería reivindicar nuevos procedimientos sin eliminar las restricciones a la libertad para favorecer a los prestadores de servicios privatizados, es decir, la ausencia de control de las actividades privadas causaría más desequilibrio entre los intereses económicos y sociales, vulnerando la exigencia de la cobertura universal.

Por lo tanto, el control más eficaz, aunque menos interventor sostiene un conjunto de deberes jurídicos en la autoridad pública sectorial de cada actividad privada, por eso, la regulación es mutable y evoluciona con la creación de nuevas reglas que nacen para responder al concepto evolutivo y dinámico de cada nueva necesidad colectiva.

También y dentro de las experiencias recientes en el mercado de telecomunicaciones, se han generado una gran expectación por la privatización y en lo que podría suponer un gran desarrollo económico pero, las nuevas prácticas administrativas han aumentado la desconfianza de los inversores en el sector público. La poca credibilidad en los métodos de control tradicionales sobre la economía retardó la apertura de los servicios de interés general a la implantación de la plena competencia.

En Brasil la inseguridad jurídica, por la posibilidad de la entrada de nuevos inversores sin límite o control, ocasionó equívocos en la fijación del marco regulatorio inicial. Hubo una flagrante desconexión entre los objetivos sociales establecidos y la búsqueda de universalidad de los servicios.

El principio de la eficiencia fue coordinado con los propósitos de ampliación de las ventajas económicas a los usuarios, pero la entrada de nuevos competidores no ha sido prioritaria. Las políticas de privatización en Brasil primaron por fomentar un mercado atractivo y rentable a los inversores, sin que, las metas de calidad y eficiencia fueran fijadas por la elección de otras preferencias consideradas más urgentes.

En la “caja de pandora” de la desregulación de los servicios públicos, la eliminación del público, o de lo que significaba el concepto más tradicional de la presencia de la Administración, exigió que las telecomunicaciones, así como otros servicios se adaptasen de los monopolios públicos al mercado de libre competencia. De hecho, no ha sido tan fácil como podría parecer.

En los primeros años después de la privatización el mercado de telecomunicaciones, se ha transformado en un modelo de transición (que en España ha sido poco duradero), donde se los ha convertido en un monopolio particular y legal.

En otras palabras, con la expresión de dominación de grupos económicos privados formados por consorcios de empresas, las privatizaciones resultaron de titularidad privada de los servicios, con compañías formadas por inversores internacionales. Para Rueda (2007:41), con énfasis al capital en detrimento de la competencia.

Superada la tentación liberal de dejar las actividades económicas a la autorregulación de los mercados, el neo-regulación fue considerado como el instrumento fundamental de, según Betancor (2009:34) imponer límites a la intervención pública y a la vez, reaccionar como un contrapoder frente a los mercados y en defensa de la competencia.

Si en un lado, estudiar los beneficios del neo-regulación es tener en cuenta los nuevos desafíos de la Administración pública, también es cierto que las decisiones políticas anteriores, también estuvieron fuertemente influenciadas por la presión de los grupos internacionales interesados en la explotación comercial, con exclusividad, de sectores con gran potencial de ganancias.

Así que muchas veces, los resultados de las privatizaciones son reflejos de las luchas por el control de los intereses privados por los medios de regulación pública. La autogestión de la economía podría favorecer la obtención de ventajas económicas, sobre todo con la explotación de monopolios privados.

Mientras que en la experiencia española ha sido determinante la normativa europea, en el caso brasileño la realidad y toma de decisiones por privatizar se origina de los padrones regulatorios manifestados por organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo monetario internacional, aunque, preferentemente, la

influencia de la política internacional norte americana haya sido definitivamente determinante para el cambio.

Hoy por hoy, la economía brasileña todavía sufre las consecuencias de la presión política externa por las medidas de privatización. La urgencia en abonar las deudas públicas y recuperar la económica (sometida a una larga crisis financiera en los años ochenta) incrementó la dependencia económica a las inversiones internacionales. La apertura de la económica empezó por la venta de empresas privadas, precipitando subastas públicas intencionadas con la obtención de ganancias, sin tener en cuenta la elaboración de un marco jurídico concreto que definiese los objetivos de las privatizaciones.

Al largo de la tesis veremos que el proceso de liberalización del sistema de telecomunicaciones y los métodos elegidos ha tenido fines eminentemente económicos. El gobierno brasileño intentaba reducir el endeudamiento público a través de las privatizaciones.

El exceso de intervención pública en la creación de marcos regulatorios poco eficaces para dar inicio a la libre competencia, impidió el desarrollo tecnológico esperado.

Todavía hoy, el mercado de las telecomunicaciones sufre las consecuencias del control económico de los operadores dominantes, en perjuicio de los derechos de los consumidores y, por este motivo, la investigación se ha centrado, fundamentalmente, en conocer los factores que interfieren en el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones de Brasil.

El neo-regulación impulsó la reinterpretación del concepto de interés público para estar de acuerdo con la expectativa de creación de nuevas políticas de gestión y atención de las prestaciones sociales. Por lo tanto, el gran reto del nuevo régimen fue asegurar que la “nueva” Administración pública tuviese la habilidad para compatibilizar los objetivos de someter las actividades de naturaleza universal con la nueva gestión de explotación privada.

A lo largo de la consolidación del mercado regulado de los servicios de interés general, los operadores siguen con gran poder de dominación frente al intento del Estado en mantener el control público por la vía de las comisiones y agencias reguladoras.

La imposición de reglas de ordenación para cada sector es cada vez más imprescindible. Y, la lucha por la intervención pública excelente se fortalece como algo permanente y neutral, que custodie los nuevos rumbos de la economía mundial y admita el surgimiento de nuevas metas sociales.

La explosión tecnológica exige cada día, el acompañamiento público de la expansión de las redes y de las infraestructuras de las nuevas comunicaciones electrónicas pero, también, la mejor regulación con órganos regulatorios presentes en las reacciones del mercado.

A lo largo de este trabajo intentaremos demostrar que el papel del regulador contiene características institucionales básicas y homogéneas, pero que son desiguales entre los países que liberalizaran el mercado de telecomunicaciones.

Partimos de la necesidad de investigar si el regulador cumple con su principal atribución que consiste en articular los diversos intereses involucrados en la construcción del mercado de telecomunicaciones.

En ese sentido, la aparente simetría de objetivos en la regulación representa en realidad, diferentes grados de enfoques de cada agente implicado en los sectores afines a las telecomunicaciones. Es decir, regular implica en expresar la materialización de un conjunto de intereses divergentes, los cuales conducen a la definición de la naturaleza del perfil actual de las telecomunicaciones.

Los propósitos de los consumidores-usuarios no son los mismos que los de los accionistas, de los empleados, de los competidores y del gobierno. Los últimos deberán ser los primeros a someterse a la regulación para que el espacio colectivo pueda ser armonioso y sociable.

El sistema depende de las acciones positivas de la Administración en conocer y analizar ampliamente el ambiente competidor, diferenciando experiencias y redefiniendo nuevos matices para no caer en la trampa de las libertades extremas y en las intervenciones no necesarias.

Por lo tanto, es indispensable reconocer que para la mejora de esas actividades económicas los propósitos públicos deben ser mantenidos. Promover el derecho de la regulación económica supone un punto estratégico de preservación de la estabilidad en

el sentido de fomentar el acceso a estos servicios como una especie de garantía pública a los intereses generales de la ciudadanía.

Una de las premisas del trabajo está basada en que la constante evolución del mercado de telecomunicaciones lo que le exige sucesivas revisiones regulatorias. Las relaciones son mutables, las tecnologías dinámicas y la regulación económica debe conducir al intento de mejorar la calidad de los servicios y no empeorarlos, como por ejemplo contribuir con altas ganancias de los ejecutivos de los grupos económicos² sin que se produzcan mejoras en la ejecución de estas prestaciones públicas.

Esos intercambios históricos afectarán de modo determinante las telecomunicaciones de Brasil, después de más de veinte años de implantación del mercado de los servicios económicos del interés general, la presente tesis se propone conocer los aspectos y características singulares del sector y como siguen influyendo en el tejido regulador las medidas más progresistas adoptadas por otros mercados.

El énfasis en los propósitos de competitividad refleja la actitud responsable y equilibrada que debe emanar de los entes reguladores. Es posible vislumbrar que los límites de la liberación de esos mercados esten marcados por la actitud de las agencias y comisiones en aplicar parámetros regulatorios. Es viable hablar de control cuando se trata en autorizar reajustes razonables e impedir incrementos exorbitantes en los precios, tarifas y en los impuestos.

Sin lugar a dudas las privatizaciones han traído beneficios para la sociedad en general, para los mercados y para la población, favoreciéndola como usuaria directa o consumidora indirecta de las ayudas que la tecnología es capaz de proporcionar.

² El grupo Telefónica cerró el año 2010 con unos beneficios de 10.167 millones de euros, un 30,8 % más que en el año anterior, debido al efecto contable de la adquisición de la operadora brasileña Vivo. http://www.elpais.com/articulo/economia/Telefonica/supera/10000/millones/beneficio/plusvalias/Vivo/elpepieco/20110226elpepieco_7/Tes. En España, en el mes de abril de 2011, la empresa Telefónica de España anunció que a raíz de las pérdidas financieras por la crisis económica de 2008, su intención de reducir el número de empleados al despedir 20% de su plantilla en España, y divulgó el reparto de cerca de 450 millones de euros en bonus para sus directivos. En Francia, en 2008, France Telecom., empresa pública privatizada en 1997, suprimió 22.000 puestos de trabajo de los 100.000 empleados que tenía y contabilizó casi el 60% de los casos de suicidios desde que empezó la ola de dimisiones para garantizar el crecimiento de la compañía, ya en manos privadas.

<http://www.lavanguardia.com/economia/noticias/20100410/53904303118/la-justicia-francesa-abre-causa-contra-france-telecom-por-acoso-moral-fiscalia-france-telecom-paris-.html>

Por otro lado, también es cierto que las políticas de regulación no siempre han estado de acuerdo con los propósitos públicos, deberían estar, pero, sin embargo, con el transcurso del tiempo, se impone cierto tipo de cuestión: ¿Las Administraciones públicas actúan, verdaderamente, sobre los sectores privatizados? ¿La presencia pública puede minimizar los fallos excesivos de los servicios?

Trataremos de contrastar los efectos del fenómeno desregulador con la apertura de los mercados a la competencia, y si el sector público propicia esta competencia.

Finalmente hay que destacar que, aunque la mayoría de las publicaciones suponen que la etapa de ordenación de la competencia ya está concluida, en muchos países esta situación resulta distinta. Brasil ocupa un amplio espacio global con la mayor economía de América Latina, séptima economía del mundo, con un Producto Bruto Interno nominal de poco más de 2 mil, millones de dólares en 2011, y un crecimiento medio anual del 7,5%. Son más de doscientos millones de líneas de teléfono móviles activos³.

En esta reflexión, elegimos contrastar el proceso de privatización español y brasileño, para conocer con mayor profundidad sus semejanzas y diferencias. Las experiencias entre ambos no son las mismas pero, guardan aspectos muy cercanos cuando se habla del modelo interventor público, la tradición por los servicios públicos, gran cantidad de empresas públicas, y la opción por los monopolios públicos en muchos sectores de la economía de los dos países.

La experiencia económica y política de estos países demuestra que entre los años 60 y 80, han vivido sistemas dictatoriales y regímenes administrativos austeros y cerrados, con políticas públicas centralizadoras y con intervenciones sistemáticas en la órbita económica que generaran procesos de desarrollo social y tecnológico tardío.

³De acuerdo con los datos de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones de Brasil, en marzo de 2011, 10.418.829 domicilios instalaron TV por Assinatura (vía satélite). En el primer trimestre de 2011, 650 mil nuevos usuarios, contrataron los servicios, lo que representa la evolución de 2,4% en relación a febrero de 2011. Considerando el número de personas por domicilio divulgado por informes del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y estadística (3,3 personas), los servicios de TV por vía satélite alcanzaran más que 34,4 millones de brasileño. <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.doc>

Al dibujar el modelo jurídico actual de las telecomunicaciones brasileñas y compararlas en algunos aspectos con la ordenanza europea, se intentará constatar que la quiebra de monopolios públicos no es la garantía total de instalación de un mercado en el que prevalece la libre competencia aunque exista regulación, todavía esta no es satisfactoria en todos los países.

MARCO – TEÓRICO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

Después de la ola de privatizaciones, la creación de la nueva política regulatoria admitió el progreso y la expansión de las telecomunicaciones en todo el mundo. La garantía del éxito de los servicios económicos de interés general empezó a depender de las modificaciones de las bases legislativas y de cambios en el Derecho Administrativo moderno.

La necesidad de investigación de ese fenómeno reciente admite el examen de las acciones estatales y de sus consecuencias para el mercado y para la ciudadanía, sobretodo en las telecomunicaciones que, en razón de su proceso de liberalización, al fin y al cabo, han promovido la verdadera revolución del siglo XXI.

La formación de un nuevo modelo de administración pública, nacida de la convergencia de los mercados y de nuevas fórmulas elaboradas para el reciente modelo del Estado social favoreció la defensa de la economía, pero ocasionó el surgimiento de una nueva fuerza-motor para la sociedad, la *neo regulación* económica.

Pero, algunos elementos han sido factores decisivos para el avance de las bases iniciales del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, en el ámbito de la Administración pública, en el Estado y en la economía.

- La creación de agencias y comisiones independientes, fundadas para asumir la responsabilidad por la defensa de la regulación económica;
- La proyección de las funciones del Estado, es decir, expresión del agotamiento del modelo burocrático y centralista tradicional, con conductas discrecionales y de fomento de empresas públicas como condición exclusiva y directa de realización de prestaciones sociales;

- La ruptura de monopolios públicos y la restauración de los servicios económicos sociales.

La investigación se logra cuando la nueva estructura de la ejecución de servicios económicos del interés social ya esta conducida totalmente dentro de la estructura del derecho constitucional y del desarrollo tecnológico y económico, donde la corriente de inversiones en nuevas redes e infraestructuras se expande en Europa y en América Latina.

Ese mundo complejo de las telecomunicaciones está asegurado por políticas legislativas jamás vistas, elaboradas dentro de un nuevo contexto político y jurídico que modificaran el ambiente económico en general, y fueran mucho más allá de los mercados de servicios de telefonía.

Hoy por hoy el mercado europeo de telecomunicaciones señala una referencia mundial especial en materia de regulación. Su conjunto de orientaciones, recomendaciones y directrices representa un motor de desarrollo en Europa, y contribuyó, en gran parte, al éxito económico del bloque comunitario de la zona euro. Mientras tanto, no es objetivo de esta tesis profundizar estudios sobre aspectos específicos del sistema de telecomunicaciones europeo, o español, pero, inevitablemente destaca su enorme contribución a la evolución del marco latino americano y, sobretodo brasileño.

Por lo tanto, parece ser inevitable utilizar como parámetros de auxilio a esa investigación – que se acerca al mercado de telecomunicaciones brasileños – a través de una mirada crítica sobre los principales elementos que son responsables por el progreso del mercado liberalizado de las comunicaciones electrónicas en Europa, en los últimos años.

Ese apoyo y ejemplo europeo fue determinante para el desarrollo de las actuales políticas de consolidación de un modelo basado en “regular para la competencia” y para la mejora de la acción estatal sobre los mercados de comunicaciones electrónicas pero, trascendiendo a la mera lógica meramente mercantil. Es decir, lo fundamental en ese modelo -que sirve al objeto de esa investigación- es considerar la regulación como un mecanismo de control, idea-fuente, y no un mero instrumento de estímulo a la competencia y a nuevas inversiones.

Esa aproximación del modelo brasileño, a partir del repaso de influencias de los principales parámetros legislativos del marco europeo es posible porque el mercado de las telecomunicaciones hoy es unívoco en el mundo, si bien, inevitablemente están vinculados a los fallos cuanto a los avances de los efectos de la globalización y internacionalización de la economía. Y, ese proyecto de sistematizar el uso de tecnologías afines entre los países que mantienen vínculos de cooperación mercantil, o incluso por la existencia de grandes compañías multinacionales, testifica la importancia de esa estrategia metodológica que acompañará toda esa tesis, al analizar primordialmente la lógica político-institucional del mercado de las telecomunicaciones del Brasil.

De este modo, la presente tesis doctoral analiza y cuestiona los cambios promovidos por la reforma del sector público y los efectos de la liberalización de las redes y de los servicios de telecomunicaciones en Brasil.

Al redimensionar las actividades económicas, las Administraciones públicas, según Bulinger (1991:142), también reafirman su poder sobre el tiempo, es decir, en el contexto de las nuevas relaciones sociales, la regulación económica se impone como el principal atributo actual del Estado.

Los futuros efectos de las decisiones regulatorias dependen del grado del compromiso de los gobiernos con la mejora del control sobre los servicios, generando así más confianza en el mercado económico en general sin depreciación de los objetivos sociales que deben ser alcanzados también por las empresas privadas.

El ejercicio de la función social de los servicios económicos se debe primordialmente al ambiente competitivo, la calidad institucional y la preservación de límites razonables de intervención pública.

Es por eso que partimos del estudio de la regulación como un concepto estándar, elemento clave y no solamente una proposición concreta en el momento determinado de las privatizaciones. Como reacción a los poderes del mercado el problema de la investigación se presenta en dos partes.

En la primera intentaremos explicar el modelo de transición hacia los nuevos tiempos para los servicios de interés general. Los servicios públicos, generados en las entrañas del Estado con raíces en el monopolio y la concentración pública del poder de las Administraciones sobre diversas actividades económicas. Esa función de fomento,

fue abandonada para dar inicio a nuevos comportamientos tanto públicos como privados.

Los cambios institucionales del gobierno exigirán reformas en el campo de las relaciones privadas. Las nuevas técnicas de la Administración pública de países que adoptaron estructuras basadas en la teoría de los servicios públicos, como Brasil y España, fueron fuertemente influenciadas por el modelo anglosajón y estadounidense de mínima intervención pública sobre la economía.

Así que, la nueva “teoría del servicio universal” de las telecomunicaciones se materializó porque hubo la adaptación de las necesidades públicas a estas prestaciones privadas, es decir, se mantuvo vivo el ambiente social de dichas actividades económicas, para el conjunto de la ciudadanía.

La formación del mercado de telecomunicaciones rompe, de modo definitivo con la estructura de los servicios públicos más tradicionales.

Esta tesis, parte del esfuerzo consciente de la necesidad de reflexionar sobre esta nueva técnica que emerge de las actuales teorías que se aplican a los servicios de comunicación electrónica, en la preservación de las cualidades, asequibilidad o expansión de nuevas redes.

En la segunda parte trataremos de describir los puntos de inflexión entre los propósitos iniciales del marco regulatorio brasileño para las telecomunicaciones, a partir del conocimiento de los instrumentos normativos e institucionales de regulación de este servicio.

Estos destacados preliminares también dejan en evidencia parámetros fundamentales para mejorar la intervención pública en defensa de los consumidores. Por lo tanto, los resultados destacados por el modelo regulatorio brasileño reflejan las posturas adoptadas por los órganos regulatorios a lo largo de los últimos dieciséis años.

1.1 La Organización de la tesis y el marco teórico

Con base en los propósitos ya comentados, **el trabajo esta ordenado en seis capítulos.**

El **primero capítulo** revisará el camino del proceso de privatización hasta la implantación de los mercados de interés general, lo que servirá para entender porque la teoría de los servicios públicos ha contribuido a la configuración del actual modelo del sector de las telecomunicaciones.

El **segundo capítulo** tratará del régimen jurídico de los servicios económicos de interés general recién privatizados, aportando el análisis de los límites jurídicos impuestos para esa liberalización de los sectores económicos. Finalizamos el capítulo matizando los desafíos a los nuevos medios de intervención pública, originados a partir de la quiebra de monopolios públicos.

En el **tercer capítulo** se mostrará la evidencia de los beneficios de la teoría de la regulación económica en materia de comunicaciones electrónicas, partiendo del reexamen de sus orígenes históricos y su adaptación concreta a los sistemas jurídicos brasileño e europeo de telecomunicaciones.

En el **cuarto capítulo** se investigará el modelo regulatorio brasileño de telecomunicaciones, las innovaciones institucionales introducidas en el ordenamiento jurídico de Brasil a partir de la creación de un órgano de control, muy distinto al modelo de la Administración pública más tradicional.

El **quinto capítulo** empieza investigando las raíces empíricas de la necesidad del control público sobre la estructura de los servicios de telecomunicaciones, investigamos en que criterios se basan las razones por las que el ente regulador brasileño eligió tal modelo y como se justifica su intervención sobre los sectores de las telecomunicaciones. Además de conocer los poderes que autorizan a la realización de este control y observar si existe de hecho la manifestación de esa capacidad pública sancionadora en Brasil para hacerlo.

En el **sexto y último capítulo** de la tesis presentaremos un enfoque general del actual Estado de las telecomunicaciones en Brasil, y una breve comparación con la experiencia europea reciente. Los medios administrativos actuales para defender los derechos de los usuarios de estos servicios. Las últimas y recientes medidas regulatorias aplicables a las nuevas infraestructuras, el nivel de la expansión de las redes y de formación de la competencia efectiva.

La tesis destaca la importancia de los entes reguladores y de sus competencias para hacer compatibles los principios universales de las actividades reglamentadas y el

nuevo régimen de las prestaciones privadas. La polémica generada entre la intervención reguladora y la defensa de la competencia deberá consolidar alternativas viables para el desarrollo de modelos económicos que favorezcan la defensa de los usuarios.

Se pretende que las conclusiones de esta tesis puedan contribuir a justificar que la calidad de los instrumentos de regulación económica, pueden favorecer la gestión óptima de los servicios económicos de interés general. Aunque consideremos que la regulación es aquella que el Estado permite que sea.

De este modo, la obsesión por los criterios de eficiencia y calidad en los mercados mundiales de telecomunicaciones deben conllevar el compromiso público y de los agentes privados con la reducción de pérdidas sociales. Las fuerzas económicas no pueden estar por encima de una mínima orientación de criterios que consideren la órbita social.

1.2. Los objetivos de la investigación

Se pretende valorar los resultados de la liberalización de las telecomunicaciones en Brasil. La regulación económica y sus consecuencias. La ubicación institucional frente a la necesidad permanente de adaptarse a los propósitos regulatorios de cada momento histórico.

La dinámica y complejidad de la economía se obtiene de peculiaridades contenidas en las decisiones administrativas, así que partiremos del propósito de que estas son las responsables de promover el acceso a las prestaciones de manera universal y con calidad. Por lo tanto, esa es la razón concreta de la permanente necesidad de los ajustes en las normas jurídicas de defensa de los derechos de los usuarios.

La capacidad de la administración de hacer cumplir los objetivos sociales de estas prestaciones decide sobre los resultados de las políticas de regulación, así que, los objetivos de esta tesis es valorar la contribución de la regulación para el desarrollo del sector.

1.2.1 Objetivo General

En la metodología empleada en esta tesis se plantea conocer la situación actual de las telecomunicaciones, partiendo desde la investigación bajo un punto de vista doctrinal y cualitativo de los acontecimientos y de los efectos generados por su liberalización con inicio en los años noventa, con el análisis de la importancia de la regulación para la política de defensa de la competencia y de los derechos de los consumidores-usuarios de Brasil. Investiga las razones del desarrollo de estos servicios en comparación con la experiencia española.

Objetivos específicos:

- Investigar la evolución de las estructuras de regulación de los servicios de telecomunicaciones en Brasil. Se la adaptación del mercado al nuevo perfil de las prestaciones privadas de servicios de interés general ha traído consecuencias positivas para los usuarios;
- Para analizar la eficacia y el avance del control público sobre las infraestructuras de estos servicios privatizados, también indagaremos, pero sin dar énfasis a un profundo método comparativo, las coyunturas de implantación del régimen privado en los servicios de telecomunicaciones español y europeo.
- Buscamos reconocer la forma de actuar de los organismos regulatorios, la importancia de su función de organización y vigilancia para el desarrollo del mercado de telecomunicaciones y mejora del acceso de esos servicios para la sociedad en general;
- Identificar elementos en las decisiones administrativas, políticas y legislativas que justifican los rumbos de las telecomunicaciones en Brasil, y ver los cambios estructurales que han favorecido la protección de los consumidores frente a los operadores del sector.
- Cuestionaremos como pueden ser protegidas las libertades privadas por encima de las exigencias del Estado en los sectores privatizados sin posibles pérdidas a la seguridad ciudadana.

I ANTECEDENTES DE LA RUPTURA DEL MODELO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE INTERÉS GENERAL.

Durante gran parte del siglo XX la expansión del Estado capitalista provocó el incremento de actividades económicas realizadas por empresas públicas, cuyas instancias administrativas eran identificadas como una especie de extensión de los mercados privados, aún con más privilegios normativos.

Como operador de los servicios económicos el Estado adjudicó a las Administraciones públicas un excesivo protagonismo sobre los demás operadores privados, en forma de monopolios y reserva legal de ciertas actividades aunque con fuerte tendencia competitiva. La regulación en ese momento, sirvió para legitimar los intereses públicos y privados bajo el dominio del Estado, donde alguna vez, como nos recuerda Muñoz Machado (2009:17), los arrendatarios o concesionarios de servicios, eran colaboradores de la Administración en la gestión de los mismos, sin perjuicio de la titularidad pública.

Para conservar la importancia social de los servicios públicos, como actividad-fin del Estado, la Administración utilizó como marco jurídico esencial la creación de una especie de mosaico de actividades, que en palabras de Ariño Ortiz (2007:34), son una multiplicidad de organizaciones no gubernamentales y empresas privadas en colaboración con el Estado, lo que se ha denominado alguna vez “tercer sector”. En otras ocasiones el modelo de Estado administrativo se mantuvo con base en la gestión directa, de modo centralizado a través de monopolios públicos, y con el mercado apenas regulado.

La gran ruptura con la esencia clásica del Derecho Administrativo⁴ nace de las transformaciones sufridas por los servicios públicos. Las actividades con relevancia social, como cualquier otra prestación pública, son modificadas, para Martín-Retortillo Baquer (1998:8) con el objetivo de liberar al ciudadano de las pesadas ataduras que suponen sus obligadas relaciones con la Administración pública.

Pero, más allá de configurar un punto de vista organizativo, la liberación de actividades centralizadas bajo la tutela del Estado, se efectuó por motivaciones diversas

⁴ Martín Rebollo (2000:355) no se opone a la idea clásica de muchos autores para los que creen que el servicio público es la identificación conceptual del Derecho Administrativo.

que indujeron el cambio en la proyección de las necesidades y conveniencias públicas. En Europa esa realidad se asume, según Laguna de Paz (2010:45) por un impulso político de cara a la creación del mercado interior europeo.

Asimismo, el problema ideológico, político y jurídico se plantea para Betancor (2010:73), porque usualmente se incurre en una simplificación de formas. En el contexto de las Administraciones, los servicios públicos ocupan un lugar de profunda trascendencia en la construcción de los regímenes constitucionales del siglo XX, si bien que cuentan con procesos históricos variables en cada país.

En general se reconoce que en la segunda mitad del siglo XX, fue inevitable que a la Administración pública le tocara responder de modo más directo en la aproximación entre el Estado y la sociedad. Ese componente está identificado por Betancor (2009:45), como el conjunto de funciones desarrolladas como tareas públicas, cuando la sociedad las considera importantes pero no las puede llevar a cabo.

En esa identificación conceptual podremos destacar que varios elementos están vinculados a lo que convencionalmente se llamó intervención pública. A veces esa intervención fue directa y orgánica, basada en el modelo de Administración pública empresarial, y otras como un nuevo régimen autonómico, dirigido a estructurar un nuevo camino para las actividades de interés social, hacia la competencia.

Esta lectura no contradice la existencia, o cambios sufridos en el régimen de la Administración Pública vigente en una determinada época. Cassese (2010:284) orienta y aclara que, el Derecho Administrativo, como conjunto y expresión de normas, puede que sea la acepción de Derecho vigente que vive para su correcta aplicación, o también una expresión relativa a los términos en lo que es interpretado por sus sembradores.

Por lo tanto, los servicios públicos puede que sean sinónimo de actividades realizadas bajo un régimen jurídico determinado, pero estrictamente necesarios para la colectividad, y, por lo tanto, reserva de protección y extensión del Derecho administrativo.

En definitiva, el ejercicio del poder de la autoridad del Estado fue más allá de las necesidades públicas, trascendiendo a la órbita de la economía. Pero, para entender sobre la verdadera revolución ocurrida en los últimos veinte años resulta necesario, como ha dicho Figueiredo Moreira Neto (2008:11-13), desechar viejos mitos, que tenían por propósito hacer prevalecer una herencia autoritaria del absolutismo en

forma de amenaza e imposición de la supremacía del Estado sobre la sociedad a la que debe servir. También el racionalismo redujo el Derecho a un mero ordenamiento estatal de reglas, nada espontáneas y fruto de una legalidad impuesta.

El propósito de satisfacer las necesidades de la sociedad industrial supuso la revisión de formas y funciones estatales. Así pues, regular podría ser el intento de, simplemente, ordenar o ayudar a ejecutar orgánicamente los cargos para el bienestar de los ciudadanos. La confusión se instaura cuando los “poderes del Estado” también se convierten en modelos de suministro de prestaciones poco usuales en la esfera pública, como ciertas actividades industriales, textiles, petrolíferas o de minas prestadas directamente por el Estado.

Con más de una regeneración, la Administración pública añoraba mantener la reserva del mercado como un modelo ideal de soberanía y expresión del poder del Estado. Así, a través de un “mercado protegido”, pero anclado en la defensa de las libertades privadas, se desarrolló un sistema de privilegios a la protección de las propiedades particulares en detrimento de las libertades públicas.

Esa especie de reducción del poder de autoridad fue supuestamente la responsable de desencadenar el progreso del régimen económico capitalista de la segunda mitad del siglo XX. Por otro lado, en los países de economía emergente, pero sometida al mando de largas dictaduras y gobiernos centralizadores, los modelos de Administración burocrática sufrían los efectos de los excesos del incremento del gasto público, empeorados por la falta de apertura económica.

Esta realidad modificó la ideología del poder del Estado al motivar los comportamientos económicos públicos y vulnerar los privados, dependientes y guiados para la consolidación de un sistema que, todavía, no priorizó los derechos sociales.

El pulso estatal favorable a las reformas económicas, en un modelo menos interventor, construyó la regulación destinada a favorecer el nuevo orden jurídico para el trabajo y la vida laboral. Ese proceso de industrialización creciente también benefició a las Administraciones burocráticas al permitir un nuevo vínculo institucional y jurídico en el espacio público, a través de las empresas públicas.

Por otro lado, los privilegios públicos sobre la economía, muchas veces exclusivos, se alejaron de las bases del liberalismo económico clásico, cuando los

límites legales, fundados en la intervención estatal, representaban la antítesis del autocontrol del mercado.

Después de la segunda guerra mundial, la difundida doctrina liberal solo ha contribuido para incrementar el conjunto de prestaciones que, en gran parte, no estaban de acuerdo con las estrategias de defensa de los intereses públicos generales.

Los beneficios y las variables de la intervención pública directa en las relaciones económicas se volverán vulnerables bajo el punto de vista conceptual. El carácter indefinido de las actividades del Estado le permitió asumir el privilegio de ejecutar las funciones privadas también como actividades reguladas.

El aumento de las actividades económicas directamente realizadas por el Estado ha coincidido con el avance de los servicios sociales. Con eso, según de La Cuétara (1987:89), existe un flagrante propósito público mal intencionado en apoyar el aumento del poder político a través de la desaparición ficticia e irreal de las fronteras entre los objetivos de la sociedad en general y del Estado.

Como actividades auto complementarias, pero con intereses distintos, la proyección de las prestaciones del Estado al ámbito privado coincidió con el modelo de Administración centralizada y basada en la creación de empresas públicas, cuyos regímenes jurídicos y potestades administrativas eran operadas con ventaja sobre los demás agentes económicos.

El régimen de la regulación, en este caso, favorece la composición del modelo del Estado empresario, con pleno ejercicio de las libertades públicas e impidiendo el libre acceso a ciertas prestaciones privadas estratégicas que deberían ser realizadas con libertad.

La justificación del porqué las actividades privadas económicas deben seguir perteneciendo al ámbito público, sin dañar la competitividad, ha sido duramente criticada por diversas vertientes del pensamiento liberal de los años ochenta. Mientras tanto, en muchos países el Estado permanecía alejado de la demanda de la liberalización de los mercados y de las reglas de autodeterminación de las voluntades mercantilistas.

El Estado seguía manteniendo la tendencia del aumento del déficit público y el control directo sobre la economía con la preservación de monopolios públicos pero, por otro lado, seguía intentando ampliar el modelo del bienestar social.

La mano invisible de la economía se mantuvo atrapada por límites jurídicos y administrativos garantizados por la permanente intervención pública sobre los mercados.

Para Buchanan (1980:215), los ideales del liberalismo histórico, vigentes durante más de dos siglos, parecen haber fallado por razones de ausencia de medidas limitadoras a la propia expansión del poder interventor del Estado que, además, apunta al surgimiento de un nuevo fundamento alternativo, y radical denominado neo-regulación, a finales del siglo XX.

Sin embargo, el Estado, a través de la fuerza reguladora de los mecanismos administrativos, aseguró la continuidad de la presencia pública en los mercados de manera permanente y directa.

Así pues, existe una habilidad originaria del Derecho Administrativo en adaptarse a las circunstancias impuestas por el juego político y, contenido en las decisiones históricas como subproductos de una determinada época.

En esa perspectiva, con base en la “estatización” de muchas actividades, como técnica jurídica vigente en la formación del Estado capitalista, es posible que las estructuras del bienestar social y de la función económica estatal fueran los dos lados de una misma moneda. Apoyadas en condicionantes políticas su funcionamiento está determinado por raíces regulatorias, donde la Administración Pública y el propio mercado son los protagonistas. Es decir, bajo el punto de vista de las variables dogmáticas de lo que sería un concepto de buena administración, esa debería ser interventora, para satisfacer las libertades de la economía pero respetando cierta lógica de la regulación protectora de los intereses generales.

Esa situación paradójica, permitiría el incremento de los espacios sociales, donde la mayor demanda de regulación en el siglo XXI ha sido la económica. Para Darroca (1999:68) la demanda colectiva por actividades, implicó la formación de una sociedad de expectativas, donde, ha imperado la confianza en el Estado.

Entonces, para generar un nivel de credibilidad en el que las competencias públicas no estuviesen vulneradas, la regulación se convirtió en una intervención neutral que persigue la efectividad de los objetivos sociales, a través del incremento del número de prestaciones con operadores privados y basado en criterios de libre competencia.

A la vez, es axiomático, que el nivel de inversión de los gobiernos fue incapaz de acompañar el ritmo de las necesidades públicas. La sociedad civil, cada día reivindicaba el cumplimiento de los propósitos de los servicios públicos, suscitando temas como calidad y control del gasto público y de inflación, en lo que Sartori (1993:106) identifica como la exigencia de la creación de estructuras adecuadas a la limitación de estos gastos.

La supresión de las libertades públicas absolutas en los espacios privados, proyecta los valores económicos sobre la gestión directa de los servicios pero, también replantea la forma de intervención pública sobre los mercados, bajo el comando de la regulación.

Por otra parte, la permanencia de los intereses públicos no significa, según palabras de Schmich-Abmann (2003:165), la existencia de un título exclusivo de competencia pública y legitimidad automática en favor de la Administración. Es decir, el Estado acaba por legitimarse a sí mismo en la realización de acciones concretas y firmes para preservar la naturaleza esencial de las prestaciones de interés social, sometidas a ciertos procedimientos administrativos.

Por lo tanto, en ese capítulo, trataremos de la transición del ciclo de los servicios públicos hacia la alteración de límites de la potestad del Estado, para fundar el sistema de regulación de los intereses públicos generales, en un modelo sucedáneo a los servicios públicos tradicionales.

Además de los avances formales de las prestaciones públicas al replantear los fines y tareas del Estado, la reforma de los servicios públicos nos permite cuestionar si esa modificación actuó positivamente sobre los rumbos de las prestaciones de las telecomunicaciones. Pero también podemos investigar si el bien común ha sido la principal motivación del proceso liberalizador. La nueva regulación jurídica y sus

vicisitudes exigen examinar las expectativas públicas actuales en la formación de un mercado para los “servicios universales”⁵.

Esa experiencia novedosa también permitió reafirmar la importancia de los derechos fundamentales, a través del rescate de las prestaciones públicas. En muchos países y, dentro de ese nuevo modelo de mercado interior europeo, para Laguna de Paz (2010:46) esa realidad se resume como basada en dos pilares fundamentales: la liberalización, como la hipótesis concreta de supresión de los derechos exclusivos y especiales en el sector de telecomunicaciones y la armonización de prestaciones, que significa la regulación de los aspectos básicos de la actividad económica de interés social.

I.1 Visión básica de la transición de la teoría del los servicios públicos hacia el modelo de los servicios económicos de interés general

Los servicios públicos nunca han pertenecido al plan tangible de las actividades inmutables, y, el difícil mantenimiento de la sociedad del bienestar, en un entorno de incertidumbre económica, exigió reformas fundamentales: la reestructuración de la Administración pública, la liberalización de la economía y la nueva regulación para los servicios públicos.

Ante la amplitud de actividades pertenecientes al entorno de la estructura administrativa del Estado, y la dificultad de sistematizar el progreso económico con la presión social por la calidad de los servicios públicos, y por más libertad para los mercados, el Derecho Administrativo permitió un nuevo salto rumbo a la revolución de los servicios públicos.

El sector empresarial público en general, representado por entidades poco desarrolladas, fue responsable por empeorar la incapacidad de las Administraciones

⁵Cassese (1999:91) identifica el uso del término “servicio universal” por primera vez, asociado al sector de los servicios de telecomunicaciones, cuando se intentó asegurar el monopolio público de la empresa AT&T sobre las telecomunicaciones norteamericanas, garantizando estos servicios a todos los usuarios. Esa expresión también es utilizada por Carlón (2007:30), al tratar sobre lo esencial de los cambios de los servicios públicos por las categorías de servicios universales, como aquellos que no implican en la ruptura con la ideología de los servicios públicos, pero sí con la reformulación de sus técnicas generadas, sobretodo, por la inclusión de nuevos elementos de orden económico, social y tecnológico, inspirados en los modelos anglosajones de regulación.

públicas en la gestión de actividades económicas en atención a objetivos como la regularidad, control de gastos y eficiencia. Mientras tanto, las reivindicaciones de la sociedad por un mayor número de prestaciones también eran demandadas al sector público.

La ausencia de una delimitación formal de los límites de actuación del sector público y la existencia de excesiva intervención sobre los mercados privados sosteneran la formación del “mito de la autoregulación del mercado” y del Estado mínimo como forma de eliminación de los obstáculos a la expansión de la economía.

De hecho, el abandono de las prestaciones públicas (sobre todo por técnicas más recientes como la de las privatizaciones) ha puesto en marcha serias dudas sobre la importancia del Estado en la preservación de las necesidades de la sociedad, instaurando la denominada crisis del Estado.

La derivación (y no recreación) de las prestaciones públicas para otros regímenes, más cercanos a las influencias privadas, permitieron el desplazamiento de las reservas públicas a otros sectores privados.

La esencia de los intereses sociales y generales responden a los nuevos paradigmas con la reforma regulatoria responsable por cambiar la estructura de los servicios públicos económicos por actividades reguladas, pero realizadas por empresarios privados. Es decir, categorías históricamente creadas para vincular y servir a los intereses colectivos pero manteniendo la estructura de los mercados.

En ese sentido, nos recuerda Darnaculleta & Armendáriz (2010:147) que fueron las transformaciones jurídicas derivadas de la globalización, en especial la liberalización de los mercados, las que han llevado a la doctrina iuspublicista a reflexionar sobre la regulación. Y, tampoco el término regulación es propiamente jurídico⁶.

Mucho se ha dicho sobre las constantes transformaciones de los métodos administrativos en la concesión de prestaciones públicas⁷, muy frecuentes en el uso de

⁶ En ese sentido, Betancor (2010:31), Malaret Garcia (2007), Esteve Pardo (2007)

⁷ No solamente justificada por cambios recientes promovidos por medidas como las privatizaciones o desestatizaciones de actividades públicas. Todas las direcciones apuntan a que los poderes públicos siempre se han comprometido con la redefinición de las propias funciones publicas, incluso las históricamente reconocidas como fundamento para el propio nacimiento de las bases organicas del Derecho Administrativo moderno. Segundo Ariño (1993:250), las estructuras del Derecho Administrativo

técnicas de intervención pública sobre las actividades económicas, pero la garantía de prestación de ciertos servicios no resulta de nuevas necesidades sociales pero si de las mismas, modificadas a través de su reformulación a través de nuevos instrumentos jurídicos.

En ese sentido, para Pardo (2010:299), el objetivo es mantener esos sectores, aunque la posición de dominio de la titularidad pública se retire de la actividad económica, a cambio de la plena liberalización. No se trata del abandono del interés público de los servicios de interés general, ante su inadecuación al régimen jurídico administrativo tradicional, y por ello es necesario recurrir a la regulación para ocupar el vacío instrumental de esas prestaciones.

Para Figueiredo (2008:16), esas nuevas funciones del Estado nacieron de la afirmación jurídico-política de la supremacía de los derechos fundamentales, aportando nuevas clases de funciones, propias del avance de la democracia que exigió nuevos canales de expresión de la ciudadanía.

En muchos países de América Latina las críticas contra el exceso de presencia pública en prestaciones económicas se han fortalecido a raíz del convencimiento de que las prestaciones públicas eran deficitarias y podrían ser sustituidas por empresas privadas. Pero en Europa, fue la formación del mercado único la que motivó los nuevos desafíos regulatorios, y que los objetivos de la transición estuvieran ligados a la necesidad de la mayor integración económica de los países, uniformización de los mercados de los servicios de interés general y la introducción de la competencia.

El denominado por Carbajales (2006:69) como “desarrollo social democrático” dentro de un sistema económico mundial, no es más que la política de regulación del Estado aplicable desde el punto de vista de la búsqueda del equilibrio formal y material, entre la protección de los derechos de ciudadanos y la libre competencia, esta última como medida garante de eficiencia económica.

Someter los servicios universales al criterio de la libre competencia, reafirma una opción, es el caso de la superación de la teoría de los servicios públicos al asumir los riesgos de la pérdida de autoridad o reducción del control público sobre los mercados. Por otro lado, los cambios en la regulación, exigen la seguridad del Estado

no son completas y acabadas, por lo tanto, sería posible reconocer que, muchas veces es racional reconocer cuando empieza una fase de transición pero jamás cuando se termina.

en optimizar los instrumentos en su favor, para definir mejor los criterios de actuación de la administración, es decir, la autoridad pública debe estar consciente de sus verdaderas funciones públicas.

Aunque las formulas públicas de la gestión del contenido de los servicios públicos hayan cambiado por ser variables a lo largo del tiempo, históricamente, las acciones ordinarias del poder público siguen bajo una fuerte influencia de los principios que marcan los intereses generales como prestaciones públicas.

En los ordenamientos jurídicos actuales siguen presentes, en muchos tipos de servicios, los principios de la igualdad, la universalidad y la titularidad pública como propios de los servicios prestados. Lo que puede variar es la visión del Estado sobre esos servicios, y la forma de cómo se encajan en el cotidiano de los ciudadanos, ya sea como servicios públicos tradicionales, o como servicios de interes general.

La pérdida de la titularidad pública repercute en la necesidad de compensar la ausencia de gestión pública directa con más regulación que, en palabras de Betancor (2010:50), seria una función técnica orientadora.

El sentido común de los servicios públicos se somete a una concepción bastante discutida a lo largo de la materialización de las funciones públicas. En general, esas funciones son identificadas como toda actividad encajada dentro de las necesidades públicas y asumidas como *publicatio*, que con el fin de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, se adjudican en una forma determinada como servicios de transporte, telecomunicaciones, energía, sanidad, educación, seguridad, etc.

Sin embargo, son las decisiones públicas las responsables de introducir los objetivos sociales en el espacio del régimen administrativo. Y, por eso, no siempre ellas representarían la opción más duradera y rentable para el bienestar ciudadano, si bien la presencia pública es garante para el cumplimiento de los principios de solidaridad, transparencia e igualdad entre los usuarios⁸.

Con base en contenidos técnicos y fundamentados en el discurso sobre la necesidad del incremento de medidas de incentivos al desarrollo económico, la presencia y el control público sobre los mercados podrían pertenecer a objetivos secundarios, o quizás un segundo plano del Estado. Eso es porque, como describe

⁸ Más sobre servicios públicos, véase Ariño Ortiz (2007), Rivero Ortega (1999), Souvirón Morenilla (1998)

Sendin García (2006:128) la intervención es la expresión de la simple voluntad gubernamental, basada en regímenes que condensan una alta concentración de poder.

La presencia pública en sociedad se justifica basada en una contradicción existente por la ausencia de definición formal de cuales son las funciones del Estado y en que consisten las funciones públicas. En ese sentido, los modelos de intervención son determinados por la definición de las prioridades del Estado. Si bien, los intereses son considerados públicos independientemente de quienes corresponde ejecutarlos.

Por lo tanto, la fijación de los límites orgánicos de las actividades reglamentadas, también cala el orden económico y autoriza al reglamento del Derecho Público para establecer nuevos parámetros de la supremacía del Estado en la conducción de la vida privada.

Así pues, el poder instructivo de la autoridad estatal en la elaboración del régimen de las operaciones privadas, en ejecución de las tareas con interés social, pertenecen por expresa determinación legal al contenido de los intereses públicos.

A lo largo de su historia, como asegura Aranguren (2004:90), el incremento de las funciones administrativas no puede ser considerado sinónimo del aumento de la ordenación, en las funciones de naturaleza esencialmente pública. Casi nunca la Administración del Estado se ocupó de ordenar exclusivamente la sistematización de las actividades de interés general, optando también por regular a los mercados.

Es evidente, que la conexión entre el interés público y los servicios públicos también ha sido construida dentro de la formación dialéctica entre la idea de incapacidad de la sociedad en cumplir solitariamente, y sin la presencia del Estado ciertas actividades y, por otro lado, la tendencia de expansión de las prestaciones públicas sin límites. Así, los países se acostumbraron a creer que las categorías de los servicios públicos podrían expandirse sin límites, aunque con pérdidas económicas, incluso al margen de las propias necesidades sociales. Por eso, los intereses del Estado jamás pueden ser identificados exclusivamente con los intereses sociales.

El Derecho Administrativo aportó validez al conjunto de las obligaciones sociales y otras tantas más, de distintas naturalezas, en la medida en que otorgó legitimidad a las Administraciones para representar distintos intereses y quitar libertades privadas a costa del ejercicio de titularidades públicas exclusivas.

Como vimos anteriormente, el incremento constante de las dimensiones exclusivas a cargo de las Administraciones ha sido determinante para rellenar el espacio público de prestaciones lejanas al bienestar ciudadano.

Ese comportamiento explícito de las Administraciones vulneró la calidad de las prestaciones de servicios públicos por la alta gama de actividades afines al Estado, muchas de ellas sin relación en los contenidos de las políticas sociales. Esa realidad, incapacitó históricamente el desarrollo del orden económico y la ejecución de las libertades en general también por excesivo control público sobre las actividades productivas.

La falta de madurez de los mercados en autodeterminarse, también puede considerarse como resultado de la excesiva carga de actividades económicas realizadas por las Administraciones, en general sin competencia. Esa actitud, exhaustiva y directa sobre los comportamientos privados también repercutía con la baja cualificación de los servicios prestados sin competencia, públicos o privados. Es evidente que una gran inseguridad jurídica está pesente en la ausencia de políticas públicas en el desarrollo de las prestaciones públicas y en la desconfianza en las directrices públicas sobre la economía.

El punto de inflexión entre los servicios públicos y los intereses generales está en los objetivos públicos a alcanzar, es decir, la atención dispensada por las Administraciones públicas en orientar mejor las prestaciones dirigidas hacia la sociedad.

En este sentido, existe una tendencia histórica a considerar que los servicios públicos son más deficitarios y de menor calidad, mientras que, los resultados de los procesos de liberalización son estables y satisfactorios. Por otro lado, recuerda Carrasco, Arroyo & Mendonza (2005:187) que también es posible considerar que en la liberalización existe una mayor desatención por parte de los poderes públicos encunanto a los derechos e intereses de los usuarios.

Es evidente que la transición de esas técnicas de servicios para especificar prestaciones más técnicas y racionales permiten la reducción de los gastos públicos, con la reestructuración de la Administración y la transferencia del mando funcional para operadores privados.

Sin embargo, no se puede hablar de eliminación de cualquier forma de intervención pública, incluso porque la reserva del bienestar, en su conjunto de las actividades económicas, no debería estar vulnerada por los cambios de gestión sufridos por cada sector.

Luego, la reducción del tamaño de la estructura del Estado ha sido un objetivo recurrente en los procesos de privatizaciones. Los ordenamientos jurídicos internos especificaron el cómo y cuando operar los cambios, pero sufrieron el efecto de la internacionalización de las medidas más progresistas. En consecuencia, el Derecho Administrativo de cada país adoptó sus estructuras para asegurar medios de ejecución y funcionamiento de los servicios económicos de interés general. Los resultados de las innovaciones posteriores son productos de la atmósfera de regulación instaurada por cada Administración Pública, en lo que denominó Muñoz Machado (2009:38), la articulación técnica de la combinación entre regulaciones y gestión privada.

La cuestión central fue definir qué servicios públicos serían aptos a la competencia, y por lo tanto, disponibles a la ejecución del sector privado y, hasta donde debería estar comprometido el Estado para restaurar el ambiente de los servicios públicos preservando las circunstancias de las prestaciones sociales.

El problema pues se sitúa en la búsqueda del contenido de los intereses generales a ser protegidos. La respuesta está dentro de un criterio constitucional que deberá estipular ciertas prestaciones como funciones al servicio de la soberanía⁹ y que, por exigencia legal, son considerados servicios públicos e, por consiguiente, puede que estén impedidos a someterse al proceso de privatización.

De ahí que ese planteamiento se acerca a la necesidad constante de muchos autores de intentar describir la esencia de los servicios públicos. Lo que cambian en el proceso de transición hacia los servicios de interés general son los instrumentos legales y orgánicos utilizados por el Estado para materializar, de modo más práctico y eficaz, el cumplimiento de los objetivos sociales.

La teoría de los intereses públicos, amparada por el Estado del bienestar social, según Hayek (2000), ha justificado que ante la constatación que existen fallos del

⁹ En ese sentido, reconoce Carlón Ruiz (2005:25-40) que la teoría de los servicios públicos, tal como fue formulada por la Escuela de Bordeaux entró en crisis en el fin del siglo XX, pero lo que ideología de los servicios públicos debe llevarnos a reconocer que ciertas actividades económicas, entre ellas las telecomunicaciones, concurren rasgos de esencialidad respecto a las necesidades de los ciudadanos que pueden justificar excepciones al principio de la libre competencia.

gobierno en la búsqueda de las soluciones concretas para mejorar las prestaciones públicas, la mejor opción para la sociedad sería dar énfasis a la iniciativa privada en detrimento de los beneficios dudosos del exceso de intervención pública en la economía.

Tales cuestionamientos demuestran que los intereses sociales siempre conferirán legitimidad para las iniciativas del Estado, lo que no resulta siempre favorable a las políticas públicas útiles a la protección de los derechos generales de la ciudadanía.

En ese sentido, en muchas conductas públicas en materia de intervención en la economía no es posible distinguir, según Alejandro Nieto (2008:26), los intereses públicos legítimos de los intereses personales, privados e ilegítimos, que también pueden motivar, aunque de modo ilegítimo, las decisiones públicas.

Así pues, la presencia pública podría convertirse, muchas veces, en excesiva y excusable. Las intervenciones injustificables, a la luz de la defensa de criterios alejados de los intereses sociales, no pueden pertenecer al ámbito de la reserva pública. La universalidad y necesidad de los servicios son consubstanciales a la compatibilidad ideológica entre los fines de los servicios públicos y los servicios universales, aunque las técnicas adoptadas a cada uno sean muy distintas.

Los criterios de libre elección de los gobiernos obedecen a finalidades distintas y variables en ciertos momentos históricos, por esas circunstancias prácticas y accidentales que son las tendencias políticas, según Zanobini (1959:407), ejercen gran influencia sobre el ejercicio de la autoridad pública, motivando nuevas decisiones estatales.

Así evolucionaron los servicios públicos, al amparo de la preservación de sus ideales, pero con otras características formales y materiales, distintas del método de prestaciones más tradicional de la Administración Pública.

Como veremos en ese capítulo, con la motivación de los cambios, en los tiempos en los que nos toca vivir, la Administración pública sigue pendiente de sus raíces históricas que, precisó Jèze, como el fruto del tiempo y del lugar¹⁰. Lo que las propias

¹⁰Para Jèze (1949:7), la organización administrativa es mutable en cualquier momento en virtud de las permanentes transformaciones económicas, sociales y políticas y, ningún obstáculo podrá impedir esa modificación. En ese sentido para Arévalo (1953:29-30), la concepción institucional del Derecho

circunstancias de ordenación política pueden estipular, con nuevas técnicas sobre el uso de la titularidad pública, pero sin renunciar a los propósitos sociales.

En este juicio, las funciones de la Administración y la estructura organizativa del Estado se han sometido a influencias diversas, poco usuales a la técnica de los servicios públicos, tradicionalmente basados en prestaciones públicas. Incluso en muchos países, las actividades públicas reservadas a la exclusividad no han permanecido neutrales, sometiéndose a cambios de titularidad pública.

El desarrollo de la economía ha sido la influencia más determinante para la conversión de los servicios públicos en servicios de interés general, con la ruptura del régimen anterior a través de la reforma de la estructura organizativa.

Otro fenómeno que ha sido muy importante en la expansión de las acciones sociales bajo la asunción de operadores privados, fue la elaboración de una normativa más liberal para los mercados, sin abolir la regulación específica para cada sector privatizado.

En los momentos de crisis económica, como sucedió después de la gran depresión de 1929, al final de la segunda guerra mundial, en 1945, o en la crisis del petróleo en los años 70, son fácilmente identificados puntos convergentes que señalan soluciones afines. Para Pardo (2009:325), la regulación se presenta como un baluarte defensivo, donde la intervención estatal, representada por políticas de ajustes, es motivada por la necesidad de contener no solo las pérdidas sociales, sino también los precios, la devaluación de la moneda, de los salarios y de los altos índices de inflación.

La base de las reformas empieza por el agotamiento de fórmulas tradicionales, donde el socialismo tradicional y el gerenciamiento económico del Estado del bienestar en el modelo keynesiano, pierden espacio, y Giddens (2000) habla de una tercera vía, donde la modernización de la práctica política, con más solidaridad e inclusión social podría ser posible sin amenazas o abusos del libre mercado. Es decir, el control del endeudamiento público debería permitir la reducción de los gastos sociales, en general minorados por las rebajas en los niveles de recaudación de tributos, que eran consecuencia de la propia parálisis económica.

Administrativo podría ser delimitada por el equilibrio entre las garantías del administrado y la eficacia de la Administración.

La nueva técnica de obligación de los servicios universales en el entorno liberalizado en el final del siglo XX representó la simbiosis histórica entre servicios públicos y mercado. Las realidades económicas y sociales deberían estar ajustadas a la nueva organización jurídica de la Administración Pública. Es evidente que las condiciones de prestación de servicios públicos por empresas privadas no son novedosas, ya que desde siempre han existido servicios públicos económicos, y en algunas ocasiones han sido desarrollados por entidades privadas, aunque las actividades se mantenían bajo la titularidad de las Administraciones públicas.

Es posible identificar que la transición definitiva de la teoría de los servicios públicos hacia otros modelos, estuvo marcada por instrumentos jurídicos elaborados con el propósito de ampliar la independencia de los operadores privados y asegurar más probabilidad de progresos económicos.

Sin embargo es inevitable comparar las nuevas técnicas con anteriores formas de delegación de funciones públicas a entidades privadas aunque actualmente la relación de los sujetos privados con la Administración Pública es otra.

De la Sierna (2009:433), nos advierte que la mera intervención indirecta de la administración sobre actividades privadas no puede ser confundida con un mero régimen autónomo, al tratarse de una simple delegación de funciones públicas. Es decir, la tutela privada de los servicios públicos, históricamente pertenece a la fórmula de las concesiones públicas, eran consideradas actividades mantenidas en la estructura de las Administraciones como servicios públicos.

Las prestaciones sociales no se tornaron indiferentes o inmutables al objetivo de reducción del número de actividades reservadas en exclusividad a la gestión pública. Si antes la regla era que toda actividad económica podría ser pública, ahora rige lo contrario, es decir, las actividades públicas deben ser económicas y libres y, las reservas legales deben ser una primicia excepcional, dentro de la Administración Pública del Estado.

Los ajustes en las prestaciones de interés general también demandaron la creación de nuevas representaciones administrativas para dar soporte a la nueva estructura organizativa, con nuevos contratos de concesión pública, necesarios al desarrollo de la economía.

La simbiosis entre las reglas jurídicas y las relaciones económicas, a través de nuevos mecanismos de rendimiento y control del Estado no influyó, solamente en el cambio de dirección hacia al modelo de servicios de interes general, sino que también promocionaron la ampliación de las relaciones productivas. Era inevitable, además, porque con la inclusión de la competencia fue alterado el modelo de la defensa de los derechos de los usuarios, como partícipes, y actores, del ambiente económico.

En gran medida, la administración tradicional persiguió un ritmo beligerante y bastante retocado para adaptarse a los ideales de las nuevas políticas públicas. Si bien, intentando preservar la esencia de las prestaciones, como primordiales a los ciudadanos, independiente que su modo de gestión.

Sin embargo, no todas las actividades consideradas esenciales para la sociedad han sido consideradas relevantes por los regímenes jurídicos de cada país. Ese cambio normativo también exigió decisiones políticas. En general, las actividades públicas privatizadas encontraron en la regulación de la economía la técnica adecuada para responder a la demanda de objetivos con la liberalización de los servicios económicos de interes general.

Lo que ocurrió, según el pensamiento de Ramón Fernández (1999:61) fue que los nuevos matices ideológicos, económicos y tecnológicos determinaron que los gobiernos buscasen soluciones alternativas de poder, desde fuera del ámbito de los servicios públicos. Esa realidad fomentó que los países se acercasen a nuevos métodos de preservación de las necesidades sociales.

Así, ese capítulo intenta destacar las características en el cambio de gestión en la liberalización, con un régimen más firme y duradero, con base en las estructuras de mercado y de competencia, en que podría preservar los derechos de los usuarios, la mayor calidad de los servicios, y mayor eficiencia.

I.2 Diagnóstico del proceso de privatización y de la quiebra de los monopolios públicos

Históricamente los excesos pragmáticos de los mercados en competencia y el insuficiente control público marcaron los rumbos de la evolución del capitalismo en los últimos cincuenta años. La ausencia de límites formales a las actividades productivas, motivaron abusos cometidos a través de prácticas económicas contrarias a los intereses del consumidor, lo que generó mucha tensión entre el Estado y la sociedad.

Los momentos de mayor complejidad y obstinación para del sector público se suceden por el uso de la máquina administrativa para expandir la titularidad pública por todas las áreas y no solamente en sintonía con la realización de prestaciones de cuño social.

El gran desarrollo económico dominado por el principio del “*laissez faire*”, se encontraba con actividades sin regulación y servicios públicos deficitarios orientados hacia el monopolio. Esteve Pardo (2009:328) cita el ejemplo norteamericano al describir el ambiente vivido en el inicio del siglo XX, cuando la regulación¹¹ mantuvo a las grandes empresas al margen de los rigores y de la racionalidad del mercado, distanciados de reglas y mecanismos sobre control de precios y libre competencia.

Es evidente el sucedáneo de ese ambiente en otros países capitalistas. En latino América las llamadas a una mayor atención de los intereses generales todavía no formaban parte del espacio social, mucho menos del ambiente jurídico de referencia, realidad que se siguió sin grandes cambios hasta mediados de los años cuarenta, prolongándose con la crisis de los años setenta.

El rasgo de los años ochenta, con estructuras democráticas un poco más estabilizadas y el fin de las dictaduras en países como Brasil, España y Portugal, se caracteriza por las innovaciones en el Derecho Administrativo. Este período se caracteriza por una frenética producción legislativa y la creación de empresas públicas,

¹¹ Ese modelo clásico de regulación fue duramente criticado por Stigler (1975) y otros autores, ante la profunda influencia de los sectores económicos a los que sometían el Estado a los intereses privados y, en ningún caso, pendientes de las *public utilities*.

elevando los costes del Estado con la realización de prestaciones públicas y actividades económicas.

Los problemas financieros y la poca estabilidad económica de gran parte de los países de economía abierta, motivados sobre todo por la crisis del petróleo de los años 70, generaran graves problemas de endeudamiento provocados, principalmente, por el incremento del gasto público y la baja recaudación de impuestos.

En Estado Unidos se inicia el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, que luego tiene proyección en Japón, Gran Bretaña y Canadá. En lo que identifica Arroyo & Hurtado (1999:47-48) como estrategia única pero con perfiles distintos de la situación de cada país. Sin embargo, en común está la euforia de los inversores internacionales interesados en la compra de compañías públicas por todo el mundo.

Como el símbolo de identidad de una era, las privatizaciones masivas en los años 80 y 90¹², poseen muchos significados, con objetos confusos y distintos en cada país que, en general, están asociadas a la búsqueda de resultados económicos con una visión que transforme el panorama de los servicios públicos. Lo que denominó Martínez & Ariño (1997:194) como “despublificación”, o pérdida por la Administración de la titularidad pública de las prestaciones.

Así pues, la solución encontrada para sufragar un mayor control de la economía, pero haciendo hincapié en las prestaciones públicas más racionales, se adoptaron soluciones definitivas sobre el régimen de los servicios públicos económicos, con un conjunto de medidas de naturaleza económica pero con base en el instrumento formal, cuyo proceso se denominó comúnmente de privatización¹³.

La innegable presencia pública en el medio económico adaptó el modelo liberal a las circunstancias objetivas de los servicios públicos. Ese ajuste estratégico convirtió el Derecho Administrativo en una especie de “aura” legitimadora del conjunto de actividades privadas, denominadas por muchos como reguladas.

¹² Sobre el fenómeno de las privatizaciones, merece destacarse: la Cruz Ferrer (1999), Bishop y Kay (1998), Yarrow (1989), Ariño Ortiz (1989).

¹³ El efecto inmediato de esta medida jurídica ha sido la ruptura con el régimen tradicional de los servicios públicos, con la transcendencia de los objetivos sociales sobre los mercados, y la manutención de la garantía de principios como la universalidad y continuidad, propios de los objetivos de los servicios públicos. Los Estados que optaron por esa nueva estructura administrativa han tratado de elaborar un modelo regulatorio distinto y más flexible que el anterior, que optaba por la gestión directa y amplia intervención pública sobre la economía, a través de la existencia de empresas estatales que, a la vez que controlaban el mercado con exclusividad, imponían un control directo sobre la economía con técnicas de monopolios públicos.

El poder de autoridad y los privilegios de la Administración tradicional han retrasado la competencia y el ejercicio de las libertades económicas, generando una situación de gran desventaja de los entes privados sobre las operadoras públicas.

La instrumentalización de los procedimientos administrativos con propósitos empresariales, favoreció la implantación de privilegios y subsidios públicos, en razón de los innumerables incentivos financieros dispensados a las actividades económicas públicas.

De ahí, que ese cambio histórico más radical, haya desencadenado una gran revolución en las prestaciones sociales al sustituir los privilegios públicos por la libre competencia, si bien, la colaboración entre las Administraciones públicas y los particulares en el ejercicio de funciones públicas no es reciente¹⁴.

La presión de grupos económicos interesados en la compra de los activos financieros y en la adquisición de las empresas públicas también contribuyó a la reestructuración de sectores estratégicos como los de energía y telecomunicaciones. Muchos países sucumbirán con mayor facilidad a esos grupos de interés, motivados por la expectativa de lucros significativos por las subastas de las empresas públicas.

Sin embargo, las contradicciones dentro del régimen tradicional del Derecho Administrativo son las que motivan el despliegue de las liberalizaciones como una vía imprescindible. En primer lugar, porque la deficitaria política de los servicios públicos basada en incentivos, y en la formación de monopolios, acomodaba las prestaciones excesivamente burocráticas e históricamente ineficientes y, en segundo lugar, la ausencia de competencia restringía la eficacia social y dificultaba el progreso tecnológico.

Así pues, con el propósito de reforzar los objetivos sociales, responsables por la permanencia pública del Estado en la economía, restaura las bases de la regulación y rompe la hegemonía de los servicios públicos.

En la definición de Martin Retortillo (2003:493), la expresión servicio público sugiere un término polisémico, que desde su origen se implanta para, en las palabras de Carlón (2007:25), constituir un paradigma de ambigüedad y mero mecanismo subsidiario al mercado, como un símbolo de identidad de los derechos sociales, y técnica de intervención basada en la supremacía pública. Chinchilla Marín lo identifica

¹⁴ Sobre función pública: Zanobini (1941), Sainz Moreno (1983).

como la expresión máxima de la fórmula del “*publicatio*”, es decir, el poder del Estado como señor del servicio.

En los países donde prevalecieron los avances en las políticas del modelo de bienestar social, los servicios públicos económicos se han fortalecido dentro de la órbita de protección de los intereses generales, con beneficios sociales pero insuficientemente rentables y muy limitados tecnológicamente.

También la fuerte tradición administrativa para ejecutar actividades sin contenido de interés general, comprometerán la lógica de los servicios públicos.

En definitiva los fines políticos prevalecerán en el conjunto de las actividades económicas realizadas por el Estado. La amplia libertad de actividades públicas sobre la economía quitó las líneas divisorias ideológicas entre las actividades esenciales de los servicios públicos para la colectividad y las acciones privadas.

Además, el uso de la titularidad pública ha sido la clave para autorizar la intervención directa, y sin control, de la Administración en los sectores económicos. Por lo tanto, el desgaste histórico de los servicios públicos también resulta de la ausencia de criterios públicos en delimitar los espacios privados, en la definición formal de límites legales a las actuaciones de los agentes públicos.

En otras palabras, el abuso de la potestad en ciertos casos, aportó objetivos económicos extraños a la naturaleza de los servicios públicos, desvirtuando la esencia de algunas prestaciones realizadas directamente por el Estado. En ese escenario de incertidumbre, la oferta de servicios integrados a los intereses públicos sociales era escasa y limitada a una estructura administrativa, en general, excesivamente burocrática.

Luego, lo que se denominó liberalización de los servicios públicos a la competencia, simboliza en las palabras de Rojas (2004:379), un cambio radical en la relación entre el Estado y el mercado. Aunque la determinación de las funciones de la Administración, pueda ser confundida con una opción definitiva, o por los servicios o por el mercado, uno u otro, no son excluyentes entre sí.

Las actividades empresariales del Estado sustituyeron las libertades privadas por la acción administrativa, más que por la regulación. Ellas se han convertido en un

punto de resistencia contra la libre competencia, en expresión de Weber (1995:50), razón de la necesidad de acomodar la administración burocrática.

El punto fundamental de los cambios ha sido la lucha contra los monopolios públicos. La Administración pública tradicional, como mucho, optó por la modernización de los procedimientos de gestión, con la inclusión de instrumentos como la concesión y permisión públicas pero, como reconoce Martín Mateo (1999:73), la gran ruptura se dio cuando el nuevo modelo de gestión de intereses públicos ha incorporado preferentemente elementos empresariales privados. Podemos identificar estos instrumentos como las licencias y autorizaciones generales en el mercado liberalizado al número ilimitado de empresarios.

No existe, en ese caso, renuncia a la regulación pública, ni tampoco a la naturaleza universal de esos servicios, al contrario, el Estado concibe el salvamento del contenido social. Asimismo, la idea original de Ariño (1997:37), de que solamente nos quedaría asegurarnos de garantizar una muerte digna a los servicios públicos, está, hoy por hoy, abandonada por la mayoría de los juristas ¹⁵, que creen, en realidad, que lo que está en juego es la superación de muchos perjuicios alrededor de la obsesión por los servicios públicos.

Para Fernández-Valmayor (2003:591) cuando entró en crisis, la concepción tradicional jurídico-formal de los servicios públicos, no se eliminó la obligación legítima del Estado de asegurar, según la potestad administrativa, esa prestación por otros medios materiales, en una tentativa de tornarlas más eficaz.

Paradójicamente, el Estado intentó durante décadas imponer un método de organización de los mercados y progreso social a través de la creación de empresas públicas, como una especie de balanza de equilibrio a las libertades empresariales. Es decir, a través de la acción directa el Estado controlaría el mercado.

Las actividades públicas de fomento se ajustan al ambiente industrial, lo que también descentraliza las atenciones del Estado hacia políticas públicas dirigidas a promover el bienestar ciudadano. En la organización política y administrativa de los

¹⁵ Muñoz Machado (2009:19). Para Martín-Retortillo (2003:493), lo que interesa de los servicios públicos es su esencia concreta y de prestaciones, que atiende u ofrece, con carácter general, a quienes cumplen los requisitos exigidos, persiguiendo situaciones de igualdad para la ciudadanía. Para Villar Rojas (2004:380), el nuevo servicio público se transmutó simplemente, para el llamado mercado de interés general. En ese sentido Sendin García (2006:58)

Estados, el ejercicio de las libertades privadas se quedó atrapado por la intervención pública directa.

En este juicio, la búsqueda de economicidad y eficiencia en el sector público, era mucho más que un conjunto de elementos adaptados al aparato público. Más allá, fue una alternativa política de creación de un modelo de Estado más funcional y racional.

Por otro lado, el modelo regulatorio clásico se convierte en la lucha por menos burocracia y más descentralización de poder, lo que se traduce como una alternativa reformadora que supone un rescate a la sostenibilidad y confianza en la capacidad de los mercados y en el capitalismo.

Por supuesto, esa medida de reforma hacia un modelo de privatizaciones se introdujo inicialmente por un cambio en el reglamento de los servicios públicos y, obviamente, en el propio régimen jurídico administrativo.

También es cierto, que efectos diversos se han desencadenado. Uno de ellos se explica en el raciocinio de Esteve Pardo (2009:333) cuando comenta las consecuencias de las políticas desreguladoras. En Estados Unidos¹⁶, en la era de las privatizaciones lo que se pretende justificar es el descubrimiento de las bondades del libre mercado americano. Es decir, el nuevo marco formal, de sectores estratégicos como energía y telecomunicaciones, se ha modificado por determinación legal, pero los nuevos operadores privados también exigieron la completa desregulación del mercado, en un largo proceso de desagregación (*unbundling*), con la irrupción de operadores independientes.

La creación de nuevos métodos para intervenir sobre la economía y el abandono de los conceptos de reserva y de exclusividad de los servicios ofrecidos a los ciudadanos, también conlleva a la necesidad de distinguir prestaciones de interés social de las que se vinculan a meras prácticas comerciales. Las primeras exigen cotas de acceso y otros mecanismos regulatorios para que pasen a exigir transparencia, universalidad, no discriminación y proporcionalidad a los operadores del sistema.

¹⁶ Nos recuerda Betancor (2009:52) que la regulación es, en el mundo jurídico norteamericano, regulación administrativa, regulación de las agencias, mientras que en el modelo europeo, y incluso latino americano, esa regulación es de y por la Administración pública, incluyendo los reguladores independientes y la regulación legislativa, dentro de las peculiaridades del sistema constitucional de cada país, lo que se constituye como la fórmula organizativa excepcional dentro del ejecutivo.

La ruptura con esas prácticas empresariales modificó ciertos paradigmas en las históricas formas de intervención pública sobre los mercados, lo que implicó en una especie de pérdida de identidad de las actividades públicas. Nos recuerda Schimich-Assman (2003:169), que es como si no existiesen funciones de Estado, por naturaleza.

El liderazgo público ha perdurado de distintas formas, pero, en todas ellas siempre a partir de la intervención pública directa. Por lo tanto, cuando se habla de la reforma de los espacios públicos eso también significa pérdida de competencias con el redimensionamiento de la estructura estatal, con la revisión de sus atribuciones.

Así pues, una tendencia del proceso de privatizaciones fue renovar y modernizar los servicios públicos a partir del reconocimiento de una nueva fuente de regulación, pero con la reducción de la intervención pública a actividades de coordinación y vigilancia de los mercados de servicios públicos convertidos en prestaciones de interés general.

Además, se ha demostrado que la extensión ilimitada de las actividades administrativas favorecía un mal servicio, asimismo, los medios alternativos de suministro de servicios eran dinámicos, incluso porque son recurridos como alternativa de validez para los cambios en los regímenes de las empresas públicas.

Del mismo modo, las pérdidas de confianza en los instrumentos públicos de gestión, tanto sociales como económicas, motivan la diversidad de medidas responsables de la liberalización de los servicios públicos. En este juicio, la economicidad y la eficiencia en el sector público se convertirán en las excusas perfectas para el inicio del proceso de reformas.

Sin embargo, esas fueron mucho más allá que una mera alternativa política de la creación de un modelo de Estado más funcional y racional, porque rápidamente se convirtieron en un mecanismo bastante eficaz de apoyo al progreso del capitalismo en la internacionalización de las nuevas prácticas del liberalismo empresarial.

También es cierto que el reexamen, y la consiguiente reestructuración de las habilidades administrativas, para lograr una menor centralización del Estado, contra la primacía de los excesos burocráticos de los agentes públicos, se tomó como la opción transformadora de los servicios públicos. Igualmente, las decisiones políticas de la mayoría de los países señalaran un nuevo discurso de reforma del sector público hacia

una mayor protección del Estado de bienestar social, con el fortalecimiento de los derechos de los consumidores de los servicios privatizados.

Los objetivos de la liberación de los mercados pueden ser resumidos como el proceso de lucha contra los monopolios y privilegios públicos, o, como asegura Ponce (1996), las privatizaciones fueron un intento de declarar el fin de la responsabilidad pública por estas prestaciones¹⁷.

Cualquier fenómeno relacionado con la alteración de las tareas públicas implica la adopción de nuevas estructuras de organización y la adaptación necesaria de los métodos administrativos existentes a ese nuevo sistema administrativo.

Al mismo tiempo, lo que afecta a las instituciones jurídicas condicionan los rumbos de los procesos económicos. Esas decisiones no siempre ocurren motivadas por razones ideológicas. La transición del modelo de los servicios públicos al de los mercados regulados, es investigada por la Quadra-Salcedo (2000:40), como lo que ha insertado nuevos métodos administrativos, por otro lado, reconoce Souviron Morenilla (2001:806), que no se introducen nuevos objetivos a las finalidades de las prestaciones.

Así, los objetivos de las privatizaciones, muchas veces considerados antagónicos a los propósitos de las prestaciones sociales resultó, en la llamada crisis de la “concepción clásica de los servicios públicos” considerada introductora de otra crisis más amplia, denominada “crisis del Estado social”¹⁸.

Sin embargo, las premisas básicas aplicables a los servicios públicos han sido preservadas en la mayoría de los países que optaron por el proceso de privatización. Principios esenciales como el de la continuidad, universalidad, igualdad y regularidad mantuvo la esencia de las prestaciones sociales aún más en el contexto de las reformas con la liberalización de los mercados.

Los mismos derechos fundamentales, para Schmich-Assmann (1999:380) servirían como elemento de dirección y control para los intereses generales contenidos en las prestaciones privatizadas. Las reformas deberían representar la manera más

¹⁷La finalidad de la liberalización fue apuntada por de la Cruz Ferrer (2002:200), como nacida del propósito de desmontar y eliminar por completo la ideología tradicional de los servicios públicos, que no permitían ni el desarrollo de los mercados ni siquiera un método de garantía de seguridad y continuidad de los servicios prestados por el Estado. Para Cassagne (2002:468) la liberalización ha servido mucho más como instrumento para la promoción de la competencia.

¹⁸Sobre ese tema véase los comentarios de Muñoz Machado (2000) y Chinchilla Marín (1998)

viable, y socialmente apropiada, para permitir el alcance a los objetivos sociales mejorados. En la expresión de Morell Ocaña (1999:380), el uso de la competencia maneja instrumentos más útiles y aptos para alcanzar esos propósitos.

Esas reformas cuya finalidad económica tendrá su reflejo en la modificación y elaboración de nuevas políticas públicas de los servicios públicos para adaptarlos a un mayor desarrollo económico. Por eso, los países que más sufrieron esa influencia fueron los que más necesitaban de ajustes en sus políticas económicas internas.

El efecto concreto de la adaptación de los servicios públicos a los nuevos tiempos de privatizaciones consistió en asegurar a las Administraciones públicas un modelo de transición hacia una nueva fórmula ideológica justificadora de la presencia pública, ahora equidistante, sobre los mercados.

Sin embargo, no es correcto afirmar que en todos los servicios esenciales los objetivos de carácter económico están insertados. Existen actividades que necesitan la intervención pública por medida de seguridad jurídica y defensa interna de los países.

Tampoco es cierto que la andadura de todas las actividades económicas desarrolladas por el Estado garantice una razón imperativa del interés general. En este caso, las políticas de protección interventora a ciertas actividades meramente económicas no respetan a los propios intereses generales, en la medida en que la creación de mercados únicos estimulan la pérdida de calidad generada por la eliminación de competencia y vulneran el propio desarrollo económico de sectores, casi siempre monopolizados, sea por entes públicos o privados.

Por otro lado, las privatizaciones de sectores con vocación para la competencia, son un ejemplo bastante evidente del progreso del desplazamiento de la autoridad pública desde los gobiernos hacia la dirección de las empresas. Strange (2001:24) cita el fenómeno como la pérdida de la autoridad real en los asuntos de interés del mercado lo que implica el déficit de la legitimidad pública con mayor atención a asuntos marginales y de menor importancia para los mercados.

Como la gran paradoja de nuestros tiempos, la ola liberalizante ha forzado a que los gobiernos renuncien al control exclusivo sobre la naturaleza muchos servicios, para poder mantener las ganancias a través de la competitividad de las economías nacionales.

Los Estados, comprometidos con la expansión de las riquezas, preferirán perder el poder a tener que cargar con las consecuencias de estar en desacuerdo con las expectativas de expansión de los mercados. Para Giddens (2001:25-29), eso implica porque las naciones perderán algo de poder económico, pero oponerse a la globalización económica y optar por el proteccionismo económico sería una táctica igualmente errónea para naciones ricas y pobres. El comercio necesita siempre un marco de instituciones, u otras formas que permitan el desarrollo económico, por eso los mercados no pueden ser creados con medios puramente económicos.

Por lo tanto, la disminución de la presencia estatal no implica la pérdida de los objetivos públicos. La eliminación de ciertas actividades administrativas no es lo mismo que la reducción de la importancia social de esas necesidades. Nunca podría suponer la debilidad de las fuerzas administrativas interventoras, la elaboración de nuevas técnicas de regulación y reestructuración de los servicios públicos.

En tal caso, la reforma del ordenamiento jurídico se ocupó de establecer nuevas bases jurídicas en la orientación de los procedimientos administrativos adecuados a la satisfacción de los intereses y necesidades sociales.

Consecuentemente, esas reformas pretendieron interponerse a la Administración pública, entre la sociedad y el mercado, de una manera más transparente, en la medida en la que la garantía pública en la ejecución de actividades económicas dejó de pertenecer a la esfera de gestión pública directa.

Los elementos que pertenecen a la categoría ideológica de los servicios públicos siguen motivando los objetivos perseguidos por el Estado.

Algunas actividades económicas, incluso después de la sustitución de la titularidad pública, inspiran mayor necesidad pública, con lo cual, la presencia de la Administración, además de eficaz, debe ser defensora de los derechos de la ciudadanía, y más a estos que a los intereses económicos.

De manera equivocada se podría suponer que ese momento de transición conlleva cierta nostalgia por el resurgimiento de los servicios públicos y la vuelta de la libertad de actuación de los agentes económicos. Pero en realidad es más sensato el pensamiento de Muñoz Machado (1997:40) para quien el periodo de innovación de los servicios públicos significó, en esencia, el retorno a la competencia.

Ese razonamiento se aplica al conjunto de actividades públicas, y no solamente a los servicios públicos tradicionales. En buena parte, las reformas del sector público pueden ser identificadas como la fase en la cual el Estado fue capaz de delinear nuevas perspectivas de gestión, que no suponen una liquidación y sí, un deber de reajuste y adaptación de sus propósitos a los nuevos tiempos.

Inevitablemente, con la formación de los nuevos mercados para los servicios económicos no ha sido suplantada la importancia del Estado. Pero si demostró que las reformas solo serían más amplias si se cambiasen, en definitiva, la supremacía del poder del Estado a través de las empresas públicas sobre las económicas. Así, fue fundamental la superación del modelo interventor basado en la ficción que el éxito económico y social estaría garantizado a través de la titularidad pública de servicios y prestaciones diversas.

Ese ciclo neoliberal es destacado por Petras & Morrey (2002:217), donde intenta identificar un marco cronológico de etapas que conllevan medidas de democratización y expansión de libertades económicas para generar un crecimiento dinámico y sostenido, en un ciclo de ascenso, decadencia y reproducción. El régimen estaría sometido a tres grandes oleadas: la primera durante la década de los ochenta, con el término de las dictaduras militares en muchos países, la segunda, que se expandió hasta la mitad de los años noventa y, por último, la tercera, que empieza en 2001.

En una primera etapa, la venta de empresas públicas, denominada comúnmente, privatización, estuvo acompañada por otras medidas prioritarias, como estimular la inversión externa e imponer medidas de austeridad en la estabilización de la economía interna de los países, con el cumplimiento de obligaciones con la deuda internacional.

Conjuntamente a la imposición de esas primeras medidas de orden económico, seguirán medidas de apoyo a recortes de programas sociales, con pérdidas por cambios en la legislación laboral. Pero Sen (2007:42-55) nos advierte que no se puede confundir globalización con occidentalización, ni tampoco sus efectos son más significativos en la democracia. El éxito económico depende menos de un clima político que de un consenso en lo económico, pero los resultados del mercado se encuentran considerablemente influenciados por las políticas públicas. Es la acción política la que puede alterar el resultado de las relaciones económicas locales y globales.

Asimismo Stiglitz (2006:37) reconoce que la globalización ha expuesto a los países en vías de desarrollo mayores riesgos por los fracasos en las políticas sociales, ya que en los países más ricos, el Estado podría resolver la situación de crisis a través de medidas sociales que intentan ajustarse a las necesidades de la población. Y, en ese sentido, también entiende Stiglitz & Charlton (2007:74) que, a menudo, sería un error para los gobiernos liberalizar su régimen comercial antes de haber puesto en marcha políticas de compensación.

Las respuestas al desarrollo social no vienen de los mercados. Incluso antes del inicio masivo de la implantación de las reformas promovidas por el proceso de privatizaciones, los servicios públicos ya eran seriamente cuestionados, incluso porque no podemos olvidar que han sufrido una evolución constante, desde su surgimiento en el siglo XIX¹⁹.

Para Rivero (1998:13) el propósito de la modernización del sector público surge de los nuevos fines propuestos por el Estado, con el uso de nuevas técnicas por la Administración pública para su consecución. Esa oportuna red de innovaciones y grandes expectativas constata con el gran ceticismo de Gray (2000:18), para quienes la expansión industrial y de nuevas tecnologías dentro del libre mercado mundial todavía carece de los controles y contrapesos políticos, por eso, afirma que el régimen actual de *laissez-faire* global, será incluso más breve que la belle époque que terminó con las trincheras de la gran guerra.

Así pues, la reconocida imprecisión conceptual de los servicios públicos es destacada por Lasheras (1999:31) como originaria de la ausencia de criterios jurídicos exactos e imputables de identificación de los elementos comunes a la categoría de funciones públicas.

Por otra parte, es pertinente indagar qué tipo de actividades puede comprender esas funciones. Hace tiempo afirmó Sainz (1983) que la expresión casi indefinida de función pública puede que sirva para identificarse como tarea estatal, o actividad dirigida a realizar los fines que el Estado ha asumido por la Constitución y por las leyes, pero también significa ejercer la autoridad, con actividades que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, corresponden a los poderes públicos.

¹⁹ En ese sentido Chinchilla Marín (1996:98)

Ese dilema permitió que, de todas las categorías económicas realizadas por las empresas públicas, algunas de ellas dimitiesen de ser consideradas formalmente como servicios públicos, por la ausencia dogmática del sentido material de esas actividades como expresión de las necesidades para la ciudadanía. Además, el ordenamiento jurídico ha elaborado instrumentos que permiten que la Administración sistematice características de colaboración, especialmente cuando, para Canals (2010:25), por sus propios medios materiales y personales, se vea incapaz de prestar directamente ese servicio, por la falta de capacidad o de conocimiento necesarios, afectando a la eficacia requerida, dentro del abanico de intervenciones que la sociedad requiere.

También se ha dicho que lo que interesa en concreto a las necesidades sociales es el compromiso y el ofrecimiento de los servicios, de manera universal, regular y en condiciones igualitarias a todos los ciudadanos. Lo que conlleva reconocer que existen líneas eternas de los servicios públicos que sobrevivirán, y que, según Carrillo (1997:593), superan ese aura de indeterminación.

También, es correcto decir que tanto en las ejecuciones públicas como en las privadas, pueden poseer como contenido fundamental los objetivos sociales, así que ambas técnicas son asimiladas en cuanto a la universalidad de ciertas actividades económicas.

Este razonamiento solamente es posible cuando se reconstruye la expectativa generada sobre las funciones públicas delante de la posibilidad de que puedan ser practicadas por técnicas lejanas al derecho público. Es decir, a consecuencia de la titularidad pública de gestión de servicios no es sinónimo de actividades sociales estatales. Así, muchas de ellas, en la expresión de Ariño (2006:23-24) son consideradas públicas aunque, fueran simplemente portadoras de privilegios estatales.

En este caso, como un concepto jurídico indeterminado²⁰, motivado por la ausencia de criterios lógicos que estableciesen cuando un servicio podría ser considerado público, lo que ha prevalecido es una cierta confusión de nomenclaturas en la cual los servicios prestados por el Estado pudieran ser considerados equívocamente públicos. Por lo tanto, nunca ha existido un modelo ideal de funcionamiento y organización para la realización de servicios de naturaleza universales.

²⁰ Sobre el concepto jurídico indeterminado de los servicios universales véase Dominguez-Berrueta (1981)

Mientras tanto, históricamente, el ejercicio del poder de la autoridad pública ha estado, principalmente, vinculado a los servicios públicos y, por ello, su realización personificaba la esencia de la participación de la Administración pública en la sociedad, pero esa vinculación total parece haber fallado, cuando las prestaciones privadas pasaran a ser meramente económicas.

Es posible concluir que la superación del esquema de los servicios públicos es la gran consecuencia de los procesos de privatizaciones. Con la tentativa de quiebra de ciertos monopolios públicos, como los de las telecomunicaciones, electricidad y gas, entre otros, cambió el contexto de la política regulatoria a través de la entrada de nuevos competidores a los mercados, tanto en actividades consideradas eminentemente públicas, como en las de naturaleza meramente económica. Es decir, la mejora de la técnica de atención de las necesidades sociales debería condicionar el *modus operandi* de las Administraciones públicas, y jamás lo contrario.

Esa realidad permitió una nueva clasificación de los servicios económicos de interés general, y además, distintas regulaciones en razón de la desintegración vertical²¹ de las actividades de titularidad pública. Dentro de las competitivas estarían las prestaciones destinadas al mercado de libre competencia y, las no-competitivas, destinadas a los servicios esenciales y universales mantenidos sobre el dominio exclusivo de la Administración pública, que, en este caso, se justificaría, según Varaz-Ibañez(2005:218), cuando el mercado no pueda solucionar el problema social.

Estas características no han sido tan evidentes a lo largo del proceso de expansión de los servicios públicos. Como prestaciones vitales, muchas de ellas han sido consagradas como categorías *standars* de prestaciones sociales, pero insertadas dentro del símbolo de la reserva al sector público y también del régimen de monopolio²².

La realidad de superación de los criterios de exclusividad y la reserva de ley y titularidad pública conferirán nuevos aires a los servicios universales ²³. Los servicios

²¹ En este sentido Ariño & De la Cuétera (1997:35)

²² Sobre el tema Garrido Falla (1994:19)

²³ Estas también se confunden con los denominados servicios de interés general, aunque no haya una distinción formal entre ellos, son los objetivos comunes los que se asemejan. Para García Calvo (1988:186) se reflejan en el concepto de ciudadanía social, es decir, el atributo mínimamente exigido por la sociedad. En este sentido Sendin García (2003:152), informa que están constituidos por necesidades sociales que son variables en el tiempo y comprometidas como instrumentos históricamente pertenecientes a los servicios de titularidad de poder público, no existiendo, por lo

públicos fueron suprimidos para readaptar las necesidades sociales a una nueva categoría, más genérica y con régimen jurídico privado, inspirada en la teoría de regulación económica anglosajona.

Lo fundamental no es diferenciar las categorías pertenecientes al conjunto de las prestaciones sociales aludidas, pero sí, reconocerlas como conceptos jurídicos indeterminados que necesitan materializarse para dejar de constituirse como elementos etéreos dentro de la atmósfera de la sociedad.

En este sentido, es conveniente identificarlos como actividades de efectivo cumplimiento, por el poder público, o por entes privados. El modo de gestión elegida para coordinar el funcionamiento de estas actividades obedecerá a motivaciones distintas pero, lo primordial es que sirva para lograr los fines públicos pretendidos por los ciudadanos.

Además, de un concepto de fondo, estos servicios económicos exigen que ellos puedan estar sometidos a un modo de intervención pública propio y distinto de lo considerado en la gestión directa, a través de las empresas públicas. Pero, lo que se exige con la liberalización es que el modelo de gestión elegido pueda mejorar la atención y las prioridades de la ciudadanía, con calidad, regularidad de los servicios y políticas públicas que controlen su ordenación.

Como vimos hasta aquí, la intervención pública directa ha marcado la presencia pública en la economía y en la ejecución de servicios públicos. Por eso, no está en la titularidad directa del Estado la concretización de los intereses públicos generales. La opción de estas prestaciones no es, por sí mismo, forma de control público.

Permitir el acceso de los ciudadanos a dichas prestaciones, no está garantizado por la imposición de la presencia pública para cumplir tales tareas imprescindibles para la población. Por encima de eso, la imposición de la regulación, podría ser capaz de restringir los comportamientos deficitarios y, las dificultades que puedan existir en el caso de que el mercado no pueda realizar estas funciones públicas.

tanto, un concepto específico para distinguirlos. Para Cassagne (1996:102) los servicios universales son elementos originarios y adaptados a la nueva realidad económica. En el concepto de Muñoz Machado (1998:114), son aquellos obligatoriamente ofrecidos a la libre disposición de la población, en calidad y condiciones uniformes y precios asequibles. Pero, parece ser un poco más exacta la conclusión a la que llegó Fabra Ultray (2004:31) para quien todos los servicios son esenciales, pero no todos los servicios esenciales necesitan ser públicos.

En este caso, compete a la Administración, que se ocupe de organizarlos y llevarlos a la práctica de los mercados, razón por la que se habla de la modificación del sistema legal de gestión de servicios de interés general para mejorar el cumplimiento y control sobre los resultados alcanzados por las empresas ejecutoras de las prestaciones privatizadas.

La realización de los servicios económicos, sea directa o indirectamente, por la libre competencia, o monopolios públicos, son criterios de libre elección de los poderes públicos. Lo que no parece ser una cuestión de autodeterminación de los Estados es la definición de cuáles son los intereses sociales a ser protegidos por las Administraciones publicas.

La representación formal de las necesidades de los ciudadanos está jerarquizada en categorías de intereses diversos, que se encuentran valorados como postulados constitucionales. Compete a la Administración ocuparse de organizarlos y llevarlos a cabo. En consecuencia, la ampliación de objetivos sociales se refleja en la constante dinámica de las relaciones sociales, valoradas dentro de cada régimen jurídico. Asimismo, la demanda por mercados liberalizados, exigidos por movimientos financieros propios de la expansión de capitalismo global, también permitió modificaciones en la estructura social, con consecuencias muy distintas en cada país.

Según Muñoz Machado (2009) la regulación, identificada como medida para ordenar la competencia, significó el nacimiento de una nueva forma de tratar de la intervención pública en la economía.

Siendo la Administración pública del Estado la que actúa en razón del desempeño de ciertas actividades, su finalidad resulta de establecer los límites en el mantenimiento del orden público, asegurándose su atención, defensa y protección de los servicios, cuyas exigencias de los usuarios se incrementan a cada día. Acompañar, permanentemente, el ritmo de las complejidades que provienen de la economía de escal, es un desafío persistente dentro del actual Estado social.

En este sentido, la privatización (que también identificamos como liberalización de los servicios económicos públicos) no ha sido un movimiento político o jurídico en el cual se niega la protección del Estado a la sociedad, como garantizador de los derechos fundamentales. No es tampoco, un método público de exclusión de necesidades estatales.

En realidad, el traspaso de estos servicios a la esfera privada habilitó una nueva era de regulación para estas prestaciones. La Administración pública, en el nuevo contexto regulatorio, responde a la dirección de estos objetivos comunes, es decir, al cumplimiento de los propósitos del Estado, en sí mismo, y a las empresas privadas. Si bien se quedarán pocas actividades a margen de la libre competencia.

Las privatizaciones, por lo tanto, también propagarán el abandono de prejuicios dogmáticos históricos²⁴, vinculados a los servicios públicos, como por ejemplo, su carácter imprescindible dentro de la gestión pública, o la necesidad de existencia de monopolios públicos para asegurarse, a las Administraciones, de atestiguar las defensas de la soberanía, o de la ciudadanía.

La desvinculación de los intereses generales al ejercicio de actividades estatales exclusivas, ha posibilitado el surgimiento de nuevas fórmulas administrativas idóneas para fomentar mayor progreso social. Lo que no es seguro es que, ante la instauración de una crisis más duradera en el funcionamiento de cada prestación privatizada, pueda persistir garantías estatales de protección efectiva contra los perjuicios sociales y que puedan frenar el desajuste estructural de las prestaciones de servicios.

La libre competencia, como estímulo al desarrollo económico, también es símbolo de transparencia y control en los mercados, en la medida en las que se ofrezcan medios administrativos capaces de generar vigilancia y coordinación efectivas. Pero, para que todos estos componentes tengan viabilidad, la exigencia fundamental es que el Estado esté suficientemente preparado para introducir la competencia, romper los monopolios y asumir las responsabilidades para imponer los principios de orden social a esas prestaciones económicas.

En resumen, esta transición radical de principios, derivó de la contraposición entre los servicios públicos tradicionales y la libre competencia. Con la ruptura con los monopolios públicos se permitió la liberalización de los mercados, el desarrollo económico y el progreso tecnológicos de las prestaciones.

Para de la Quadra-Salcedo (2004:42-45) afirma que esta coexistencia factible entre intereses generales y competencia se encuentra justificada en una especie de cocina interna contenida en los reglamentos de cada sector privatizado, que servirían

²⁴ Expresión de Muñoz Machado (1997:213)

para, de forma particular, identificar los criterios de protección y transparencia de cada sector.

Conjuntamente, este panorama implicó en el fortalecimiento de la Administración pública económica, con cierta función coadyuvante, porque según Martín-Mateo (1999:72) no le correspondería elegir los fines, pero sí aportar los medios, para el cumplimiento del funcionamiento regular de estas actividades.

Los parámetros sociales, contenidos en los principios constitucionales económicos, fijaran como preceptos normativos fundamentales aquellos destinados a promocionar una especie de marco jurídico fundamental dentro de las estructuras de funcionamiento de estas nuevas actividades económicas.

En este caso, ese contenido es de fondo ideológico, porque no asegura un sistema económico determinado, ni tampoco lo sanciona, pero preserva mínimamente el derecho del Estado a intervenir legítimamente en defensa de la libre competencia, como una especie de reserva del derecho de mantener, la titularidad pública sobre el conjunto de las actividades productivas, como regla, o como excepción²⁵.

En todos casos, la defensa de la participación pública en la economía, tiene por base el principio de la compatibilidad o subsidiariedad²⁶, aunque los Estados no se ocupen en identificar, de manera estricta, cuales son las políticas públicas más afines a estos propósitos.

En este caso, si supone existir límites materiales y formales legitimadores de la protección del Estado en defensa de la realización de políticas públicas económicas, es decir, con contenido social. De ahí que, el interés general deba seguir conduciendo las actividades públicas concretas, concertadas hacia más allá de la simple definición constitucional, ya que pueden ser llevados a cabo por regímenes jurídicos afines.

En ese sentido, las Constituciones reflejan un hilo conductor en el intento del Estado por definir un modelo económico ideal. Donde y cuando intervenir en las cuestiones económicas parece ser una tarea de las políticas públicas. Por lo tanto, está comprobado que compete al Estado asegurar, con claridad jurídica, el nuevo perfil de la

²⁵ En el **artículo 128.2 de la Constitución Española**, se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Al revés, en el **artículo 173 de la Constitución de Brasil**, se declara que, salvo los casos previstos en la Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el Estado solo se permitirá cuando sea necesaria a los imperativos de seguridad nacional o de relevante interés colectivo.

²⁶ Ariño (1993), Oscar de Juan (1980:255)

Administración Pública, en el nuevo régimen jurídico dibujado para promover la transición hasta la implantación del modelo ideal de regulación a los servicios económicos de interés general.

Por lo tanto, el gran despegue de la Administración Pública en ese período es mayor de lo que en la era de los servicios públicos. En países como Brasil, y España, con fuerte tradición en los servicios públicos, esa transición sucedió de manera muy semejante, facilitada por la implantación de marcos jurídicos distintos e híbridos, con reglas de derecho público y de derecho privado para facilitar la ejecución de tareas consideradas de interés general.

El fenómeno privatizador se presentó como un fenómeno jurídico de la era tecnológica, como un conjunto de medidas jurídicas y administrativas que intentaba adelgazar el sector público pero, con implicaciones y consecuencias tan diversas y distintas en cada país que, también identifica un término polisémico y de difícil definición, algo muy normal cuando se habla de la ciencia administrativa.

Empezó por la Administración, convirtiendo las deliberaciones en elecciones políticas en aplicar medidas preparatorias para la venta de empresas públicas, y concluyendo por la nueva orientación del sistema de organización administrativa, fijando nuevos reglamentos sobre cuestiones necesarias para la realización de los servicios, tales como precios, regularidad, calidad, etc.

La utilización de normas de origen en el derecho público para promover el sistema, flexibilizó el régimen jurídico y también demostró la necesidad de reordenar la forma de la autoridad pública. De ahí que se pueda justificar la aparición de prestaciones de interés general bajo la naturaleza de un régimen privado²⁷.

En este sentido, aunque la perspectiva empresarial hubiese tenido gran influencia, lo que repercutió decisivamente fue la necesidad de elaborar un modelo de regulación híbrido pero capaz de coordinar intereses económicos y sociales, sin pérdida de la autoridad estatal.

En realidad, solamente con el inicio del proceso de privatizaciones fue posible armonizar factores sociales y económicos cuanto a los fines de estas actividades. Una

²⁷ En este sentido nace el nuevo régimen, según Rivero (1998:16), de la aparición de nuevas necesidades a los ciudadanos, que generó en primer lugar, la necesidad de planificación de nuevas tareas a los poderes públicos y, en segundo lugar, la función de la hipertrofia del Derecho Público, y como un ordenamiento jurídico controlador de la creciente complejidad social.

nueva perspectiva jurídica y administrativa para la intervención pública, con criterios más razonables, podría facilitar la tolerancia a comportamientos privados, más libres y competitivos. Por otro lado, tal perspectiva de cambio podría preservar los objetivos sociales en cada prestación, sin pérdida para las empresas privadas, en el ejercicio de una concesión o autorización pública.

No se puede rechazar la idea de que esa trayectoria, hacia los servicios económicos de interés general, permitió el retorno a los fundamentos de defensa de la ciudadanía, en la medida en que ratifica los deberes de la Administración pública con la preservación de estos intereses sociales en condiciones más favorables a la colectividad.

Por lo tanto, también es cierto que las pérdidas de monopolios públicos pasaran a exigir más del Estado y de su presencia. El comportamiento acomodado de la Administración por la falta de control sobre los servicios públicos y su ejecución, en régimen exclusivamente públicos y sin competencia, mantenían una estructura de parálisis administrativa.

Sin duda, en el período de pos privatización los desafíos son mayores para la Administración. Aunque muchos llegaran a cuestionar si el entorno de los servicios económicos no podrá traer consecuencias negativas como la posibilidad de convertirse en una amenaza a los derechos y libertades a los ciudadanos²⁸.

De hecho, solamente con la formación del mercado de los servicios de interés general fue posible constituir un puente armónico entre los factores sociales y los intereses económicos, sin que el uso de la intervención pública en la economía pudiera impedir el avance de las iniciativas privadas, sobre todo con la apertura de los sectores a la competencia.

Mientras tanto, las garantías de éxito y estabilidad de estos sectores dependen, formal y materialmente de la seguridad jurídica generada por la presencia de normativas que impiden conductas económicas anti-competitivas y anti-jurídicas e instituciones públicas más técnicas, con pleno conocimiento de los mercados, con menor intervención y más eficacia sobre el conjunto de sectores sujetos a la regulación económica.

²⁸ De La Cuétara (2000:27)

La actuación estratégica de los órganos reguladores, para el control y buen funcionamiento de estas prestaciones es muy poco eficaz e improbable de generar consecuencias prácticas en un mercado monopolizado o con poca competencia.

En este sentido, tampoco las actividades económicas amplias, y libres pueden ser confundidas con las tradicionales denominadas reglamentadas.²⁹ Las diferencias entre los servicios públicos y las libertades públicas, aparentemente inexistentes, se han hecho notar cuando se ha formalizado la necesidad de reforma en la estructura orgánica de la Administración pública, sobre las bases del Derecho Administrativo económico.

No solamente la privatización, decisión de carácter político, influyo en este cambio. Cuando son creados los instrumentos alternativos de gestión, también de vigilancia, la Administración pasa a ser demandada por tener una función de mayor relevancia sobre el desempeño de las actividades liberalizadas.

Debe observarse entonces, que el Derecho Administrativo y las actividades administrativas no se han reducido, solo se modifican para adaptarse a los nuevos tiempos. Hay una clara demostración de que en realidad, el régimen jurídico de los servicios públicos ha tenido que modificarse para atender las circunstancias de libertad y competencia exigida por la presión de políticas económicas internacionales.

Esa realidad ha condicionado la confluencia de una serie de factores que aliñaran los intereses liberales, presentes en la mayoría de países capitalistas y de economía abierta, al conjunto de obligaciones del Estado, identificadas en esta tesis como intereses generales.

La interferencia legislativa para permitir los cambios en el Estado social ha dado preferencia a la creación de nuevas fórmulas privadas de satisfacción de las necesidades sociales, así que, el progreso del capitalismo y la ideología liberal, se tornaran más importantes que las tradiciones históricas de los países, con bases en los servicios

²⁹ En una definición clásica, Villar Palasí (1954:273), aclara que el concepto de la obligación de hacer es la clave para diferenciar las actividades reglamentadas de más actividades económicas. Según, Villar Rojas (2004:375-376), las actividades reglamentadas son aquellas a) adonde no existe titularidad pública, b) se desarrollan en régimen de autorización, y no de concesión, c) las potestades administrativas no equivalen al poder de dirección y control interno de actividades como los servicios públicos, d) no existe equilibrio económico financiero del gestor, e) la responsabilidad por daños recae sobre los operadores autorizados. Ariño (1980:45-53).

publicos y los monopolios estatales. Gordillo (1996:15) resume la descripción de este perfil histórico y lo identifica como la “supra modernidad”.

Sin embargo, solamente con las reformas en el régimen jurídico administrativo fue posible permitir la ruptura con el modelo tradicional de los servicios públicos y permitir que progreso tecnológico alcanzase la universalidad y la calidad.

Lo más importante, es resaltar que esa realidad no deriva de una ruptura radical del régimen orgánico en la Administración tradicional, pero si de un nuevo rumbo de formas jurídicas, concretadas en la adopción de medidas administrativas con nuevos fundamentos legales y cambios constitucionales.³⁰

Por otro lado, los servicios públicos como categorías públicas, se utilizarán, por mucho tiempo, como un instrumento para legitimación del poder de Estado y medio de control exclusivo sobre secciones económicas, mientras que los derechos sociales eran determinados como preceptos constitucionales justificadores de las funciones públicas y de las acciones estatales, muchas veces lejanas a los propósitos públicos o actividades meramente económicas.

Del enfoque entre los servicios y la titularidad pública se hizo imposible trazar una línea que distinguiera entre las actividades públicas y el contenido material que simbolizasen la defensa de los intereses públicos por un lado, y los privados por otro.

En la evolución del Estado social y en los cambios de las democracias occidentales de finales del siglo XX, la administración pública asumió, con gran relieve, la previsión y la distribución de bienes y servicios públicos dentro de la competencia, para garantizar lo mínimo esencial y la calidad de los servicios realizados (aunque no siempre alcanzados). Ese desarrollo de estrategias económicas ha sido muy restringido al uso de medidas estatales para fomentar la producción y la circulación de riquezas.

Por lo tanto, la actitud del Estado democrático de derecho, aunque en algunas ocasiones con cierta desviación de sus propósitos vitales, siguió poseyendo el control de la naturaleza sociable y económica, en una asociación dialéctica atemporal entre los intereses públicos y particulares, individuales y colectivos. La atención más

³⁰ Como veremos más adelante, la Constitución de Brasil ha tenido de sufrir cambios radicales en algunos dispositivos para adaptarlos a la nueva orden jurídica para la implantación de mecanismos como lo de la liberalización de la economía.

contundente a las necesidades del mercado accedió como una especie de planificación estratégica y jurídica en la sociedad de consumo del siglo XX.

Sin embargo, los conceptos como bien común e interés público no surgieron de la edad moderna³¹, aparecen antes de la construcción de la administración interna a partir del fin de la edad media, cuando las actividades de beneficencia provenían de asociaciones y grupos religiosos o corporaciones de sociedades anónimas, y pasaran a incluir servicios como la educación y la caridad.

En definitiva, para percibir el proceso liberalizador se exige reconocer que es una de las consecuencias de la alternativa política por la atmósfera del libre mercado y la ejecución privada de las cuotas sociables, lo que también pueden posibilitar condiciones mínimas y esenciales posibles para el desarrollo económico.

El amplio acceso a las prestaciones económicas estratégicas para la universalidad de la población comprometió el proceso de privatización con el control eficaz del Estado.

En el caso europeo, esa transición ha estado más ordenada que en América Latina. Como veremos, la expresión del Derecho Comunitario modificó de modo uniforme y sistemático toda la estructura de los servicios públicos de los países, repercutiendo en la efectiva competencia y una mejor regulación. Para eso fue necesario contar con estructuras jurídicas concretas y dirigidas para refundar cada sector económico privatizado, como ha ocurrido con las telecomunicaciones.

Esa experiencia no ha sido la misma llevada a cabo en Brasil, notaremos que la liberalización de los servicios no refleja un proceso ordenado y acabado, además de no comprometer la administración pública con la libre competencia y con el control más eficaz sobre las acciones del mercado.

³¹ Sobre esos conceptos Carbajales (2006:101)

I.2.1. La reforma del sector público

El contenido de las reformas de liberalización adoptadas en el derecho de muchos países amplió y coordinó algunos conceptos propios de la regulación para justificar una nueva forma de intervención pública en la actividad económica, desechando los modelos administrativos tradicionales y el régimen exclusivo de derecho público.

Esteve Pardo (2009:388) sucita que el nuevo reglamento permitió la nítida separación éntre lo que es actividad de gestión y lo que es actividad de regulación, encomendándolas a instancias diferentes, para superar la promiscuidad en muchos sectores económicos de una marcada proyección asistencial en que el sector público estaba involucrado.

Términos como regulación, privatización y liberalización pasaran a la orden del dia en muchos países que optaran por reordenar las funciones públicas a través de la reconstrucción de la estructura organica del Estado.

Es preciso tener en cuenta, además que un nuevo perfil de la Administración pública fue constituido a partir de la especialización de nuevas formas de gestión de servicios de interés general. Se admitió métodos jurídicos híbridos y alternativos a estas prestaciones, es decir, la vigencia de normas de derecho público y privado, con la orientación de los sectores privatizados, instauró el llamado mercado de interés general³², donde despunta, como afirma Cases (2009:439), la percepción de la que la relación entre competencia y regulación no es estática.

En las nuevas perspectivas, las empresas públicas pasaran a estar sometidas al regime jurídico privado como preferente, y bajo el control público subsidiário, es decir, meramente orientador de diretrizes. La visión totalitária de la configuración estructural de intervención directa no puede ser comparable con la función interventora, ahora desplazada a disposiciones en materia de competencia y calidad.

Los factores económicos son la principal inspiración para la formación del programa de modernización del sector público, que trató de redimensionar los objetivos del modelo del Estado social, bajo cambios administrativos muy

³² Expresión que, segundo Varaz Ibañez (2005:167-168), tiene su origen en el Derecho Comunitario Europeo, que o identifica como una “técnica de liberalización”, donde todos los operadores y los mercados asumen el coste por la prestación realizada, deficitaria o no.

significativos. Esa consecuencia, para Betancor (2010:120), significó la necesidad de establecer la finalidad esencial de la regulación de mantener la actividad administrativa dentro de unos parámetros determinados, es decir, jurídicos y asociados a la idea general del equilibrio o estabilidad del mercado.

Con el mayor destaque de la vida económica, los países abandonaran símbolos históricos de identidad de la Administración pública empresaria. Ese trasladado de funciones también ha permitido al Estado reconocer sus propias deficiencias como uno más en el mercado. Pero, esencialmente ese modelo de reforma afectó la delegación de funciones públicas a entidades privadas.

Para Darnaculleta (2010:415), el modelo en cuestión se basa en una relación de confianza, cuando la administración traslada a ciertas entidades privadas la totalidad del ejercicio pero retiene para sí la titularidad de modo a que pueda recuperarla en cualquier momento. En ese sentido, para Carrasco & Mendonza (2005:101), en el marco de la ley y de una previa habilitación legal, el Estado se convierte en garante de su correcto funcionamiento, con la reserva de poderes de intervención y de ordenación de forma permanente durante el ejercicio de la actividad.

En España el programa de reformas se inicia con la aprobación de algunas medidas en el Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996. En Brasil, todo empieza con la aprobación del Programa Nacional de Desestatalización, que tuvo sus bases fijadas por el Plano Director de las Reformas del Aparato Estatal, aprobado en 21 de septiembre de 1995.

En ambos los textos no existía ningún contenido normativo, eran, por lo tanto, una serie de deliberaciones generales, con una inexcusable semejanza con la teoría de la “*publicchoice*” americana, que fija en los criterios políticos, de libre elección de los gobiernos, la toma de decisiones más relevantes para la vida económica y social, cambiando la ordenanza del Estado.

Por lo tanto, en un primer momento, las medidas de privatizaciones eran directrices a las políticas públicas, compuestas de una serie de actos administrativos, en los cuales, no había ningún precepto normativo que, en términos jurídicos, aclarase cual sería el marco legal para sostener los cambios en los sectores implicados.

En ese sentido, el sustrato de esas medidas se componía de una serie de requisitos y condiciones, elaborados como procedimientos en la Administración pública para vestir el proceso de privatización.

Cuestiones como los costes excesivos de cada prestación pública, y la baja eficiencia y calidad de los servicios públicos, se solidarizaron a otros cauces económicos, para profundizar las críticas al modelo Administrativo merecedor de esas reformas.

Por encima de los múltiples factores internos que justificarían la decisión de privatizar, los principales retos de la nueva política consistían en proporcionar ventajas administrativas con la ampliación de las libertades económicas.

En Europa y América latina los marcos jurídicos fueron definidos por motivaciones distintas, si bien, la redefinición del sector público representó la lucha contra la Administración burocrática y excesivamente interventora. La huella de la presencia pública estuvo marcada por la existencia de muchas empresas públicas, profusión de funcionarios y gestión poco eficiente en la política de los servicios.

En el caso de Brasil, los proyectos de reformas han sido resultado de la presión económica internacional para llevar a cabo programas de “estabilización” y ajuste prescritos por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

En España los resultados reformistas se originan de la construcción de la zona del euro y la necesidad de homogeneizar las políticas económicas a partir de la estructura del Derecho Comunitario.

Es decir, en Europa, hubo una demanda interna y constante que exigía reformas urgentes mientras que en América, los marcos han sido originarios de la necesidad de estabilización de la economía y el mayor control de la inflación, con prioridad en el pago de la deuda externa de los países, asociados a la reducción del descomunal endeudamiento del Estado

Con la desaparición de ciertos atributos públicos, como por ejemplo la titularidad directa de las prestaciones consideradas servicios públicos si inició el desmantelamiento de los servicios públicos en distintas categorías, facilitando las privatizaciones por sectores individualizados, lo que exigió la regulación sectorial, dirigidas directamente para cada actividad.

Luego, esta especie de liquidación de los sectores públicos, realizada a través de las privatizaciones, convalida el abandono de la técnica común de regulación y promueve la pérdida de eficacia del modelo tradicional de las instituciones administrativas. Los servicios públicos económicos dejan de ser considerados instrumentos idóneos y facilitadores del acceso a las principales necesidades colectivas.

Resulta necesario reconocer que, con la disminución de la presencia pública en los mercados, también se alteran las capacidades públicas en generar garantías de control público.

La decisión de privatizar también sigue una tendencia de revitalizar los sectores de servicios públicos, antes olvidados por la Administración, por la concentración de la atención en el núcleo duro de los servicios públicos (la Administración tributaria, de policía, de seguridad pública, de sanidad y de educación), lo que también significó que la transferencia de la carga de los servicios públicos económicos hizo más ligera la estructura administrativa pública para esos sectores.

La necesidad de privatizar empresas públicas también ha sido un *handicap* de los gobiernos, causados por el deterioro histórico de las políticas de los monopolios públicos, aunque finalmente, en el fondo, han prevalecido los intereses económicos. En resumen, los propósitos, de origen económico, han sido los que han permitido la expansión de los mercados inversores, ávidos por ejercer nuevas formas de gestión sobre los servicios operados por el Estado.

Por otro lado, en locución de De la Cruz Ferrer (2002:197), la liberación económica de los años 90, no puede ser interpretada como una simple reforma económica coyuntural, sino que, de acuerdo con el pensamiento de Ariño (2000:3), posiblemente estructural.

Y eso está demostrado por lo que ocurre con las medidas de delegación de la gestión directa de los servicios públicos. No desaparecen el conjunto de estas prestaciones, pero se modifica la esencia de las funciones administrativas con el nuevo modelo de gestión.

Lo que se puede concluir es que tales acontecimientos, ya repercutieron con mucha fuerza en la vida cotidiana de estos países desde su origen. Sin embargo, un nuevo régimen jurídico, creado para alcanzar expectativas hacia una mayor eficiencia

de la Administración no es, por si mismo, garantía de mejora de la gestión de los servicios económicos de interés general.

Lo probable es que el mercado sea dependiente de la mejora de la regulación, más ágil y menos compleja, en lo que al fin a cabo, es el factor condicionante para el buen funcionamiento de los sectores reestructurados por las privatizaciones.

El éxito de ese sistema es eternamente dependiente de elementos que sostengan, no solo la formación sino la manutención de los mercados liberalizados. Es duradero y viable mientras que favorezca e incentive la competencia. Nace del entorno privado pero solamente puede progresar con la ausencia de cualquier obstáculo legal que impida su avance.

En países como Chile, Brasil e Argentina, los gobiernos se aprovecharon de la ola de globalización económica para elevar a cabo el discurso de la liberalización de los mercados. Las privatizaciones fueron, en realidad, la manera elegida por los gobiernos para “hacer caja”, con la captación de recursos por la venta de empresas públicas. Las privatizaciones, por lo tanto, no significaron tan sólo, un mecanismo de reforma del sector público para estos países.

Los objetivos a largo plazo podrían ser la eficacia y la competencia en los sectores liberalizados, pero lo que si pretendían los gobiernos responsables de la consumación de estos cambios era, en gran medida, adoptar criterios formales para permitir nuevos inversores sobre el mercado. La reducción de la deuda pública fue menos importante que incrementar el tesoro público con la transferencia de sectores públicos a la iniciativa privada.

La mayoría de las empresas públicas en venta eran deficitarias y presentaban poca inversión pública, con muchos empleados y grandes deudas. Muchas de ellas servían como meras entidades receptoras de recursos destinados a la Administración central.

Sea como fuere, el proceso histórico de decadencia financiera de las entidades públicas y un exceso de la organización centralizadora mantenían un sistema administrativo basado en servicios públicos poco eficientes y con gran limitación tecnológica.

Por lo demás, la técnica de privatizar, utilizada como un compuesto de medidas orientadoras de un amplio ajuste regulatorio en las competencias públicas, está definitivamente marcada por una serie de aspectos heterogéneos y complementarios nacidos por y para la Administración pública.

En concreto, reconoce Danacullea (2009:359) que el derecho positivo en la política de privatización es responsable de introducir novedosas técnicas de control, vigilancia y supervisión de los mercados liberalizados, coincidentes, en algunos casos, con la experiencia norteamericana de regulación económica.

Ideológicamente, sería razonable que las funciones públicas, con la liberalización, puedan proyectar los objetivos y compromisos públicos con la ciudadanía, en la medida en que cualquier justificación económica para sostener medidas restauradoras de los mercados no puede ser capaz de prevalecer sobre los fundamentos instrumentales de los derechos sociales.

1.2.2 La vuelta de la competencia a los mercados

Hasta los años ochenta, la situación previa a la liberalización de los sectores públicos era muy semejante entre España y Brasil. Los servicios públicos prestados exclusivamente por el Estado, bajo monopolios, consistían en innumerables actividades económicas explotadas por empresas públicas que realizaban su labor con una enorme demanda reprimida por universalización, calidad y tecnología.

A la escasez de recursos materiales empleados para la mejora de la tecnología de los sectores, se sumaba a la ausencia de capacidad técnica de los entes administrativos, resultando prestaciones deficitarias.

El diagnóstico de las capacidades públicas concluía, que se debía reformar la Administración para superar las dificultades orgánicas de funcionamiento de las actividades económicas, de forma que se garantizaran otros medios más eficaces de los servicios.

El régimen de control directo sobre la economía, se mantenía a través de reservas legales, la imposibilidad de nuevas inversiones para afrontar la ineficiencia de

los métodos administrativos y de gestionar actividades con gran capacidad competitiva.

Cauces tecnológicos, económicos y administrativos posibilitarían la integración de los objetivos de expansión económica con la intención de mejorar las prestaciones de los servicios de interés general.

Así que, la liberalización de los mercados fue promovida de maneras distintas pero con retos comunes. En Europa como en América del sur, la orden económica pasó a tener como principal postulado la reducción del déficit público y la mejor eficacia de las instituciones administrativas.

Esa nueva realidad fue dimensionada por primera vez a través de una proposición en el Tratado de Maastrich (1992)³³, en lo cual habilitaba a la Unión Europea para los desafíos de la globalización económica.

La más estricta coordinación entre las políticas económicas de los Estados comunitarios proponía, como principal punto de convergencia, el régimen abierto y de libre competencia, a sectores mayormente comprometidos con monopolios de actividades económicas, bajo el dominio público en sectores estratégicos para la economía.

La formación de nuevos regímenes de gestión de servicios económicos de interés general, permitió la reestructuración normativa del mercado, como también conllevó el compromiso público de crear sistemas jurídicos implicados en eliminar obstáculos, formales o materiales, y dentro del contexto administrativo, el desarrollo de los mercados.

En este sentido, la vuelta de la competencia a los mercados tiene en la liberalización su término fetiche, que identifica el momento inmediatamente posterior a la "despublicatio" de los mercados, como aquello que restaura el conjunto de libertades económicas.

Por lo tanto, el proceso de liberalización también se ocupa en promocionar la restauración de los sectores públicos, admitiendo la quiebra de monopolios de los servicios públicos y la sustitución del tradicional sistema de concesiones públicas, por

³³ En conformidad con los artículos 3A1 y 102A del Tratado de Amsterdam, de 10 de noviembre de 1997 (<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>)

otro instrumento normativo más flexible y racional, en el cual cualquier titular de personalidad jurídica sea destinatario del derecho de ejecución de estos servicios.

La liberalización privatizó compañías y, además, modificó el conjunto de los sectores donde estas empresas actuaban. Estas iniciativas se expandieron muy rápidamente por otros países europeos y latino americano.

Los monopolios públicos anteriores, dieron paso a una incipiente competencia, en el periodo pos privatización. La condición competitiva fue sostenida a duras penas por la Administración pública, a través de la sujeción de marcos regulatorios específicos para cada sector.

Lo que la Administración pretendía era firmar las bases legales para la entrada de nuevos competidores en el futuro. Todavía, los sectores necesitaban ser competitivos desde el principio, aunque, muchos no han conseguido lograr ese reto, sufriendo concesiones y autorizaciones exclusivas, que seguirán con esas características durante mucho tiempo.

Por esa razón, ha sido fundamental en este proceso, el lanzamiento inicial de las plataformas jurídicas para la venta de esas empresas, pero con la garantía de la competencia. La intención de apertura de los mercados ha sufrido gran difusión en los medios de información y prensa mundial, trazo muy común en todos los procesos de privatización para atraer nuevos inversores internacionales.

Amplias comunicados en la prensa internacional preveían fechas flexibles y se alargaban los plazos para las subastas y formas de pago a los empresarios privados, para que así, el mayor número de inversores pudiesen acudir a estos actos públicos, con interés real en el proceso.

Para captar inversores internacionales y consorcios de empresas interesados en las adquisiciones, los países aportaron grandes cantidades de recursos financieros para cubrir las deudas de las empresas públicas con mayor déficit. Al aumento de las tarifas de servicios, en la fase anterior a la venta, se asociaron el despido de trabajadores, de forma que las empresas eran subvaloradas, para atraer más inversores interesados en comprar las compañías.

Durante la era de los gobiernos Reagan, en Estados Unidos y, Margareth Thatcher, en Gran Bretaña, el exceso de política interventora ha sido duramente

criticado y combatido, influenciando las políticas internas de otros países en desarrollo, como Brasil. La mayor expansión del poder de los mercados en las inversiones públicas, provocaron cambios importantes en las políticas de bienestar social.

Mientras tanto, en los países europeos, la experiencia de competencia de los años 80 ha impulsado un ambiente más regulado para desarrollar el conjunto de libertades económicas. La política de incentivos a la libertad empresarial consistía esencialmente en la eliminación de barreras de impedimento a la integración de los mercados y, en contrapartida, hubo mayor atención a las medidas de cuño social.

Por lo tanto, la gran diferencia entre los dos sistemas reside en que los aspectos sociales y políticos, además de los económicos, pertenecen a la política de competencia de la UE. Es decir, el desarrollo del mercado único debería tener como principal propósito maximizar la eficiencia y ampliar el nivel de accesibilidad de los servicios económicos.

Asimismo, la plena expansión del capitalismo global en los años 90 y la posibilidad de obtener mayores ingresos públicos, estimularon las decisiones de privatizar. También es cierto que, el nuevo perfil de la Administración pública, ha tenido que absorber rápidamente aspectos de las relaciones económicas privadas, para adecuar prácticas administrativas históricas. Esa realidad determina la formación de los nuevos instrumentos normativos de acompañamiento de los mercados.

Sin embargo, Arroyo Fernández (1999:45-46) advierte que la mera delegación de la titularidad en los servicios no es garante de la mejor gestión o de la mayor eficiencia del sector en favor de los intereses generales. Como tampoco, el financiamiento público de cada servicio, afirma Villar Rojas (2004:380) asegura el alcance de los objetivos públicos.

La implantación del régimen de competencia reanudó las capacidades públicas y, por otro lado, la autoridad estatal se vio obligada a ratificar las políticas de bienestar social, a través de ajustes en el régimen jurídico administrativo, dándole mayor flexibilidad para permitir estos cambios.

Lo que se acostumbró en llamar desregulación o neo-regulación³⁴, significó en otras palabras el cambio en las realidades instrumentales de la Administración, con la introducción de la competencia. Al aproximar las normas jurídicas a acontecimientos económicos, con más respecto a las dinámicas de la economía, también se permitió que el modo operativo del régimen jurídico administrativo tradicional fuese cambiado para cumplir sus propósitos de modo más diversificado.

Es de esperar que, en cualquier modo de exclusividad de servicios, sea por monopolios públicos o legales, en lugar de la libre competencia, se instaure un dominio casi absoluto sobre los mercados. El uso de medios jurídicos para impedir la competitividad, donde y cuando sea posible, puede tolerar vicios en las prestaciones, lo que conlleva perjuicios sociales y económicos intolerables.

Al final se ha demostrado que, el porqué y cuando privatizar partió de la opción política de autorizar el mercado libre y competitivo. La rara y factible integración de los objetivos del Estado social y de la economía de mercado fue posible gracias a la fuerza del apoyo legal e institucional. La vuelta a la libertad a los mercados aproximó la autoridad pública a la autonomía económica, para permitir el funcionamiento de cada sector liberalizado.

Los comportamientos públicos pudieron volver a ser valorados por los cambios estratégicos en la organización administrativa de los servicios públicos, siendo la parte fundamental en este proceso, el desarrollo de la plena capacidad de los organismos reguladores. La vigilancia de la operación de las compañías desnacionalizadas exigió la incorporación de nuevos procedimientos administrativos, así como también, de medios técnicos que favoreciesen el acompañamiento de la estructura de las empresas privadas.

La ordenación del conjunto de las actividades productivas también fueron muy beneficiadas por los avances de la economía en general. Con la entrada en funcionamiento de nuevas empresas, constituidas para prestar servicios de interés general, tanto la Administración como las relaciones sociales cambiaron de aires.

Un ejemplo emblemático ha sido el realizado con el sector de la privatización de las telecomunicaciones. Mientras los exploradores de las redes de telefonía generaban más inversiones en tecnología, otras empresas, en paralelo, mejoraban sus negocios.

³⁴ Para Ferrer (2000:370) entendida como nueva regulación sobre cada sector, parte de un reglamento distinto, donde se transformen los modelos y servicios tradicionales en sistemas abiertos a la competencia.

Surge a partir de allí un conjunto de empresas vinculadas directas e indirectamente al sector, como la industria de producción de equipamientos electrónicos, de fibra óptica, etc. Otros sectores, como el comercio y otros servicios estaban siendo favorecidos con la posibilidad real de nuevas ganancias por la apertura de la economía.

Las garantías de éxito en el proceso de liberalización no estaban pendientes solamente de los rumbos del mercado. En sus aspectos generales, lo fundamental ha sido los nuevos parámetros públicos para la realización de estos nuevos servicios.

El desafío de estimular la competencia y modificar la estructura de la actividad económica en general, alza el vuelo en dos niveles, el primero con la decisión gubernamental y discrecional de desnacionalizar y, en segundo, por la necesidad de adaptar la legislación y acompañar el impacto de las reformas en el conjunto de las relaciones económicas.

El Estado no solamente ha concebido el mercado de los servicios de interés general sino que es el gran responsable de la atención de las necesidades públicas empleada por las operadoras privadas.

También, es cierto que la introducción de la competencia exigió la elaboración instrumentos administrativos públicos responsables de asegurar las garantías ciudadanas contra la gestión empresarial contraproducente, o servicios de interés general operados de modo deficiente. Después de las privatizaciones este debería ser el principal intento del Estado regulador. Fracasando en esta tentativa, muy poco le queda a la Administración cuando se trata de formas de control público sobre los mercados liberalizados.

Este contexto condujo a idea de exigencia de la llamada “política de calidad regulatoria”, citada por Betancor (2009:20), engendrada después del periodo más intenso de privatizaciones. Así, la técnica de intervención pública debería actuar de manera eficaz sobre las actividades económicas, aunque desarrolladas dentro del mercado libre y en mutación.

La principal obligación de la Administración pública después de la apertura de los mercados, consistió en apoyar el funcionamiento de los sectores, con especial atención a los fines sociales que son alcanzados por las prestaciones. Por el contrario, estaríamos hablando del “riesgo de inestabilidad e incredibilidad institucional”, citado

por Massaneto (2009:113), como la imposición de un escenario de crisis permanente y profunda, en la base de la economía, y no solamente en los servicios de interés general.

Con la apertura a la competencia efectiva, la Administración pública está más reivindicada, lo que podría suponer un exceso de protagonismo de los mercados pero con la exigencia del compromiso y presencia pública, es en realidad el motor imprescindible para aplicar el enfoque de los objetivos de la regulación.

El desarrollo de las experiencias de liberalización de los mercados es distinto y muy variable dependiendo del país. En la agenda política y jurídica, el marco del avance para la implantación de la competencia es responsable del despliegue de las nuevas tecnologías y mejores prestaciones, pero se presentó de modos distintos en Europa y América del Sur.

El motor de la competitividad corrió a dos velocidades, primero porque los enfoques reguladores, motivados por las Directrices europeas, condujeron a un mercado único de servicios liberalizados, con objetivos claros y estratégicos que optaron por la competencia, mientras tanto, en Brasil, los procedimientos aplicados al mercado se componían de un ambiente donde las empresas actuaban con exclusividad contractual y, además, los objetivos regulatorios más prioritarios, se referían a la expansión y universalización de las prestaciones.

II LA FORMACIÓN DE LOS MERCADOS DE INTERES GENERAL

Las actividades económicas de interés general tienen como hábitat natural los libres mercados, pero presuponen una amplia base normativa que asegure que la competencia no esté restringida, en perjuicio de la ciudadanía.

El progreso del desarrollo de la regulación sectorial, adoptada en muchos países, fue la tendencia más relevante en la última década y estuvo dirigida a inspirar la mejora significativa de la eficacia de las normas de cada sector liberalizado.

Sin embargo, el incentivo a la competencia ha sido una fuerza motriz uniforme en los sistemas de regulación. En Europa, su expansión constante acompañó el ritmo de las medidas de integración del mercado único europeo, mientras que en Estados Unidos y Reino Unido, ha sido más amplia.

Cuanto a los países en desarrollo, como Brasil, la cultura de la competencia ha sido más débil y escasa desde su nacimiento, porque el menor esfuerzo de la Administración pública dificultó la ruptura con el largo historial de monopolios de servicios.

En primer lugar, es necesario detenerse en la forma como se ha introducido la competencia, que es distinta de la manera que actualmente se entiende. A principio fue concebida con connotación poco positiva frente a las expectativas de los ciudadanos. Las incertidumbres cuanto a la posibilidad de éxito de liberalización de los mercados, con ventajas concretas a los consumidores, impedía que se determinara con precisión si la protección del interés público podría ser alcanzada a través de la plena competencia.

Daí que fue necesario romper las resistencias de la población para tornar posible la formación de un marco jurídico definitivo que se vincule a las prestaciones de las empresas privadas y que esté acorde con las ventajas de crecimiento de calidad e innovación para cada actividad.

La regulación imprescindible, controlada y dinámica, con asignación de ventajas operativas para los mercados, conllevó a distintos efectos en razón de la adopción de las políticas de competencia heterogeneas. En el caso de las telecomunicaciones, con características tecnológicas y económicas muy complejas, los efectos de la regulación han sido muy desiguales entre los países, donde muchos de ellos optaron por reforzar

los beneficios a los consumidores a partir de la presencia de barreras legales para impedir la entrada de nuevos competidores, lo que logró legitimar el dominio del mercado y la formación de oligopolios bajo la concentración de servicios y actividades.

Ese estrategia arriesgada ha suministrado efectos contradictorios en la red de servicios, con predominio de la ausencia de beneficios competitivos. El retraso en las inversiones para el despliegue de las infraestructuras y el liderazgo de pocos empresarios abrió la puerta a la amenaza real a prestaciones más provechosas a los consumidores. Si bien, la habilitación de nuevos operadores privados, con el aumento de la rivalidad en los mercados, pero sin organización normativa, también significa un impacto potencial a una competencia poco saludable.

Otros factores pueden ser identificados como consecuencias inmediatas de la trayectoria de las liberalizaciones, y que por consiguiente necesitan ser identificados para ayudar en el entendimiento sobre la eficacia de los métodos e instrumentos de regulación destinados a cada sector.

La confrontación de los intereses llevados a cabo por los servicios resalta la importancia de la regulación para la permanencia de la estabilidad del sistema. En ese proceso, el ciclo evolutivo de los mercados no es el mismo desde el inicio de la política de liberalización. La maximización del bienestar social ha tenido de atender a las condiciones prácticas de funcionamiento de la economía, pero, al abrigo a la asignación coordinada de la acción administrativa de la autoridad reguladora para potenciar la protección de los derechos de los consumidores.

La lucha por la disuasión de las conductas abusivas en los mercados y el esfuerzo en mejorar los instrumentos dirigidos hacia la competencia generó un impacto social a largo plazo jamás visto, con efectos radicales sobre la política de intervención pública en la economía.

Esas medidas suscitaron, como punto de partida, la reordenación de la propia economía, a través de la fijación de límites jurídicos para el funcionamiento de los servicios liberalizados. Por cumplir con los nuevos objetivos de los servicios de interés general las Administraciones públicas deberían pasar a acompañar, con atención permanente, a los movimientos externos y más allá de la estructura del Estado.

Para Betancor (2010:382), los efectos principales de estos cambios han sido resumidos a tres circunstancias: la habilitación de la potestad del regulador, la

declaración de ciertos objetivos como de interés público y el reconocimiento de los derechos privados a las empresas que disfrutaban de más libertades.

Sin embargo, la esencia elemental de la intervención del Estado en los mercados económicos también ha incurrido en muchos conflictos. Para la Administración reguladora, como para el ambiente a ser regulado, fue necesaria la elaboración de un régimen que se adaptase a los personajes afectados directamente por esos servicios, aunque condicionados a objetivos muy dispares de cada uno de ellos.

De un lado están los operadores privados, detentores de la titularidad de la prestación, son empresarios comprometidos con el bienestar de sus servicios y de sus beneficios. De otro, los agentes reguladores, detentores de la función de dirigir y vigilar en conjunto de las relaciones privadas y, lo más importante, los usuarios, destinatarios y detentores de los derechos de los servicios, además de destinatarios del compromiso social del Estado por las prestaciones.

El tándem de la competencia y de la regulación llena de sentido el compromiso público por la calidad. Así, la actuación pública es vital para desarrollar una política de bienestar de servicios, aunque sean las actividades privadas el factor impulsor de las prestaciones. Por lo tanto, el agente regulador se expone a la obligación de hacer combatir el trato discriminatorio y la intervención excesiva. Se puede afirmar que ese es un régimen de frenos y contrapesos impuesto a la economía.

La lucha por la inclusión de la mejora de las prestaciones como un plus a las obligaciones de los operadores es el resultado de la evolución de la política reguladora sobre los servicios privatizados. En la larga marcha hacia la libertad económica, la decisión de crear la nueva estructura de regulación sancionadora, también estuvo pendiente de la reacción de cada operador en la ejecución de las prestaciones. Asimismo, la calidad no surge espontáneamente en ese proceso.

Las consecuencias de sus acciones administrativas cotidianas se someten a la espontaneidad de los mercados y de los rumbos inesperados de factores económicos y políticos. De esta manera, desde el marco de la independencia de los acontecimientos que afligen los servicios, los objetivos públicos, no son, necesariamente compatibles con los del mercado, con lo cual, la estructura de los mercados de servicios de interés general quedarán permanentemente marcados por su condición mutante.

Esas consecuencias imprevistas deben estar disciplinadas, en la medida de lo posible, consentida a partir de la posibilidad de coordinación armónica entre las reglas de derecho público y privado que convalidan el sistema híbrido de la regulación económica. Además, se asocia a la regulación sectorial, más técnica y directa, a la idea de flexibilidad en los comandos públicos, con destaque a los objetivos más específicos y compatibles con la eficacia y protección de los consumidores

Resumiendo, la información asimétrica sobre el conjunto de las actividades privadas demanda el supuesto de la eficiencia pública, dinámica y precisa, hacia las decisiones regulatorias que favorezcan productos y servicios de mayor calidad. Desde el punto de vista del bienestar social, mantener la condición de interés general se traduce en la adopción de prácticas empresariales eficientes, es decir, que generen ventajas a los consumidores pero que también favorezcan la innovación en todos los sentidos.

Veremos que la imposición de limitaciones al poder de los operadores no pudo ser absoluta y tampoco podría ser un método eficaz y garante de empresas eficientes y con plena competencia. El proceso de imposición de restricciones empresariales no es sinónimo de regulación económica. Sin embargo, conlleva a la conducción de técnicas jurídicas que visen corregir a los fallos del mercado pero, somados a las distorsiones de la economía, tendríamos que reconocer que también existen los fallos de la intervención pública que necesitan de permanente ajuste.

Por lo tanto, la función reguladora no se agota en el largo recorrido de la historia de las privatizaciones. Lo más fundamental es que el marco de la transición inicial ha tenido un papel fundamental, en la cual la Administración pública de cada país ha decidido establecer las condiciones de como y cuando las actividades deberían ser liberalizadas.

Ese capítulo trata de la independencia y plus valía del mercado de las telecomunicaciones, que nace como un organismo autónomo pero susceptible al ejercicio de la potestad administrativa. La regulación de las comunicaciones electrónicas es un elemento de excepcional importancia dentro del régimen de los mercados liberalizados, con lo cual, la imposición de permanente revisión de los límites de actuación del Estado solo se justifica por la necesidad de respetar a las libertades empresariales y de intereses de los consumidores.

Así, fiel a sus presupuestos normativos, lo verdaderamente singular de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones, para Arroyo & Mendonza (2009:242), no es tanto que puedan proceder de normas de Derecho privado o de Derecho público, sino más bien que estos derechos se encuentren protegidos simultáneamente por normas de los dos tipos.

El modelo de regulación de las telecomunicaciones también se impone con base en la expresión esencial de los preceptos constitucionales de cada país. Más allá de las previsiones sectoriales específicas, la organización del Estado intenta acompañar la evolución de los servicios, sin despistarse de los objetivos sociales fundamentales. El extraordinario contenido económico y tecnológico de esos servicios a veces puede generar una amenaza real al bienestar ciudadano.

La inauguración de las denominadas reformas regulatorias fue fiel a la persistencia de los objetivos sociales pero, la dinámica del sector, tornó inevitable la revisión de los criterios materiales de funcionamiento de las prestaciones de telecomunicaciones. Daí que muchos aseguran que no son todas las restricciones o limitaciones impuestas por el agente regulador que son válidas. Muchas de ellas contrarían los preceptos de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Por lo tanto, la intención de compensar la pérdida de la titularidad pública con más regulación condiciona y restringe espontaneidad de los operadores al límite menos racional y en perjuicio de la innovación de los servicios e infraestructuras.

La composición de conflictos marcan las experiencias de regulación. Por esa razón, Muñoz Machado³⁵, entiende que la dimensión constitucional de los servicios públicos ha tenido que ser revisitada y revisada en la fase de implantación del marco de la transición. Primero porque hubo la necesidad de redefinición de la presencia de la Administración en el mercado privatizado, y, segundo, porque las normas jurídicas han tenido que ajustarse a las decisiones políticas que redefinirán las conductas exigibles a los agentes privados.

Para Dromi (1997:14) en el modelo interventor más radical el Estado ha usado y abusado de sua legitimidad para actuar en las más diversos seguimientos de la economía. En ese sentido, según De la Cuétara (1997:108) esa especie de exceso de

³⁵ Para Muñoz Machado (2003:149-150), hay una flagrante dificultad técnica y jurídica en torno de la responsabilidad de organizar determinados servicios públicos, que pueden o no ser encomendados a la iniciativa privada, dando lugar al desarrollo de la idea de los servicios públicos constitucionales.

presencia pública, significaba el intuito de incrementar su propia concentración de poder.

Sin embargo, en la era de los servicios públicos, la alta concentración de poder era favorecida por la participación directa de las empresas públicas que tenían el control absoluto sobre sus acciones y las reacciones de los mercados, controlados vía monopolios.

En lo que respecta al modelo de transición hacia los mercados liberalizados, el control de la eficiencia ganó énfasis mientras que la calidad de los servicios privatizados debería ser tan importante cuanto la eliminación de la regulación innecesaria.

El descuartizamiento de las funciones públicas favorecería a la vigilancia exhaustiva y los buenos resultados regulatorios, con prestaciones más funcionales y técnicas, en la medida en que habría la delimitación exacta de la presencia pública en cada sector.

Como veremos, ha tocado a los agentes de regulación la función pública primordial de hacer cumplir las directrices del diseño de los servicios sobre la marcha de las mudanzas. Los resultados de la dinámica evolutiva y del despliegue tecnológico de los servicios exigió la implantación de nuevas maneras de regular a la competencia.

Cuanto a los servicios públicos sin propósitos económicos, estos se han mantenido incólumes a la nueva regulación pero también han sufrido las consecuencias de los cambios estructurales sufridos por las Administraciones públicas, sobretudo en materia de inversiones en los servicios de bienestar y en el incremento de los programas de asistencia y ayudas públicas gratuitas a los ciudadanos.

Pero, los mejores resultados de la Administración pueden ser vistos cuando escoltan y vigilan el desempeño de los servicios privatizados. Dentro de los mercados regulados, la fijación de reglas públicas objetivas y de alcance amplio permiten una regulación *ex post*³⁶, es decir, el análisis de la realización de los hechos, con base en criterios transparentes y no discriminatorios. Para tanto, el proceso de privatización no se agota con la elaboración del reglamento de implantación de los servicios de interés

³⁶ Sobre el tema, esclarece Villar Rojas (2004:399-400) que la regulación *ex post* favorece al modelo de eficiencia a los servicios privatizados.

general, así como la liberalización no estaba acabado cuando el mercado fue declarado competitivo.

Sin embargo, el verdadero *modus operandi* de la Administración se revela cuando el funcionamiento de las actividades privatizadas pasa a exigir la actitud *in vigilando* de los agentes reguladores. Mientras tanto, la presencia pública solamente se sostiene a partir de nuevos y constantes ajustes legislativos para atender a los cambios afines a cada sector.

Esa complejidad de circunstancias forma parte del mercado de las telecomunicaciones, incluso más que a otros sectores liberalizados. Dentro de las características propias de ese sector, aún distintas entre los países, es ineludible conocer los pilares donde se basan las finalidades perseguidas por los actores de estas prestaciones, para reconocer se, después de diez años de inicio del proceso de liberalización, la satisfacción de los intereses generales han sido alcanzados.

II.1 La nueva estructura de los mercados de interés general y el régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas

Los rasgos esenciales de la estructura del modelo vigente de los mercados de interés general han sufrido amplias modificaciones desde el inicio de las liberalizaciones. Las constantes revisiones del marco regulador intentan adaptarse a las nuevas circunstancias y retos de cada actividad.

Para Betancor (2010:384), el régimen jurídico de los mercados regulados suscitan varios interrogantes derivados de los conflictos oriundos de los elementos que lo caracterizan pero también del juego de la intervención regulatoria, porque la libertad de empresa y el escenario con importantes fallos exigen la adecuada presencia pública.

Por lo tanto, así como ni todas las manifestaciones que limitan las libertades empresarias son válidas y eficaces, tampoco toda la actividad regulatoria está atenta al conjunto de las necesidades sociales. La expresión dinámica de los mercados regulados se presta a servir de puente para atender a la singularidad de los inevitables cambios

técnicos, sociales y económicos que afectan, por consiguiente, la satisfacción de ciertos intereses generales.

Esa especie de carga proporcional de regulación es, en realidad, fruto de los resultados conformes del cumplimiento de las acciones públicas sobre los mercados, cuyos objetivos óptimos solamente podrán ser efectivados cuando la protección de los intereses públicos sea una finalidad realizable.

De la Quadra (2009:663), plantea que en el caso de las telecomunicaciones los desarrollos tecnológicos pueden impulsar la adaptación o al cambio efectivo del modelo regulatorio, desde que cualquiera de esos medios asegure la orientación y el futuro del acceso y al despliegue de las redes de nueva generación.

Lo que ocurre es que la construcción de estas nuevas redes³⁷, con tecnología de fibra óptica en el acceso, solamente es posible con más inversión de capitales, en modelo financieros que aseguren la rentabilidad esperada por los empresarios en las inversiones realizadas. Las infraestructuras, según Katz (2009:14) dependen de la densidad topográfica, de los ingresos generados por los nuevos servicios, y, principalmente, de un marco regulatorio que genere los incentivos adecuados.

En la fase inicial del despliegue de esos cambios las cuestiones relativas a como mantener presentes los objetivos de los intereses públicos no era lo más importante. Los gobiernos intentaban en primer lugar, solucionar cuestiones de orden práctica, como por ejemplo como tornar atractivas las empresas públicas al ser vendidas. Eso significa que, las cuestiones de la seguridad jurídica de las prestaciones, o incluso la temática del derecho de la competencia o de la necesidad de más calidad de las prestaciones, no estaban todavía en el orden del día.

Los mercados adjudicaran para si la responsabilidad por las prestaciones pero no la responsabilidad por su regularidad y accesibilidad a los ciudadanos. Por lo tanto, lo que ha movido los intereses de las empresas privadas nunca han sido los objetivos públicos, mucho menos la mejora de la eficacia para generar más universalidad de dichas prestaciones.

³⁷ En ese sentido, asegura De la Sierna (2009:434) que, el futuro de las las redes troncales IP, o redes de nueva generación es la introducción de cambios esenciales en la topología y estructura de las redes para que ellas puedan estar interconectadas entre si, y permitan la comunicación entre los usuarios y el acceso a la interoperatividad de los servicios, por lo tanto, estos cambios exigen la redefinición del modelo de interconexión, desde el punto de vista técnico como económico.

El progresivo aumento de las inversiones privadas en tecnología es un reto de la evolución de la regulación y un reto de la competencia efectiva. Por esta misma razón, en muchos países³⁸ la reforma de la ley llevaría a considerar la posibilidad de sustituir la intervención por la defensa de la competencia, como es el claro ejemplo del Considerando 5 de la Directiva 2009/140, de 25 de noviembre, que modifica el marco regulador de las telecomunicaciones en Europa.

La persecución de una nueva regulación, progresista y dirigida a un mercado ya consolidado intenta eliminar cualquier obstáculo a la evolución del mercado y de los objetivos centrales de la universalidad, accesibilidad y calidad de las prestaciones. Por lo tanto, la imposición de operaciones de fomento a nuevas inversiones busca alcanzar las tecnologías de infraestructuras necesarias para satisfacer los derechos de los usuarios y, al mismo tiempo, mejorar la performance de capital de los empresarios privados.

Asimismo, la intervención *ex ante*, y la defensa de la competencia, *ex post* al ejercicio de las actividades empresarias, representan para Betancor (2009:396) las dos caras de la misma moneda y, en un mundo ideal, el interés general y el mercado podrían coordinarse perfectamente.

Esa adaptación normativa a los nuevos tiempos ha hecho surgir además de nuevos paradigmas sobre la forma de intervención pública otras cuestiones que demandan nuevas decisiones públicas por reforma de la regulación. En ese caso, el cambio del perfil de los mercados fue posible después del surgimiento de nuevas prestaciones. Es decir, inexistía la telefonía móvil y el internet cuando las telecomunicaciones eran un monopolio de empresas públicas.

El perfil regulatorio sigue los pasos de los intereses públicos irrenunciables pero, en definitiva, son las razones de orden técnica que proclaman las circunstancias excepcionales del régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas. De hecho las nuevas tecnologías permitieran surgir nuevas prestaciones impensadas pero cada vez más imprescindibles para la ciudadanía.

³⁸ En ese sentido, esclarece Laguna de Paz (2010:123) que la autorregulación también ha tenido un papel relevante en el ámbito de las especificaciones y normas técnicas, especialmente en sectores como el audiovisual e internet. Acrecenta que algunos países optaran por la introducción, en la legislación sectorial, de la previsión de la autorregulación o la corregulación en determinados ámbitos, como por ejemplo en el caso de las telecomunicaciones, cuando en la sección 6 (2) de la Communications Act británica encomienda a *Ofcom* la tarea de promocionar y facilitar el desarrollo de formas de auto y corregulación.

El concepto de autoridad pública también ha cambiado para siempre, como también las formas de empleo de distintas técnicas de intervención pública, eligidas de acuerdo con las estrategias de la Administración, que opta en ciertos momentos por favorecer a libertad de las empresas, o entonces ponderan por la necesidad de dar mayor protección a los destinatarios de las actividades.

Aunque solamente las decisiones públicas legitiman las actividades del mercado estas están dotadas de forzosa eficacia jurídica cuando los métodos de intervención representan a los intereses de los consumidores.

La incumbencia de preparar la regulación del sistema para atender a la multiplicación de ofertas pasó a formar parte de la potestad del Estado, sin confundirse con el poder de legislar sobre el orden social y económica, en general. Por consecuencia, el progreso de la regulación sectorial conduce a la tendencia de mejora en los ajustes de funcionamiento de los servicios y de los elementos técnicos de su entorno. Por eso, Pereira, Arroyo & Mendonza (2005:189) atribuyen la extensión cuantitativa y cualitativa de las telecomunicaciones al proceso de liberalización que, al desarrollar nuevas infraestructuras de red y servicios permitió que el marco regulatorio operase con distintos niveles y técnicas de intervención pública.

De esta suerte, desde la perspectiva de los intereses de los usuarios las garantías de información, acceso de redes e interconexión siguen repercutiendo directamente en la necesidad de mayor atención regulatoria y especialización normativa.

Igualmente, gana mucha importancia los factores económicos que pesan en la decisión de regular esas actividades liberalizadas. Mientras tanto, es imperativo reconocer que el éxito económico de las telecomunicaciones siempre ha estado pendiente de las decisiones administrativas más amplias y extendidas, pero, también de las deliberaciones políticas de los gobiernos en permitir la formación de directrices concretas al marco regulatorio futuro de cada actividad.

La importancia de los mercados liberalizados para la productividad del país gana un gran destaque, así como la relación jurídico privada entre los consumidores y empresarios. Las comunicaciones electrónicas son el resultado de la evolución de los sistemas jurídicos que cohabitan, con intensidad, en el contexto de la globalización, y del imperio de las inversiones internacionales.

La innovación tecnológica también es una gran aliada de las nuevas prestaciones. Donde hay prestaciones públicas basadas en estructuras administrativas atrofiadas y débiles, perdura la ineficiencia de los servicios, en general basada en una estructura normativa caótica y poco técnica.

Pero, adonde los mercados fluyeran con más competencia y regulación ajustada a instituciones firmes y autónomas las prácticas administrativas se han cambiado por completo. Los perjuicios sociales son mucho más acentuados en procesos regulatorios que no se actualizan, porque además de dejar de realizar los servicios (con la pérdida de la propiedad y de la legitimidad en ejecutarlo), la Administración no actúa con la seguridad necesaria para hacer cumplir las demandas sociales.

En consecuencia, la inseguridad en la Administración si ha adicionado por la incapacidad pública de motivar la competitividad efectiva en el período posterior a la liberalización.

La ausencia de infraestructuras administrativas adecuadas y la falta de experiencia estatal para realizar tareas de regulación, también ha puesto en riesgo la eficacia del nuevo régimen de los servicios de interés general.

Por lo tanto, superar las debilidades de la organización interna de la administración ha sido el primer reto del pleno control público. La fuerza eminente del dominio de los mercados, estuvo permanentemente influenciado por el contexto político, a la vez de fijar el reglamento de acción sobre las operadoras de servicios.

En el sistema jurídico europeo, bajo influencia normativa de las directivas del parlamento comunitario, los efectos de esta contaminación fue sobrellevada, primero por la composición del mercado único de servicios de comunicaciones electrónicas, y, segundo lugar, la estrategia de fortalecimiento de las autoridades nacionales de regulación (ANR).

La estructura de la red y de los servicios no está centrada en la figura de los entes reguladores pero exige de ellos medidas correctivas y les obliga a tutelar a los derechos de los usuarios, por consiguiente, los mercados liberalizados son el resultado de la regulación.

De este modo, en el lugar de los servicios públicos tradicionales, hoy por hoy prevalecen los medios legales destinados a establecer criterios materiales sobre el

conjunto de las actividades económicas. Por otra parte, la regulación condiciona el control aunque no sea capaz de eliminar o extinguir el poder de los mercados, que son dinámicos por su propia naturaleza.

La esencia imutable de los intereses generales y la necesidad imprescindible de protección legal para la defensa de los ciudadanos, los mantienen asegurados como derechos fundamentales. Así que, la reserva Constitucional de estos servicios, no les retira importancia, cuando outorgada la delegación de sus prestaciones a otros entes privados.

Sin embargo, las voluntades políticas y la poca eficacia en las políticas de regulación pueden ponerlos en riesgo en la medida en que el Estado no se los reconoce como destinatarios de garantías públicas.

La Administración pública al posponer la tarea de coordinación de los servicios produce un incremento de bienes y ganancias que asisten a los operadores vulnerando el control de precios, la calidad y la universalización y, como consecuencia inmediata genera la ausencia de competición en los sectores.

De esta suerte, la estructura de los mercados liberalizados se ve obligada al régimen de intervención pública. Lo que ha sido identificado por Pardo (2009:673) como un modelo de autorregulación regulada, en lo cual el regulador puede pronunciarse sobre las prácticas generadas en el mercado, pero también deberá asumirlas como misión y función pública.

Esas nuevas prácticas servirían para recrear el mercado económico, desde fuera para dentro, es decir, desde la Administración hacia las relaciones privadas.

Usando el camino normativo hacia la reorganización del aparato estatal, la principal vía de acceso a los cambios ha sido construir el bloque de los mercados económicos más imprescindibles a todas las sociedades: el gas, la electricidad y las telecomunicaciones.

Al ejemplo de eso, las políticas sectoriales de estos servicios, no ha surgido hasta los años en que empiezan las privatizaciones en cada sector. Eso ocurre con mucha seguridad con las telecomunicaciones, donde, hasta los años 90, no existía ni en Europa, ni en América, cualquier organización interna y sustancial.

Hubo la necesidad de constituirse una industria fuerte y capaz de enfrentar a los demás competidores americanos y asiáticos, ya que en Estados Unidos y Reino Unido la liberalización de las telecomunicaciones ha tenido inicio en los años ochenta.

El nuevo bloque de privatizaciones llegó a países con potencial de desarrollo aunque, no coexistiera un conjunto de infraestructuras estatales que tornase más atractivos estos mercados. Precisamente en Brasil, la liberalización ha traído como principal reto la necesidad de grandes inversiones en las redes de acceso que deberían estar dispuestas a realizar los operadores entrantes.

Ese coste inicial a ser asumido por los inversores privados y la existencia de externalidades sustanciales como la ausencia de la competencia efectiva han retrasado la implantación del marco regulador brasileño.

Primero porque el método elegido por el gobierno ha sido cumplir etapas de desarrollo a largo plazo y en régimen de exclusividad de un operador por zona territorial, lo que dificultó el despliegue de nuevas tecnologías y incluso la instalación de redes de interconexión.

En segundo lugar, hubo gran dificultad en avanzar en las inversiones, así que las metas de universalidad todavía no están implantadas en todo el espacio geográfico brasileño. El gobierno optó por la formación de fondos públicos necesarios para incentivar a las inversiones privadas, mientras que las redes e infraestructuras siguen pendientes de esta política pública.

Las presiones de los países del centro del capitalismo, y de organismos internacionales, alertaban a través de sucesivos informes de los riesgos de la no apertura de la economía a los inversores internacionales y de la ausencia de estructuras internas suficientemente adaptadas a los nuevos desafíos de la Administración pública para superar la crisis económica de muchos países. Esa realidad estuvo materializada en las dificultades de la Administración pública en adaptarse a los nuevos tiempos de los servicios de interés general.

De esta forma como ejemplo más emblemático está el retraso de la instalación de la competencia, que en caso de Brasil ocurre porque no hubo la adaptación del marco regulador de las telecomunicaciones, y de todos los demás servicios privatizados, a un nuevo régimen de concesión administrativa, más flexible a la entrada de empresarios privados. Precisamente en los Estados comunitarios ese panorama cambió con la

apertura de la red y la posibilidad del acceso e interconexión sin amarras a todos los operadores interesados.

El marco comunitario incorporó el régimen de autorizaciones generales, y, nos recuerda De la Quadra-Salcedo (2009:673) que la normativa reconoce el derecho de los Estados de exigir a las empresas solamente la presentación de una comunicación, pero no la obligación de las autoridades reguladoras en prestar una decisión explícita o otro acto administrativo antes de ejercer los derechos derivados de la autorización. Pero la ley también permite a que las ANR puedan exigir determinados títulos para restringir el derecho de acceso a las empresas que tengan un peso significativo en el mercado.

Esas directrices caracterizan, lo que denominó Escribano, Garcia & Rodriguez (2009: 105) como la presión competitiva, que hace con que la libertad de entrada de nuevos operadores permita que a largo plazo las empresas ofrezcan servicios más eficientes y los máximos beneficios a los usuarios, con la posibilidad de elegir operadores e incluso de la Administración exigir al cumplimiento de mínimas condiciones de calidad de los servicios.

Precisamente sobre la figura de la concesión administrativa, comenta de la Serna (2009:435) que su modelo, tenido para la realidad de los servicios públicos, ha sido obligado a cambiarse porque, en su origen, no supone una privatización, principalmente porque la actividad transferida al sujeto privado mantiene su carácter público, su cumplimiento se desarrolla sujeto al Derecho Administrativo y su función pertenece a la responsabilidad de los poderes públicos.

Al remover los obstáculos para la aparición de un número relevante de operadores la tendencia es la mayor capacidad de los usuarios en elegir servicios, cambiando el ambiente competitivo y la estructura de las prestaciones.

Con carácter general el desempeño de esas actividades que soportan la colaboración de entidades privadas goza de un especial título habilitante, que, en caso de los servicios económico de interés general se caracterizan por función destinada a realizar los fines que el Estado ha asumido en la Constitución. Para Carbonell (2010:57) es fundamental distinguir los tipos de relaciones, unas jurídico-públicas y otras jurídico-privadas que se entabla entre la Administración y la entidad y, la que se suscitará entre la entidad y el ciudadano, respectivamente.

De esta forma, las tareas administrativas necesitan de esa otorga, cuya competencia es siempre del Estado que, además, exija a los entrantes la acreditación necesaria para reunir requisitos técnicos y de especialización exigidos para la realización de esas funciones.

Basado en instrumentos que benefician al entorno competitivo, la Comisión europea³⁹ propone mejorar el marco regulador actual, simplificando el acceso al espectro radioeléctrico⁴⁰ a fin de estimular la inversión en nuevas estructuras, y liberar el potencial económico del espectro. Ese es un ejemplo de la intensión del regulador europeo en avanzar en las formas jurídicas para asegurar un régimen de autorizaciones de ingresos de nuevos entrantes cada vez menos complejo, comprometido con las propuestas de reformas actuales.

El suceso en Chile, Brasil y Argentina con la apertura de los mercados y sobretudo a las inversiones en infraestructuras y nuevas tecnologías operó situaciones muy distintas porque no conseguirán acompañar la marcha de las mudanzas operados en mercados europeo, norte americano y anglo sajónico. En Brasil ha sido contundente para el régimen de las primeras reformas administrativas la influencia de las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional⁴¹ y del Banco Mundial, que llevaran al gobierno a iniciar la liberalización con mucha lentitud, aprovechándose principalmente de las oportunidades de reducción del déficit público y del control de la inflación, con la transferencia de monopolios públicos para adquirir mayor estabilidad económica.

La cuestión fundamental de Brasil⁴², fue la elaboración de una estrategia para desincentivar el ingreso de nuevos operadores, con más competencia para seguir controlando los servicios de telecomunicaciones como se mantuviese una “tarea

³⁹ Conforme la Directiva autorización(2002/20/CE), relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y modificados de acuerdo con propuesta de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de noviembre de 2007, a través del Informe sobre el resultado de la revisión del marco regulador, COM (2007)696final

⁴⁰ De la Quadra-Salcedo (2009:682) advierte que la Comunidad Europea quiere generalizar, en cuanto sea posible, que la utilización del espectro no esté sujeta a fórmulas concesionales que otorguen derechos especiales o exclusivos, sino que se apliquen, al menos a algunas bandas, las técnicas empleadas en la Directiva autorizaciones de 2002 para que baste una autorización general o una licencia individual. Sobre el espectro radioeléctrico véase Escribano Sáez, García & Rodríguez (2009:132-134) y Fernando Pablo (2005)

⁴¹ INTERNATIONAL MONETARY FUND- IMF. (outubro de 1996) Argentina – Select Issue and Statistical Appendix, SM/96/259

⁴² Sobre el proceso político de las liberalizaciones de servicios en Brasil y América Latina, véase Possas, Ponde & Fagundes(1997), Siqueira & Mancini (1993), Dromi (1991)

estatal”, es decir, expresión de la amplia e ilimitada voluntad de manipulación gubernamental. El exceso de apertura podría generar pérdida de la potestad, así que para seguir “ejerciendo la autoridad absoluta” sobre los mercados, la legislación no ha conseguido lograr esas reformas alcanzadas en la estabilidad económica y el progreso tecnológico evidentemente mejorados en otros países. En Argentina⁴³ tampoco se ha llegado a alcanzar sus propósitos en la formación de los mercados liberalizados, con baja competitividad hasta hoy.

Ese cambio también logró conmover a la población, porque en muchos países las empresas públicas son consideradas históricamente símbolos nacionales y ejemplo de soberanía. Asimismo, la liberalización también ha sido objeto de un largo proceso de disputa política entre el gobierno y los partidos políticos de oposición de Brasil.

El partido de los trabajadores que gobierna en Brasil desde 2003 ha sido el mayor crítico de los programas ejecutados en los gobiernos de Itamar Franco (1992-1994) y Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Precisamente la resistencia estuvo contraria en las manifestaciones de grupos sociales contrarios a las privatizaciones a través de actos públicos y peticiones jurídicas presentadas por sindicatos de empleados de las empresas públicas y asociaciones de consumidores en contra del inicio del proceso de liberalización.

En consecuencia, la intransigencia a la creación de los cambios en la estructura de los servicios públicos retrasaron las reformas administrativas y jurídicas, lo que también debilitó la eficacia de las decisiones políticas más firmes, urgentes y necesarias en implantar el marco de las reformas. El gobierno logró alcanzar los objetivos de las privatizaciones después de anuncios publicitarios visando dar a conocer a la población en general los propósitos de las privatizaciones, intentando aclarar el grado de importancia de esas medidas para el país y para la mejora futura de los servicios.

De todos modos es correcto afirmar que la urgencia de los gobiernos en hacer cumplir la nueva regulación de los servicios de interés general transcurrió en un ritmo bastante acelerado, sobre todo para las economías en desarrollo. La globalización de la economía y la universalización de la cultura empresarial, confluyeron a nuevos desarrollos tecnológicos de alcance mundial. Ese ambiente de elementos convergentes

⁴³ Contenidos en el informe International Monetary Fund- Imf. (marzo de 1996) Argentina - Request for Stand – By Arrangement, EBS/96/45. International Monetary Fund- Inf. (octubre de 1996) Argentina - Select Issue and Statistical Appendix, SM/96/259

contribuyó a que, según Muñoz Machado (2000:16), estuviera a punto de estrenarse la verdadera revolución en las telecomunicaciones.

En el caso de Brasil, el proceso de redemocratización del país empezó con la promulgación de la Constitución de 1988, en la cual el ambiente de reformas ya estaba instituido y en marcha. Es decir, el país necesitaba de ajustes en todos los aspectos y, dentre ellos, también se avanzó en las reformas en la regulación económica y administrativa.

Para algunos, como Massoneto (2009:115), en este período, la experiencia de Brasil se asemeja a un “nuevo caballo de Tróia”, donde en un proceso casi caótico, inumeras leys y reglamentos fueran elaborados para convalidar jurídicamente todo el proceso de transformación de los modelos públicos tradicionales.

De la liberalización de los servicios a la propuesta por las nuevas redes abiertas han sido introduzidas, poco a poco, nuevas exigencias para el funcionamiento de los mercados regulados. Por lo tanto, la constitución de los nuevos ambiente regulatorios fue un proceso duradero y amplamente modificable a lo largo de la formación de los marcos jurídicos de cada sector.

La ausencia de un régimen jurídico definitivo para cada servicio económico liberalizado implica que, además de ser a liberalización un hecho jurídico muy reciente, es aplicable a sectores con dimensiones amplias, pendientes todavía de gran desarrollo, por lo tanto, sigue en construcción.

Algunos autores han precisado que debería haber preexistido una encadenamiento más racional de actos en el proceso de privatización para un mejor mercado regulado, para Blommesteine & Marrese (1991), la secuencia de privatizaciones deveria seguir el criterio de magnitud, es decir, primero las estatales menores, en seguida las medianas y, por ultimo las mayores empresas. Tal ordenación permitiría crear un ambiente de tranquilidad y seguridad para la venta de las empresas mayores.

También para Chen (1996), lo ideal sería privatizar inicialmente los sectores de menor poder de mercado y, los más subsidiados, pues así los gobiernos podrían continuar recibiendo dividendos de las empresas rentables y dejaría de asumir el perjuicio de las deficitarias.

Por lo tanto, la mayor contribución de la privatización, para los mercados, es que podría proporcionar el aumento de la eficiencia, con la quiebra de monopolios e inclusión de competencia. A final, esas medidas potenciarían la competitividad y las mudanzas tecnológicas más rápidas, lo que de hecho ha ocurrido con gran dificultad en el sistema de Brasil.

Husain & Sahay (1992) sostienen que el inicio de las privatizaciones deberían empezar por los sectores que más podrían contribuir para el aumento de la competitividad. Si bien los factores que más contribuyeran en la elección del orden de secuencia de empresas a ser privatizadas en Brasil no han llevado en cuenta los factores técnicos y si, predominantemente dominaran los factores políticos.

En Inglaterra y México el inicio ha sido con empresas con menor nivel de monopolio, y de menor importancia económica, mientras que, en Brasil y Argentina, el inicio ha sido por empresas de elevada cota de monopolio y, por lo tanto, mayor importancia económica.

En Brasil, la modestia de un sistema que ha sido abierto de modo muy tardío hizo con que la ejecución de la competencia no llegase a un nivel deseable, incluso porque el panorama de las infraestructuras requería el desarrollo y la ampliación de la cobertura de ese servicio.

En el tema de la preparación de las empresas públicas para las privatizaciones ese tema no ha sido de consenso entre los países que sufrirán privatizaciones. Muchos de ellos realizarán ajustes previos, muy necesarios para movilizar más intereses por parte de los inversores, por eso, muchas empresas públicas recibirán ayudas de capital para sanear sus cuentas con inyección de dinero público.

Aunque muchos países promocionaran tales ajustes, segundo Shafik (1993) el recomendable sería que el gobierno no realizara gastos con la estructuración de empresas porque existe una tendencia a que ellas no son recuperables por los compradores, así que, sería preferible vender a quien pudiera reestructurarlas por sí mismo.

Sin embargo, sería deseable, además de estructurar el mercado regulatorio, obtener mayor renta posible con las privatizaciones, con la reducción de la deuda pública. A largo plazo, la liberalización también intentaba contribuir para la modernización del parque industrial y el conjunto de la economía.

La fijación de los marcos regulatorios, por lo tanto, representarían medidas fundamentales para la organización de los mercados. En el caso de las telecomunicaciones han sido enormemente destacadas las iniciativas de incentivo al despliegue tecnológico, incluso porque el progreso de sus servicios es un *input*, fundamental para casi todas las demás actividades productivas. Según Sanchez & Herguera (2001:156) una de las consecuencias de la liberalización fue también la creación de condiciones de competición para otras actividades liberalizadas.

El panorama de privatizaciones se convirtió rápidamente, como vimos, una sucesión de decisiones administrativas de fondo político, con el objetivo inicial de transferir competencias públicas a cambio de traer más ventajas económicas al Estado. Una operación con objetivos amplios y difusos que culminó con la formación de un mercado poco estable a principio, y que después de muchos cambios regulatorios, sigue necesitando de ajustes después de casi veinte años del inicio de liberalización brasileña.

La lucha contra los monopolios y en defensa de la competencia señalarán la fuerza del nuevo modelo regulatorio que, todavía no es suficiente, siendo necesario promover ese modelo de modo permanente con mecanismos interventores concretos e integrado a la realidad.

La crítica reiterada al ascenso de las administraciones públicas burocráticas más tradicionales, a ejemplo del modelo brasileño y de muchos países europeos, compelen a las reformas, sobre todo para que los mercados fueran tan competitivos como el mercado norteamericano, ejemplo de liberalización en la economía global en expansión de los años 90.

Así, la simplificación de los comportamientos públicos debería estar ajustada al poder de las élites económicas, lo que serviría para favorecer las características intrínsecas de las relaciones industriales más marcantes del siglo XXI.

El modelo centralizado de Administración pública y excesivamente interventora sería eliminado a través de esas reformas que pidieron una nueva regulación estructural y eficiente para ser el apoyo para servir a la libertad económica, a partir de la organización administrativa.

Souviron Morenilla (1999:9) recuerda que en España, la liberalización ha iniciado con el surgimiento de la ley de la ordenación de las telecomunicaciones, de 1987, responsable en adaptar a la legislación a las bases del Derecho comunitario

europeo de modo lento y progresivo, hasta llegar a la ley 12/1997, que trata de la liberalización de las telecomunicaciones, con la creación de la comisión del mercado de telecomunicaciones (Real Decreto 6/1996), todo en obediencia del césped del Libro Verde de las telecomunicaciones, de 1997.

En el caso europeo, las privatizaciones principian con la liberalización de la producción y de la comercialización de los servicios, y culminaron con la eliminación de barreras legales en 1998. La ley permitió la entrada de compañías privadas con libre actuación en todas las redes y servicios.

De todos modos, como ha dicho Varas-Ibañez (2001:135) la liberalización de los servicios de telecomunicaciones no funda el mercado libre a la competencia, solamente impone el régimen de ordenanza para disciplinar a la función pública, con el propósito de zelar por la defensa de la libertad empresarial bajo un régimen jurídico más manejable donde sobresalgan los intereses generales. Ese contexto identifica que, a raíz de la regulación administrativa los fines sociales predominen sobre los objetivos económicos.

Precisamente Ariño & de la Cuétara (1997:36), han sido contundentes en la defensa de la manutención del servicio universal, para eso, serían imprescindibles permitir el derecho de acceso y la calidad estimada por los usuarios, y aseguran que esas han sido la primera y más grande preocupación de la Unión europea, cuando decidió las bases de la liberalización.

En este punto, destaca Rivero (2007:70) las ventajas de las formas jurídico-privadas como instrumento adecuado y idóneo para la prestación de esta especie de servicios, por lo demás señala que cuando prevalezcan reglas privadas, corresponderá existir una sujeción real, y no solamente ficticia, de sumisión a las normas jurídicas, que evite el enmascaramiento de la existencia de una especie de autoregulación, que afinal, no es lo mismo que regulación jurídica.

Las privatizaciones apresuraron métodos de restricción al impacto de los fallos de actuación del Estado sobre la economía en los sectores estratégicos para la población. Sin embargo, ciertas actitudes políticas desvirtuaron los propósitos iniciales y llegaron a alcanzar efectos contrarios a los intereses generales, incrementando los fallos del mercado. Eso ha ocurrido por la ausencia de competencia y sus consecuencias negativas

como la dificultad en reducir precios de servicios y libre elección de operadores por los usuarios.

De hecho, competencia y nuevas tecnologías son los lados de la regulación, en la medida en que simboliza una tendencia muy peculiar a las comunicaciones electrónicas, como fenómeno actual que detalla Fernando Pablo (2009:906), al señalar el ejemplo de los sistemas de acceso inalámbricos (WAS) en los cuales se ha destacado su fácil despliegue, orientado por un entorno de competencia emergente, lo que respresenta, un medio para acelerar la expansión de red de nuevos operadores.

Por eso la real importancia de las privatizaciones de telecomunicaciones también fue permitir la separación de actividades y de infraestructuras de cada sector, introduciendo a partir de allí, la competencia, en la antigua pero acertada expresión de de La Cruz Ferrer (1999:46) es identificada como la re-regulación o pro-competencia de los mercados.

Sus objetivos no significaran la implantación de un régimen político para modificar las finalidades del Estado, pero si para renovar y mejorar el orden del funcionamiento de los mercados de servicios de interés general.

Tan importante cuando romper con el pasado de monopolios naturales en sectores estratégicos como lo de las telecomunicaciones fue superar los términos regulatorios anticuados que generaban "mercados imperfectos".

La principal intranquilidad de los nuevos mercados regulados simboliza la expectación en solucionar los problemas de la regulación de estos servicios, a partir de los ajustes de las prestaciones al cumplimiento de los intereses generales. El punto de partida para el éxito de ese propósito está, en el incentivo a la actividad económica y desarrollo de la tecnología, en que aparecen continuamente nuevas prestaciones, antes inexistentes, y proporcionalmente más baratos.

Por lo tanto, la regulación para la competencia sigue adelante como un utensilio más amplio que un simple conjunto de directrices propicias a integrar, dentro de la organización hierarquica del Estado, estrategias sectoriales. Igualmente representa la actitud proactiva de vigilancia permanente y creíble de la Administración, en favor de los usuarios como también de los operadores dispuestos a competir y a prestar buenos servicios.

Por otra parte, para Dromi (1997:40), privatizar no significó escoger entre el deficiente y el rentable, ya que el Estado no opta por los servicios del interés general, ellos nacen de un concepto socio-político, existen por si mismos, como una responsabilidad real e casi inimaginable fuera de la idea de Estado. Que además, los servicios de interes público, para Muñoz Machado (2009:17) puede que sean acompañados sin la prestación pública directa, pero jamás logra ser considerado inexistente. Las prestaciones privadas y competitivas reclaman por el espacio a ser rellenado por la Administración económica e instrumental.

Los poderes públicos, por la herramienta de la potestad, pueden trasladar poderes pero, no son capaces de eliminarlo por si tratar de un canon de cada especie de servicio. Para Betancor (2010:387), el interés general está en el corazón mismo del mercado, como una institución social y jurídica.

En la expresión no reciente, pero muy actual de Villar Palasí (1953:117) la eficiencia está considerada como el compás y el norte de la actividad administrativa, sin la cual es como se fuera un cuchillo que no corta. Igualmente, de todos los instrumentos necesarios para garantizar la eficiencia en los servicios liberalizados, la competencia es reconocida como la clave que sostiene los efectos positivos de la coordinación administrativa dirigida a la evolución de conductas privadas y al control del poder de los mercados.

Asi que, el compromiso público con la realización de los derechos sociales⁴⁴ sigue con la misma tendencia, aunque las nuevas experiencias legitimadoras hayan cambiado la actitud de los agentes privados.

Vimos entonces que el primado de la eficiencia ha hecho con que la Administración Publica rejuveneciese para adquirir contornos instrumentales con el reto de dirigir la lucha por la reducción de su presencia en las esferas privadas. Aunque todavía siga dominante, hoy todavía se ocupa de eliminar el dirigismo sin control y incentivar mayores ventajas a los grandes grupos económicos.

Como vimos, la separación de actividades y sectores como consecuencia de la construcción del mercado de las telecomunicaciones ha sido el factor más importante

⁴⁴ Giddens(2000:47) ha sugerido una tercera via para el *Welfare state*, pero en el sentido de promover su revitalización, con la flexibilización y la desburocratización de las prestaciones sociales, lo que permitiría la creación de un sistema alejado de la manera centralista y patriarcal de las potestades publicas, posibilitando asi una realacion equivalente entre derechos y deberes.

del nuevo marco regulatório y que refleje positivamente en la estructura de toda la estructura de los mercados liberalizados.

La necesidad de modernización del sistema de telecomunicaciones ha tornado singular e irreversible el proceso liberalizador de todos los mercados mundiales. Ese fenómeno ha permitido el desarrollo de actividades para las cuales el marco regulatorio inicial no estuvo suficientemente apto para regular.

Al modificar toda la estructura misma de los servicios, desde su origen hasta el momento actual, la competencia ha sido el principal y determinante factor de expansión de las redes y accesos de comunicaciones electrónicas. La superación de todas las barreras económicas, tecnológicas y sociales que podrían atestiguar a las futuras redes de nueva generación están estratégicamente vinculadas a las innovaciones introducidas en los recientes cambios regulatórios.

El ejemplo más emblemático de ese esquema se ha manifestado en las nuevas directrices y recomendaciones de las políticas de regulación de la Comunidad Europea, dirigidas a reforzar la competencia y estimular la inversión para facilitar el progreso tecnológico y las exigencias del mercado, y que modifica el llamado “paquete sobre telecomunicaciones”, ratifica la importancia de la reforma regulatória para el desarrollo estratégico de la era de la información.

En primer lugar el prelude de las liberalizaciones proclamaron la apertura de los mercados pero han supuesto una transformación completa y definitiva de toda la estructura del sector. De las disposiciones normativas generales hasta la regulación sectorial, alcanzando servicios, prestaciones, infraestructuras, redes y derechos de los usuarios, ha sido un largo recorrido en el cual, esas consecuencias no serían posibles caso no hubiera existido la intervención de las autoridades de regulación, responsable por neutralizar “la mano invisible del mercado”.

En términos tecnológicos la revolución más radical ha sido, desde el punto de vista de las redes, la expansión de las redes de cables a las de fibras ópticas, y, por intermedio, las redes de cobre. Hasta mediados de los años 2000, las infraestructuras de acceso al bucle local en Brasil era bastante desigual y deficitaria, comprometiendo a los principios de universalización y accesibilidad presentes en los marcos jurídicos de liberalización del sector.

La apertura a la competencia y el proceso de regulación brasileños condujeran a la fuerte concentración del mercado y a pocas inversiones en el sector, donde las infraestructuras fueran heredadas de las inversiones públicas originarias de la era de los servicios públicos. Durante más de una década la concesión para la prestación de servicios de telefonía fija y móvil se ha concedido a un único operador por región. Solamente en el 2006 los contratos de concesión fueran revisados para considerar la introducción de nuevos parámetros de autorización de acceso a operadores entrantes y alternativos.

Y por primera vez se aprobaran medidas que permitan el despliegue de infraestructuras alternativas a aquellas de los operadores dominantes. Tradicionalmente, la prestación de servicios de telefonía básica se mantiene como una especie de oligopolio de servicios.

La interconexión de redes que favorece el acceso a partir de las redes de los antiguos monopolios sucedió en Brasil como en varias partes del mundo, pero, en España, así como en Europa, Carrasco, Jiménez & Mendoza (2005:197), describe ese momento como de la llamada “gran eclosión”, concretizada por la apertura del mercado a pequeños operadores ocurrió en el año de 1998, con la Ley general de Telecomunicaciones de España.

Así que, la estabilidad de los servicios se operó en niveles distintos en cada sector. La telefonía fija siguió pendiente de la expansión de la interconexión para alcanzar el buche local (hasta llegar al domicilio del abonado) mientras tanto, la telefonía móvil e internet, empezaran a demandar por más inversión para asegurar medios a la mejora del acceso, calidad y velocidad de conexión.

La tecnología ADSL atrelada al bucle de cobre ha traído un plus a los servicios, incluso equiparado a la tecnología de cable por fibra óptica. Esa realidad ha favorecido el acceso a los servicios de banda ancha lo que generó innumerables expectativas también en la transmisión a través de fibra óptica, con la cual, los operadores necesitaran incrementar su inversión y, por otro lado, los gobiernos exigían reducción de precios de tarifas ofrecidas, aumentando la competencia en el mercado europeo.

Obviamente, la apertura de la competencia acompañó la transición del mercado para convertirse en el soporte necesario para la oferta de nuevas prestaciones y,

incluso, paquetes de servicios que tendrían innumerables ventajas a los consumidores. Seguían como la principal vía de acceso a nuevas redes. Por lo tanto, la baja densidad y los altos costes de los servicios, sobretodo los de telefonía básica interfiere en el ritmo natural de evolución de calidad y velocidades operados en otros mercados.

La tendencia de desagregación del bucle, con la mejora de la red física, y posibilidad de favorecer ofertas con más ventajas a los consumidores. El gobierno brasileño sigue pendiente de que las directrices para los próximos años sean cumplidas y las inversiones a largo plazo sigan en marcha. Sin embargo, otras tecnologías como el Wares y el Wi-fi, en general operada por tecnología ADSL sigue en un ritmo acelerado de extensión. Asimismo, el acceso de internet y banda ancha no permiten al usuario grandes velocidades de conexión y perfeccionamiento en el alcance a los núcleos urbanos más poblados.

Por eso, el marco regulatório necesita imponer límites mínimos de atendimento de critérios de velocidad⁴⁵ a los consumidores, lo que todavía no está previsto en los procedimientos exigidos a la entidad reguladora.

En Europa, el marco comunitario está pendiente de la mejora de infraestructuras, tanto de acceso de ADSL, como de fibra óptica, cuya extensión está desarrollada con más uniformidad, y la liberalización debe adaptarse⁴⁶ a la evolución tecnológica, el desarrollo del mercado y las modificaciones de las demandas de los usuarios.

Por lo tanto, las redes de nuevas generaciones (NGN) vienen también representadas, como siendo las NGaN, o *next generation acces networks*, es decir, la red de acceso de nueva generación⁴⁷ que hace especial referencia la Directiva 2009/136/CE y COM (2010)253 final, en los que la Comisión europea establece como parámetros futuros el desarrollo de las redes con la cooperación estratégica, coordinación y armonización del uso del espectro radioléctrico en la Unión Europea a

⁴⁵ En ese sentido, la reforma de la normativa 2009, según Laguna de Paz (2010:490) no considera necesario concretar a nivel europeo lo que debe entenderse por velocidad suficiente, que, podrá ser determinado por cada Estado, pues en la práctica lo que dice la Directiva 2009/136/CE es que la velocidad de transmisión de datos que puede mantener una única conexión a la red pública de comunicaciones depende tanto de las capacidades del equipo terminal del abonado, como de la conexión, por eso los Estados, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de los mercados nacionales, deberán adoptar medidas desde que vayan destinadas a minimizar las distorsiones de en el mercado.

⁴⁶ Expresión del COM (2008)572 final. p.2-3

⁴⁷ Referencias de la Consulta Pública por la Comisión del mercado de telecomunicaciones español, a través del Documento de 17 de enero de 2008, "Principios y líneas maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA)", que cita De la Quadra-Salcedo (2009:693-694)

través de la gestión de radiofrecuencias que obedecerán a criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.

En ese sentido, para Fernando Pablo (2009:907), sobre la política de espectro radioeléctrico actual afirma ser resultado de la tecnología, pues representa el camino que permitió replantear la gestión del espectro y poner a disposición de nuevas tecnologías espectro en el que proveer las demandas de movilidad, ubicuidad y ancho de banda.

Mientras tanto, las resoluciones futuras del sector en Brasil responden por los mismos principios tecnológicos pero se recienten de medidas jurídicas y administrativas impulsadoras de relevantes cambios para las redes informáticas. Lo que demuestran que los parámetros concretos para generar la política de desarrollo técnico y económico. Aún siga muy asemejados, traen providencias muy distintas entre las legislaciones.

También ha generado como consecuencia la seguimiento y especialización de los servicios privatizados, con prioridad en criterios de protección de la calidad y de la eficacia como método de descripción de los objetivos a ser alcanzados por la aplicación de la regulación a cada sector.

Concluimos que otro factor impactante fue la pérdida de la capacidad pública con la reducción del poder discrecional capaz de generar prestaciones o cambios de rumbos. La nueva regulación también somete a la Administración a la forma determinada de las prestaciones. La evolución tecnológica también ha cambiado las estructuras de los mercados hasta el punto de normatizar aspectos de los más amplios.

Esa llamada “simplificación administrativa”⁴⁸, ha conferido más agilidad y seguridad a la estructura orgánica del Estado, con menos burocracia y más rapidez, en sus decisiones irrenunciables de la Administración pública.

En esa proporción, la incapacidad estatal histórica en sostener con inversiones los desequilibrios tecnológicos y de eficiencia en los servicios prestados directamente por los servicios públicos ha sido superada.

Aunque la adopción de normas de derecho privado dentro de la estructura administrativo no sea algo reciente, la transición del principio de la subsidiariedad⁴⁹ al

⁴⁸ Expresión de Martín-Retortillo (1998:8)

de la solidaridad permitió un sistema de garantías más acorde con los objetivos de universalidad y eficiencia de las prestaciones publicas.

El modo de existir de los mercados pós liberalización refleja el resultado evolutivo de su adaptación en la cual se ha sometido la Administración Pública, rumbo a la nueva orden mundial, es decir, el nuevo modelo ideal de Estado.

La sumisión a un régimen jurídico más flexible y tolerante con otras formas de gestión menos rígidas ha permitido una aproximación mayor de la Administración a la ciudadanía, aunque los servicios han dejado de realizarse directamente por las empresas publicas.

En ese punto, nos alerta Schimch-Abmann (2006:18), que esa internacionalización de regímenes privados ha favorecido a que los espacios administrativos si tornen permeables, es decir, ampliados a otras posibilidades de actuación administrativa, a la vez que os desvincula progresivamente de los mecanismos de dirección y de control dirigidos solamente a sus estructuras internas.

Todavía, la ausencia de competición, o cuando esta no alcanza sus límites mínimos exigidos, sacrifica la calidad y el perfeccionamiento de los servicios. Asimismo se instaura un punto de tensión, que es permanente, mientras la mejor regulación no alcanza a los mercados.

En este sentido, no es el mercado el único referente en el conjunto de mecanismos de incentivo a la libre competición. Hay un componente administrativo imprescindible para que estos servicios lleguen a la óptima competición.

Esa dependencia de la regulación a los mercados se expresa también en sentido invertido cuando el nivel de competición igualmente depende de la eminencia de la regulación y no solamente de las iniciativas privadas, que, jamás actuarían de modo espontaneo cuando se trata de intereses generales.

Con el mercado como único referente, hemos visto surgir la “retirada del Estado”⁴⁹, como un fenómeno poco sistematizado, incluso porque las privatizaciones no caminaran precedidas por la liberalización de los sectores implicados, y si lo contrario.

⁴⁹ Para Ortiz Dias (2000:86), el principio de la subsidiariedad surge para satisfacer una función asemejada con la que cumple el principio de la división de los poderes del Estado, contrapeso, freno y equilibrio en la dinámica de la no intervención publica. Lo que implica decir que la manifestación del Estado no debe suplantar indebidamente las iniciativas social y privada.

⁵⁰ Expresión utilizada por Strange (2003)

Incluso porque la titularidad de las empresas publicas les conferían privilegios ilimitados y monopolios irreversibles.

Compite al Estado redescubrir su papel frente a los episodios económicos de interés general, luego, para Fernandez-Valmayor (2003:599), no podemos prescindir de la idea de que los servicios públicos, son un modelo de referencia, en la perspectiva en que siguen siendo, una técnica de intervención administrativa.

Destarte, las instituciones cambian, solamente, los principios inherentes al conjunto de la sociedad permanece, y además no son retirados del eje de las necesidades básicas de los ciudadanos y, es por eso que contienen en si mismos cierto carácter inquebrantable y asi pueden trasciender en el tiempo.

Sin embargo, paradójicamente los escándalos financieros que fueron incitados en los últimos años y tenían su vértice más reciente en la crisis financiera de 2008, son coincidentes al periodo después de la liberalización de los mercados. Igualmente atingirán a las compañías vinculadas con los sectores privatizados, como lo de energía, telecomunicaciones y de valores, y que, en su gran mayoría de ellas son de empresas de capital abierto, con participación activa en el mercado de capitales.

A pesar de persistieren las responsabilidades públicas, aunque con énfasis en la gestión indirecta de los servicios, las privatizationes exigirán un incremento en la política de intervención pública. Sin embargo, el Estado confió exageradamente en la capacidad de los mercados, lo que resultó para Betancor (2002:69) en “fallos regulatorios” en razón, según Stiglitz (2002) de una “liberalización excesiva”, que han sedimentado la idea de autoregulación de los mercados como alternativa a la falta de capacidad administrativa para controlarlo.

Lo que es prioritario en la fase actual de los mercados es superar la etapa inicial de inclusión de la competición para permitir el ajuste definitivo de los objetivos de los intereses generales a la realidad tecnológica. Además, de la sociedad, los operadores y las instituciones puedan llegar a un equilibrio necesario entre liberalización y regulación.

Con la victoria del liberalismo, los casi veinte años después del principio del fenómeno privatizador se caracteriza por las nuevas tecnologías, como el motor de desarrollo de las telecomunicaciones y, como afirma Lada Diaz (2006:133) la regulación de las comunicaciones electrónicas se presentan en una encrucijada, donde

su evolución definitiva ocurrirá cuando el proceso de transición se complete hacia la competencia efectiva. Donde además prevalezca un nivel de desarrollo equilibrado entre el mercado y una regulación económica eficiente, que sobrelleve la obtención de un grado real de control para el funcionamiento de los servicios.

El llamado por Salomao Filho (2001:20) como “desafío regulatorio” condiciona la ruptura con el liderazgo de los grandes mercados concentrados. En sectores como lo de la infraestructuras de telecomunicaciones, con históricas imperfecciones estructurales, los nuevos instrumentos de regulación deben ser capaces de contribuir a las mudanzas económicas y tecnológicas, acrecentando más control en la gradación de la función reguladora sobre los mercados, pero en niveles coherentes con los nuevos tiempos y futuras inversiones.

Por consiguiente, el rescate de la presencia estatal sobre los mercados, pensamiento de cierto modo ignorado después de la fase inicial de privatizaciones, vuelve con fuerza total en la actualidad.

Así como para González Rivas (1997:47) la regulación persigue la eficacia, para Tornos Más (2000:1329), también exige una posición de neutralidad, puesto que, en la sociedad pos privatización la intervención no puede emanar de la discrecionalidad pública.

La naturaleza abierta de la sociedad actual, permite el surgimiento de nuevos servicios económicos de interés general, algo poco probable en la estructura de los servicios públicos, donde, las necesidades sociales eran definidas y limitadas. Por otro lado, la dinámica de las relaciones económicas son responsables por la permanente transformación tecnológica, cultural y política de estos intereses sociales, así que el modo de gestión empleado para cada sector posibilitará medios para su efectivo progreso, en lo cual la Administración pública seguirá desempeñando una función cotidiana, fundamental, matriz, duradera y permanente⁵¹.

⁵¹ Expresiones utilizadas por Gasca Hernández (1953:34)

II.2 Nuevas cuestiones sobre la regulación económica de las comunicaciones electrónicas

La estructura regulatoria actual de las comunicaciones electrónicas es resultado de la revolución tecnológica y del largo proceso de evolución de las liberalizaciones del sector, que permitió la introducción de nuevas figuras contractuales que auguran una nueva era, con relaciones rejuvenecidas entre los usuarios, reguladores y operadores de servicios. Ese recorrido transformador empieza en las últimas décadas del siglo XIX, a través de la regulación económica de la industria de ferrocarriles americanos, y atinge a las telecomunicaciones cuando se formaliza la creación del FCC (Federal Communications Commission), el año 1934, en Estados Unidos.

Las instrumentalización del poder de coacción de la Administración del Estado determinaron en gran medida los objetivos de las decisiones frente a los mercados. En mayor o menor intensidad, la intervención regulatoria siempre ha dirigido las libres decisiones de los agentes económicos en las telecomunicaciones. Por lo tanto, el Derecho Administrativo jamás ha sido neutral en relación al funcionamiento, a la financiación o al desarrollo de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Muchas veces, la actuación de los agentes económicos estuvo condicionada a la determinación de las políticas de precios de las prestaciones, pero también ha condicionado a la formación de grandes monopolios estatales e incertidumbres tecnológicas. Pero, de todas formas, y en todas sus fases, siempre ha existido la presencia pública en el mercado de las telecomunicaciones, privatizado o no.

La justificación de su existencia, hoy por hoy, se encuentra vinculada a las prestaciones privadas además de ser así por la imposición de obligaciones reglamentarias, a veces con mayor o con menor intensidad en cada país o momento histórico. En cuanto a los contactos básicos celebrados entre operadoras y Administraciones públicas los avances tecnológicos han obligado su desconcentración en varias especies destinadas a regular a través de normativa específica sobre: acuerdos de interconexión, contratos de acceso especial a la red, arrendamiento de circuitos, acceso indirecto al bucle del abonado, para compartir infraestructuras⁵², dentre otros.

⁵² En ese sentido, véase Mendoza Lomana (2005)

Por lo tanto, la regulación cumple con la recomendación de concretizar la liberalización a través de elementos contractuales de raíces privadas, lo que siempre constituyó un elemento intrínseco a las comunicaciones electrónicas. Eso porque forman parte de la estructura de las prestaciones, independientemente del modelo de gestión elegido. Esa realidad no solamente ha favorecido al desarrollo de los objetivos económicos, pero también su importancia social.

Cumplida la etapa inicial de liberalización de los noventa, la gran novedad tras la adopción de un enfoque regulatório destinado a la integración de la competencia los mercados, el momento actual predica a la fuerza de los agentes regulatórios para evitar interferencias perjudiciales además del uso compartido de radiofrecuencias, con el efectivo cumplimiento de objetivos muy claros, la separación funcional⁵³ y la neutralidad tecnológica (el uso democrático y igualitário del espectro) como medidas correctivas principalmente necesarias en aquellos mercados donde la competitividad efectiva no haya llegado.

La marca de las comunicaciones electrónicas en la próxima década será ajustar la marcha del desarrollo tecnológico a las nuevas inversiones. En ese sentido, afirma que la principal cuestión a ser superada será que los incumbientes, estén en condiciones de establecer y explotar las llamadas redes de nueva generación y las redes troncales en condiciones regulatorias a que sus inversiones sean distintas a las que estuvieran sometidas las redes histórica.

Si bien han sido cuando el suministro de redes de comunicaciones electrónicas estuvo más pendiente del cumplimiento de las finalidades de bienestar social que mejor ha evolucionado, tanto en el sentido económico como social y tecnológico. Es decir, la introducción de la competencia y el aumento de ofertas incentivan a la inversión a la vez que dedican la población el mayor número de operadores, precios más bajos y calidad con eficiencia.

⁵³ Véase Salterain (2008:45). En el caso de la separación funcional la Recomendación de la Comisión, de 20 de septiembre de 2010 [(2010/572/UE), establece que las ANR deberían analizar se la separación funcional u otras formas de separación se hubieran revelado eficaces para garantizar la equivalencia de acceso y que deberán vigilar los comportamientos del operador con peso significativo en el mercado en relación a los precios. Tratase de medida de incentivo y estímulo a la competencia, y entrada de nuevos inversores, razón por la que la regulación de Brasil, en el Plan General de actualización de las telecomunicaciones de Brasil (Resolución 516, de 30/09/2008) también habla de la necesidad de incremento del número de operadores, sobretodo en las posibilidades de acceso en la banda ancha, como uno de los principios orientadores de la actuación de la agencia reguladora brasileña.

La tendencia de superación de los modelos de monopolios naturales simboliza la característica del Derecho administrativo de no permanecer neutral delante de las nuevas cuestiones que marcan el signo de nuevos tiempos y propósitos para los servicios de interés general. En cuanto a la regulación, esa tiene acompañado la evolución de las telecomunicaciones en el mundo. La prueba es que la teoría económica, sirvió en primer lugar para forjar criterios jurídicos que asegurasen un precio justo, y después la competencia perfecta a las telecomunicaciones.

Huyendo de obstáculos legales a la limitación de la competencia y culminando un proceso de quiebra de monopolios naturales,⁵⁴ o privilegios públicos históricos, en los años 90, las telecomunicaciones quedaran como un mercado liberalizado en redes, servicios en la mayoría de los países que todavía seguían la tradición de los servicios públicos.

En la mayoría de los países de la Unión Europea y de América del Sur el proceso preparatorio de introducción de la competencia alcanzó su ápice después de diez años del inicio de las privatizaciones. Como consecuencia de esa realidad, ilustra Feijó, Gómez & Rojo (2006:89) que las normas que regulaban el nuevo entorno intentaban dirigir, de modo metódico, con control impuesto *ex-ante*, el desarrollo de la competencia.

La economía para el bienestar ciudadano se refleja como un punto de inflexión en ese proceso de transformación paulatina. En cuanto objeto de garantías sociales, los servicios de telecomunicaciones han estado pendientes de la evolución del Derecho Público para no sucumbieren a la idea de representar un instrumento para atender a las expectativas económicas. Luego, cuanto a la naturaleza del Derecho Administrativo, afirma González García (2004:11), que él siempre ha estado en el centro de las consecuencias jurídicas de la globalización.

Las Administraciones públicas se debilitan cuando la capacidad de decisión sobre los asuntos internos decrecen, y, en el mismo paso, sucede el aumento de poder de los mercados. Esa situación ha sido muy común en gran parte del siglo XX, sobretudo en las economías poco desarrolladas.

⁵⁴ En Lasheras (1999:32) está un concepto que sirve para identificar que el monopolio natural identifica una condición de que resulta más barato prestar el servicio por una sola empresa que a través del régimen de la competencia y, es así denominado cuando por cuestiones de tecnología se impone una función de costes en la cual resulta más caro producir la cantidad de un determinado bien o servicio por dos o más empresas que por una sola.

En ese sentido las influencias de los agentes externos, sobretodo inversores internacionales, instigan a que los gobiernos moderen decisiones políticas que implican la inclusión de barreras a la amplia libertad económica, lo que induce a la regulación blanda y sin control. Esa constante amenaza exigió, y sigue forjando, los comportamientos administrativos de las autoridades de regulación en las telecomunicaciones. Es evidente que el funcionamiento administrativo es dinámico porque necesita adaptarse constantemente a las circunstancias del mercado para no feneceer delante de las preeminencias individuales ofrecidas por la economía a los inversores privados.

Sin embargo, la desvinculación de los intereses generales a la regulación y a los retos a ser alcanzados por las acciones públicas futuras conlleva a un estado de permanente crisis de autoridad con pérdida de la capacidad pública en conducir la funcionalidad y el progreso social de los servicios.

La prosperidad económica y el progreso tecnológico de las telecomunicaciones no se ven siempre deshabilitados por las mejoras de la regulación. Igualmente, lo justo y equilibrado ejercicio de la potestad no siempre auspicia buenos resultados económicos y sociales. Pero, de hecho, es innegable que la regulación contribuye a la mejora del control de externalidades que vulneran la eficiencia y el progreso de las redes, accesos e infraestructuras.

Sin embargo, tampoco el éxito económico es totalmente dependiente de la regulación, porque el ambiente de los mercados productivos es dinámico y también sufre influencias diversas. En esa medida, Prasad, Eswar & Rajan (2007:16-17), aclaran sobre los problemas que pueden afectar a la escasez de capital en los países, y que afloran en circunstancias como, la ausencia de infraestructuras eficientes, mano de obra no calificada, corrupción y una tendencia a suspensión de los pagos de la deuda externa de los países, entre otros, lo que conlleva a creer en una tendencia a la reducción en el rendimiento de las inversiones.

Ese fenómeno implica en el reconocimiento de los riesgos que corren a cargo de los empresarios y que generan pérdidas económicas, tecnológicas y sociales a los mercados de interés general, y igualmente con consecuencias jurídicas para los servicios de comunicaciones electrónicas. Eso significa uno de los principales porqués del capital no fluye con más facilidad y en la misma proporción a los incentivos públicos en las nuevas inversiones en el sector.

Precisamente a las autoridades regulatorias se plantean como reto favorecer a actividades administrativas que incentiven la inversión eficiente y a la innovación en infraestructuras (nuevas y mejoradas, de cables y de fibra óptica), teniendo en cuenta los riesgos que corren todos los operadores privados.

El momento actual de las comunicaciones electrónicas es de expectación porque combina los altos costes por nuevas inversiones y la contracción de los mercados por el menor número de demandas en la telefonía fija. Asociada a eso está el duradero proceso de recesión global enfrentado en nuestros días e iniciado en el 2008.

De esta influencia histórica, más directa y perjudicial, algunas Administraciones aún no se han recuperado. El ritmo descontrolado del crecimiento económico de la última década también enfraqueció los comportamientos públicos eficaces motivando la formación de reguladores más vulnerables políticamente. Como consecuencia, los mercados pierden en competencia y, las economías mundiales se someten con más lasitud a los efectos externos que conllevan a crisis.

Por otro lado, muchos países, más dependientes de los movimientos de los mercados internacionales y de inversores externos son duplamente atacados por los efectos tóxicos de los ciclos recesivos. Es decir, por un lado, arrastran sus servicios a la incertidumbre de la entrada de nuevos inversores y, por otro, se rinden a las resistencias de los operadores dominantes en el ritmo progresivo y creciente.

No parece viable en última instancia, con raras excepciones, las posibilidades de éxito social cuando ocurre la materialización de nuevas prácticas económicas que exijan recortes en las políticas de desarrollo de los objetivos centrales de las actividades de interés general. Sin que la Administración pública, desde su interior, reanude su pérdida de legitimidad la ampliación de su capacidad de regulación y control se presenta como una realidad inviable frente a los servicios.

La inestabilidad prestacional también apunta hacia la ausencia de instrumentos públicos eficaces, aptos y disponibles capaces de generar mejoras tecnológicas. La amplitud de tareas públicas, exige conocimiento técnico y política estratégica que facilite el análisis de los mercados. La calidad de los servicios prestados no es un dogma, es un reto conducido por iniciativas emblemáticas y eficientes, basada en el conocimiento del funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas.

La énfasis a ese nuevo modelo de regulación también simboliza y introduce la idea de desregulación, que para la Cuétara (1997:103) consiste en el sinonimo de re-regulación, es decir, el apareamiento de un conjunto normativo más simples, operativo y funcional en la Administración pública, y que sirva para legislar sobre la gestión de los servicios de interés general, con la titularidad de empresas privadas.

Este conflicto advenía de la ausencia de criterios lógico-formales en la identificación de los objetivos de la implantación de la libertad económica, a través de la libre competencia. Así que muchas empresas públicas no fueran privatizadas, mientras que la población se veía sorprendida por la discrepancia de que muchas empresas públicas seguían el mismo régimen jurídico anterior, sin cambios⁵⁵.

La capacidad de adaptación del Estado a las nuevas circunstancias económicas también ha puesto en crisis el propio modelo del Estado de bienestar, con el agotamiento de recurso tecnológicos y de gestión para satisfacer muchas de las expectativas sociales que seguían a cargo del poder público.

Para que las empresas públicas y los servicios públicos sirvisen a los intereses económicos muchas de sus tareas han desaparecido por completo y otras se convirtieran en otros servicios, con características distintas, en razón de su nuevo régimen jurídico, hasta ocurrir lo que ha descrito de la Cuétera (2000:75), como la fijación de una línea muy fina que separa una intervención liberalizadora de la intervención dirigista.

La planificación administrativa concede paso a la descentralización de los sectores públicos. Estos movimientos brotarán gracias a la tendencia de combinación de los distintos niveles de regulación. De este modo, la naturaleza excepcional de la regulación pública tradicional permitió la formación de otra regulación, más amplia y específicamente dirigida a cada sector.

⁵⁵ En Brasil, la fase de privatizaciones alcanzó los servicios de telecomunicaciones, de electricidad, y culminó con la venta de empresas públicas de mineración y siderurgia, como por ejemplo la Compañía Vale do Rio Doce S.A., transformada después de su privatización en una de las mayores productoras de minerio de hierro del mundo. Lo mismo no ha sucedido con la empresa del ramo de explotación y comercialización de petróleo y combustibles llamada PETROBRAS S.A, que sigue con el mismo régimen jurídico anterior, es decir, sigue como empresa pública y es en la actualidad la mayor petrolífera de toda América Latina.

Esa especialización sustituye el reglamento público anterior, generando una paradoja con la desregulación, como siendo un proceso de construcción del nuevo mercado, originado de la desintegración de las bases del Derecho público tradicional⁵⁶.

Sin embargo, ganó destaque la discusión sobre lo cuanto el Estado debería ser disminuido para cumplir sus funciones esenciales, y hoy por hoy sigue la controversia en el entorno de la determinación de cual es el tamaño ideal del Estado.

La transformación del perfil de los servicios públicos de telecomunicaciones no solamente significaran la ruptura radical del modelo del Estado con las actividades económicas desarrolladas por los gobiernos, como también hizo posible la inserción de nuevas categorías de servicios en las denominadas actividades reglamentadas, destinadas a hacer cumplir intereses públicos.

Por lo tanto, la descomposición de las viejas infraestructuras públicas nada más es que la transcendencia social de muchas de estas actividades que estaban condicionadas al retraso tecnológico por prestaciones públicas insuficientes y ahora se mantienen con base en la competitividad de entes privados.

Así, la libre prestación de estos servicios no es absoluta pues, solamente podrá ser eliminada cuando y donde un régimen jurídico propio la someta y se interponga a los intereses generales. La nueva modalidad de intervención pública preserva la proporcionalidad y la transparencia como regla general de los comportamientos públicos.

Sobre las libertades empresarias, esta se reduce a una dimensión autónoma y genérica de otras libertades, ya que pertenecen al núcleo central del Estado constitucional y democrático, y determinan las direcciones de la Administración Pública sobre los rumbos de la economía.

En este sentido, bajo la perspectiva de que el funcionamiento de las actividades económicas de interés general también son dependientes, y necesitan de la presencia pública, restaría identificar lo que más califica estos servicios, si el modelo de prestaciones públicas o su naturaleza intrínseca de actividades económicas.

⁵⁶ Para Kay & Vickers (1990:23), la nueva regulación sería simplemente la sustitución de la regulación anterior por la nueva reforma regulatoria de los últimos años.

Es sabido que el nuevo modelo de intervención simplificadora fue implantado para reducir la presencia pública pero también las deficiencias económicas en el conjunto de las actividades del Estado. La elaboración de estructuras administrativas menos burocráticas podría proporcionar mayor agilidad técnica a los servicios y mejor respuesta social a las necesidades públicas.

Por lo tanto, estructurar el mercado regulado ha exigido un refuerzo en las autonomías públicas, y en las potestades de la Administración. Esa reacción permitió que a la luz de los nuevos reglamentos, proviniesen nuevos órganos administrativos, denominados organismos independientes de regulación. En algunos ordenamientos se llaman comisiones de regulación y en otros, agencias reguladoras.

Su importancia central reside en la permanencia de la autoridad pública en los mercados, lo que es legítimo para elaborar medidas jurídicas y administrativas, aptas para conferir mayor fluidez a ciertas actividades, sin la pérdida de los objetivos sociales a ser alcanzados por la totalidad de las actividades económicas.

Para Parejo Alfonso (2004:30), dada su complejidad, y en el sentido de intentar mantener y preservar calidades públicas, el mercado necesita ser regulado, para mejorar su dinámica competitiva y imponer menos riesgos para la economía en general.

Pero, para eso, antes de todo, es necesario al Estado conocer las dimensiones de cada sector. Estar presente en las relaciones económicas posibilita a las Administraciones la elaboración adecuada de soluciones a cada categoría de servicios y, más próximas a las necesidades de cada sector.

De allí que, son los mercados liberalizados quienes deben estar adaptados a las nuevas realidades de las telecomunicaciones, y no el contrario. Eso es, no cabe dudas de que la necesidad del Estado interponerse por la vía de la regulación deberá llegar a las acciones positivas de los entes reguladores, pero dentro de los límites proporcionales.

Es decir, la instrumentalidad de las Administraciones públicas es la esencia vital de los mercados regulados. La efectividad de las prestaciones y, incluso la preservación de las propias competencias públicas dependen de los mecanismos públicos utilizados para acompañar la realización de cada prestación.

Así, superadas algunas dudas en el entorno del funcionamiento de las prácticas capitalistas en las prestaciones de interés social, si puede demostrar que, para la permanencia y estabilidad de estos servicios es estrictamente relevante la firmeza de los elementos formales y materiales contenidos en las bases de cada regulación. También es cierto que, la mejor regulación es infecunda cuando no existe el refuerzo en la confianza en las Administraciones públicas, tanto de parte de los usuarios como de los empresarios.

Para Menéndez (2004:38) hubo un innegable ajuste entre los mercados y el interés colectivo en cada prestación liberalizada. La pérdida de la unidad reguladora de los servicios de interés general ha tornado imposible la adopción de una única clasificación, uniforme, definitiva y simplificada para todo el conjunto de servicios liberalizados.

Fue fundamental, como vimos, la creación de un régimen jurídico propio para cada una de estas categorías. A principio lo que los unía era el hecho de estaren destinadas a los mismos intereses sociales generales y que, además, pertenezcan a la categoría de actividades económicas.

Más allá de los criterios políticos que promocionaran su liberalización, cada sector necesitó cumplir sus propios objetivos estratégicos específicos, donde el funcionamiento de cada sector no es lo mismo.

En muchos servicios la introducción de la libre competición ha sido más costosa, ese no ha sido el caso de las telecomunicaciones. Asociado a eso, los factores tecnológicos y su dinámica evolutiva también han determinado otro ritmo a cada sector.

En todo caso, esas especificidades no les retiran cierta unidad como categoría destinada a la sociedad en general. Esa naturaleza general, también os posibilita a adquiriren características distintas, de acuerdo con cada modalidad de servicio. Con entorno y estructuras propias, pero que los hacen necesitar, muchas veces, del uso de criterios legales individualizados para la regulación ser la más eficaz y correcta.

La ausencia del Estado también es fruto de la inoperancia de los entes estatales. La tolerancia a la autoregulación de los mercados genera una especie de sociedad fragmentada, donde la inercia de la Administración contribuye a la supremacía de otros

intereses, distintos y particulares en el momento de toma de decisiones que debería ser capaz de favorecer, en primer lugar, las políticas del bienestar ciudadano.

Y, en esa atmósfera conflictiva, la presencia de la regulación económica⁵⁷ aproxima la sociedad de los mercados, y la economía de las políticas públicas. Cuando la regulación cumple sus propósitos públicos, la protección de los derechos sociales prevalecen tanto cuanto la eficiencia de los sectores privados, responsables por la ejecución de los servicios de interés general.

La apatía reguladora⁵⁸, promueve, en la extensión de la economía, una profunda inseguridad jurídica e intranquilidad social, por otro lado, la presencia proporcional y responsable del Estado favorece la actitud administrativa como una experiencia positiva y que permita el estímulo a la orientación de la mejora de la estructura legal, con más garantía a las libertades privadas y a la competencia.

Por lo tanto, parece pertinente llegarnos a la misma conclusión que ha llegado Pardo (2009:392), de que estamos en la época del Estado regulador, pero que, además, no le exige de seguir como siendo un Estado de servicio.

La sociedad parece intentar seguir esperando identificar las prestaciones públicas con los modelos de Estado pre-determinados, que son en realidad estereotipos construidos históricamente y, en su mayoría, en el seno del capitalismo global. Pero, hoy por hoy ya no sirven para inscribir las funciones públicas como pertenecientes a una sola dirección o un solo modelo de regulación.

También es correcto reconocer que el papel del Estado empresario no ha sido abandonado, por lo del regulador. Tampoco se puede afirmar que solamente con la liberalización de los mercados de interés general el mundo conoció a las técnicas de autoregulación, como acciones sociales autónomas y complementarias a la ausencia de regulación. Así, la función reguladora jamás fue renunciada por el Estado. Con mayor o menor intensidad ha minorado sus efectos, lo que no torna, tampoco la autoregulación de los mercados, un fenómeno tan reciente.

⁵⁷ De La Cruz Ferrer (2002:313), usando el ejemplo de la regulación económica europea, advierte que, para que cada país pueda afrontar, desde una perspectiva más amplia, una reflexión sobre cuál es el modelo político y administrativo ideal lo más adecuado es entender que cada uno de ellos pertenece a una realidad concreta e individual.

⁵⁸ Muñoz Machado (2009:16) indica que el mercado no ha estado siempre regulado, y por lo tanto, no se ha sometido a criterios de mantenimiento de la legislación para disciplinar la competencia, así que, el siglo XX estará marcado, en definitiva, por el cambio en la relación entre el Estado y la economía.

Contudo, esta rehabilitación de posiciones, con la regulación de los mercados liberalizados, ha tornado obligatoria la rectificación del liderazgo de las Administraciones públicas. Consecuentemente, ese nuevo modelo de intervención pública no se presenta como el único, pero sí como el más eficaz, para eliminar conductas poco competitivas entre operadores privados, en la búsqueda de nuevos objetivos sociales de cada modalidad de prestación.

En resumen, en el tiempo en que nos toca vivir, la ruptura del régimen público administrativo tradicional se adjudica varias justificativas que siguen en la misma dirección. Es decir, la intervención es necesaria y el control público por la regulación debe ser obligatorio, para el bienestar de los mercados y de la sociedad.

El problema central del dominio y control de informaciones por parte de las empresas privadas y el comando de la tecnología induce a la competencia imperfecta ya citada por muchos autores.

Entre los operadores existe una tendencia natural de imponer sus propias reglas de conductas, esencialmente individualista y fragmentada, sobretodo en sectores más concentrados.

Por otro lado, el avance en las técnicas de regulación, con la firmeza del Estado, estimula a la orientación de los mercados económicos, y puede que sea la representación ideal de la principal función de las Administraciones públicas en la actualidad.

Al Derecho administrativo restará ajustarse a la función de controlador de los mercados, titular del poder de vigilancia y a los que debe someterse a sí mismo, a las prácticas empresariales en vigor, firmados por los pactos entre las operadoras y el Estado. Eso permitirá garantizar que el ejercicio del poder de las ANR no se sobrepase, en los métodos y en la eficacia de los servicios de comunicaciones electrónicas.

En las bases jurídicas de la nueva economía, está marcado el inequívoco imperio de los operadores privados, por lo tanto la regulación aparece como el principal compromiso de servir de vínculo de resistencia para actuar entre las empresas privadas y los consumidores. En el entorno de la decisión regulatoria existe un legado fundamental, que es la defensa de los intereses para los cuales este mercado ha sido creado.

Las Administraciones públicas, por lo tanto, se ocupan de tornar posible el mecanismo subsidiario de los mercados, mantenerlos en vigor, para que puedan actuar para la supervivencia de las prestaciones universales y en favor de los ciudadanos.

La regulación óptima solo es posible a través de la intervención pública proporcional⁵⁹, y ajustada al entorno de la competencia. Pero, esa aparente dualidad, entre Estado y mercado ha generado flagrantes malentendidos, incluso en razón de la propuesta ideal de las Administraciones hacia las demandas sociales, o sea, la acción positiva e interventora.

Buchanan (1980:215) sigue actual cuando nos afirma que el “Estado Leviatan” es la realidad de nuestra época. Eso porque, las restricciones al exceso de intervención del Estado, que funcionaran durante siglos parecen haber fallado. Estos efectos, de cierto modo, han sido minorados con la regulación económica, pero, prevalece una constante amenaza a la sobrevivencia de los servicios universales a través de la presencia pública que se impone como un poder que puede limitar la expansión de los mercados.

Todavía ya se reconoce la ausencia de medios estatales para, por sí mismo, generar competencia, a la vez que regula y controla los mercados. Las liberalizaciones hicieron surgir otros requisitos hábiles para exigir al poder público ciertos límites de actuación frente a las relaciones privadas, mientras que siguen firmes las responsabilidades estatales para tornaren estos servicios accesibles.

Tales criterios son límites impuestos al propio interés de la industria regulada. A largo plazo, sus efectos tiene impacto en la ciudadanía, en la hipótesis de que lo gobiernos muevan la regulación para someter la mayor parte de la economía al control estatal.

Una especie de reserva de poder de los entes regulados marca la diferencia entre las acciones que nacen del Estado regulador. Primero crear condiciones económicas favorables a las libertades y, en segundo lugar, conferir a la regulación una especie de modo de ajuste estándar de los mercados.

En resumen, para de la Cuétara (1997:88) el control público solamente se justifica, en razón de la transcendencia social de la actividad sobre la cual puede aplicarse. Su

⁵⁹ Para Carlón Ruiz (2007:54), la importancia de este principio es radical, cuando el Estado no cree distorsiones desnecesaria para hacer cumplir la misión del intereses general, por eso son imprescindibles que no se deba restringir la libre competición ni tampoco las libertades del mercado.

origen marca la expresión de la Administración intentar armonizar normas y conductas aplicables a las relaciones privadas, con la implantación de parámetros empresariales de contenido orgánico y dinámico.

Por lo tanto, el marco de la competencia puede ser cambiado pero el compromiso público con el funcionamiento de los mercados regulados no, y además, la regulación está más allá que la simple fijación del marco para esta competencia.

En este caso, en la jerarquía administrativa fue posible que, desde el punto de vista del interés público, la confianza de la ciudadanía en las telecomunicaciones haya sido completamente renovada en razón del movimiento inagotable de especialización de la regulación en el entorno de estos sectores liberalizados. Ese es un fenómeno del tiempo que nos toca vivir, con efectos marcantes y duraderos.

En el caso de Brasil, existe un inagotable número de normas sobrepuestas pero que no significa una mejor regulación en el marco de las telecomunicaciones. Las consecuencias son el crecimiento de la producción legislativa y el énfasis en el intento de garantizar la mejor vigilancia sobre los mercados pero sin un conocimiento técnico profundizado sobre su funcionamiento.

El riesgo de fragilidad en la configuración del perfil regulatorio, impone, por un lado, como la demostración de la incapacidad pública para coordinar el sistema privado, y de otro por un ambiente donde impera la ausencia de confianza de los usuarios en autoridades reguladoras.

Por lo tanto, existe una constatable necesidad pública en reexaminar los parámetros regulatorios. Esa evidente adecuación de técnicas administrativas es imprescindible para regenerar el control dentro de la dinámica de los mercados.

El contexto de bienestar y atendimento de las necesidades sociales sigue, de modo muy cerca, a los permanentes ajustes de los rumbos de la economía o bajo la influencia de factores sociales y políticos que también influyen en los resultados de las acciones de las operadoras.

En esa proporción, la regulación económica, como fuente permanente de delimitación de las acciones propias de las prestaciones de servicios de interés general se someten a una especie de “estado de crisis inagotable” por la necesidad de reforma permanente dentro del marco jurídico de las telecomunicaciones.

La tendencia a una evolución constante de esas prestaciones ha generado una especie de “mutabilidad consensuada”⁶⁰, donde solamente la defensa de los intereses sociales es innegociable y las inevitables innovaciones económicas y tecnológicas son inherentes a las redes y servicios, exigiendo constantes transformaciones institucionales.

II.3 Límites jurídicos de la liberalización de los mercados

Después de un largo recorrido del proceso de implantación de la liberalización de los servicios de interés general, los servicios de telecomunicaciones, y otras tantas *public utilities*, se encuentran en una encrucijada, donde la ciudadanía espera de los gobiernos una actitud contundente y firme para solucionar cuestiones vitales en la actualidad: la defensa de las garantías de calidad de los servicios y la seguridad de las instituciones públicas frente a los mercados.

Por otro lado, en se tratando de las comunicaciones electrónicas el momento actual es de profundo pragmatismo delante de la realidad de los modelos financieros que mueven el entorno de las nuevas redes de acceso. En las palabras de Katz (2009:14) el desarrollo de las infraestructuras futuras estarán basadas en el nivel de densidad topográfica, en los ingresos a ser generados por los nuevos servicios y en la implantación de un marco regulatório que genere incentivos adecuados.

Los apelos a los cambios de las políticas públicas para aumentar las inversiones e intensificar la regulación económica tienen como principal propósito aprimorar los estándares de calidad, igualdad y neutralidad tecnológica.

Esa visión global de los problemas que afligen a los mercados se encuentra apoyada en una comprensión más didáctica de los problemas sufridos por la regulación económica. Al largo de la aplicación de sucesivas medidas administrativas e innúmeros cambios en la naturaleza económica y estructural de las comunicaciones electrónicas, hoy se puede hablar de un mercado específico, con características propias y que sigue el ritmo de su desarrollo.

⁶⁰ Expresión de Cassagne (1996:106)

La regulación económica permitió la ordenación de los mercados de servicios de interés general, a través de la formación de criterios jurídicos y formales para la prestación de estos servicios por empresas privadas. Al mismo tiempo, exigió la contrapartida de la presencia pública indirecta, por el ejercicio de otra forma menos convencional de intervención estatal.

Ese medio alternativo de gestión de intereses públicos, representado en la manifestación de los agentes reguladores ha hecho con que el Estado se ocupase de los mercados como una función secundaria pero categórica para el buen funcionamiento de los sectores liberalizados.

A lo largo de la historia, la fortaleza y la ampliación gradual de los poderes de las Administraciones públicas fueron decisivas para las políticas públicas y sostenibilidad del bienestar y satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

El Estado Constitucional ha contado con el refuerzo de las actividades administrativas directas, además de la reglamentaria, para legitimar sus acciones y permitir la formación de un modelo administrativo eficaz y bien estructurado.

Por otro lado, la primacía de la Constitución responde por la organización de la estructura del Estado y, alrededor de la actividad de policía administrativa, una alta gama de actividades fue creada para atender a la expansión de las expectativas del conjunto de las sociedades pos industrial.

Esa dimensión política intentó acompañar la tendencia de ampliación, cada vez más fuerte de las necesidades de creación de otras prestaciones públicas y mejoras de calidad de las ya existentes. Esa fuerza matriz sigue siendo el principal motor de arranque de los principales cambios promovidos por la regulación económica actual.

Mientras tanto, la literatura económica reconoce, como en Millán (2006) las dificultades de creación de los mercados mayoristas y del diseño de la buena regulación en sectores como los de electricidad y telecomunicaciones. Sin dudas, los rumbos y recomendaciones para los cambios futuros llevan a creer que la fase de cuestionamientos acerca de la eficacia de los mercados liberalizados parece estar superada, pues todo indica que hubo grandes mejoras en la calidad de los servicios, incluso el nacimiento de otras prestaciones, lo que comprueba la existencia de un sistema de comunicaciones electrónicas bastante superior a lo que existía en la fase anterior a las privatizaciones.

En que pese a los beneficios traídos por la libertad de competencia, las políticas de igualdad y universalización siguen siendo parte imprescindible para comprender la necesidad de la presencia pública en los mercados, auxiliando un clima político y económico estable que corrobore con el apareamiento de nuevas oportunidades de progreso para el sector.

Los mecanismos jurídicos y administrativos señalan los límites adecuados para lograr la mejor orientación en las políticas de regulación económica. Aunque el ambiente económico presente limitaciones importantes en la extensión de las nuevas inversiones e infraestructuras.

Los límites jurídicos a los objetivos del Estado son entendidos desde Mayer (1950:17) cuando declaraba que el Derecho Constitucional puede pasar, mientras que el Derecho administrativo ha de permanecer para, además de resguardar el gran destaque de las necesidades sociales corroborar con la estabilidad de las instituciones y políticas administrativas. Trancoso (1997:97) nos acuerda que en el Derecho administrativo se encuentran empotradas las normas constitucionales, su fuente principal. Daí que, es la Constitución que guarda y define esa perenidad y permanencia necesaria a las Administraciones públicas.

Es evidente que todo fenómeno social es mutable y los dispositivos normativos también. Por su vez, las reglas constitucionales, aún más estables son también variables y reformables, así que los preceptos fundamentales están solidificados en razón de la existencia misma de la naturaleza de las necesidades sociales, que siempre estarán a cargo del Estado.

Estaremos lógicamente a merced de la ideología cambiante del legislador, pero, sin embargo, solamente el Estado, de modo exclusivo y originario puede conferir a las normas jurídicas condiciones de validez general, como consecuencia de la condición propiamente inherente al Derecho público.

Es evidente la estricta y obvia interdependencia entre los fines del Estado y el sistema de los derechos fundamentales, históricamente convalidadas en las Cartas de Derechos del siglo XX. Por lo tanto, no debe existir ninguna incompatibilidad entre la dimensión de las finalidades públicas y las libertades individuales. Es decir, aunque se amplíen el conjunto de las necesidades sociales, estas se añaden a las actividades esenciales ya históricamente consolidadas en las declaraciones de derechos.

Ese hilo histórico construye las bases del Derecho administrativo a partir de las necesidades públicas, concretizados en el modus operandi de los regímenes jurídicos, sean ellos públicos o privados.

Los nuevos contractualistas⁶¹, aseguran que el orden social actual implica algo parecido a un vínculo en lo cual la Constitución delinea derechos, mientras se añaden elementos postconstitucional que atañen intercambios de estos derechos.

Asimismo aumenta la necesidad de regulación cuanto más poder asume el Estado, lo que impone a los individuos más restricciones a las conductas privadas. Las libertades individuales, por lo tanto, no pueden carecer de límites, pero, las mismas fuerzas políticas que hacen con que algunos límites sean establecidos pueden restringir la amplitud de las libertades humanas a niveles mucho más amplios que los tolerables socialmente.

De esa lucha entrañable entre poderes e instituciones dentro del derecho administrativo él asumió la responsabilidad de dominar la función de proveedor de los bienes públicos y, posteriormente, de “garante-vigilante” de las posturas económicas privadas de realización de prestaciones. De la fatiga acumulada por el exceso de normas interventoras sobre los mercados, hoy presenciamos un efecto distinto, es decir, el exceso de regulación acumulada, sobretodo en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo, cuyo propósito es claramente intentar imponer el progreso de los mercados liberalizados a partir del conjunto de la legislación del marco europeo por intermedio de nuevas directrices a los servicios de comunicaciones electrónicas.

El riesgo de la multiplicación de dificultades de manutención del sistema de servicios de interés general en economías abiertas, y plenamente competitiva, es una amenaza indiscutible a la evolución del sistema que exige alta tecnología como gas, energía y telecomunicaciones. En contrapartida, hay que reconocer que gracias a la regulación económica se tornó posible a la ciudadanía retomar la confianza en la libre economía competitiva y en los mercados de los servicios de interés general ya liberalizados.

⁶¹ El uso del término nuevos contractualistas trae como figuras centrales a James Buchanan (Los Límites de la Libertad, 1975), que, junto con John Rawls (Teoría de la Justicia, 1971) y Robert Nozick (Anarquía, Estado y Utopía, 1974), responsables por ideas que incrementan la discusión acerca del contractualismo político, aunque apoyadas en los tres contractualistas clásicos, Thomas Hobbes, John Locke y Immanuel Kant.

Asimismo, no resta dudas de que la mejora de las tecnologías de red, y de los servicios, como los de banda ancha y super ancha, es la tendencia de nuestra época. Por consiguiente, eso significa que las autoridades reguladores de los países están más demandadas a cada día para asumir la responsabilidad por fijaren los comportamientos estándares de los operadores privados, y, al mismo tiempo, asegurar la protección y defensa del conjunto del sector.

Era evidente que la noción de los servicios públicos caminó en el mismo peldaño del aumento de las funciones públicas, por el estímulo a la realización de otras prestaciones públicas para la realización de objetivos difusos, e intereses empresariales.

Para Malaret (1998:49) esas acciones sirvieron de justificante de confirmación al mito legitimador de la intervención estatal, como también legitimaran los cambios promovidas por la influencia de diversas teorías económicas. Dentre ellas, una en especial gana importancia al destacar que las decisiones de los gobiernos deben ser capaces de superar deficiencias administrativas históricas.

En 1992 se publica la conocida obra de Osborne & Gaebler, que ha tenido un fuerte impacto en la reforma de los gobiernos locales y que dio lugar a la llamada *new management* (NPM) como una corriente que sugiere una acción de reforma de la gestión del sector público como forma de sustituir el viejo modelo de prestación pública de servicios por una nueva estructura basada en el mercado y en la competencia entre proveedores. Dentro de esta perspectiva el papel de los gobiernos sería la promoción de la competitividad y la satisfacción de los consumidores.

Por lo tanto, las medidas gubernamentales que se sucederan por el mundo implicaran en la ruptura con la condición de funcionamiento de los servicios públicos que ha sido, por mucho tiempo, el sinónimo del conjunto de las actividades estatales, predestinados a servir como medio regulatório e instrumento de politización de la vida económica y de relaciones sociales.

En cuanto a los modales de la intervención para el logro de los intereses sociales, éstos acompañaban los cambios del contenido orgánico y de los objetivos de la administración pública. El fenómeno más sobresaliente de las últimas décadas la globalización económica ha sido el más característico signo de identidad de los ritmos reformistas liberales del final del siglo XX, orientando una serie de transformaciones institucionales correlacionadas a la economía y a la sociedad.

Así que, los efectos del progreso del capitalismo global, asociados a la expansión de los mercados de inversiones desencadenaron la ruptura del modelo de regulación basado en control del mercado por las empresas públicas. Eso significó los propósitos iniciales de la mudanza del marco regulatório y del retorno a las libertades económicas, daí que esa tendencia liberal acompañó las políticas de muchos países, lo que facilitó la apertura de las relaciones comerciales a los inversores internacionales a la vez de la uniformización de la legislación que trató de orientar la apertura de la economía.

La erosión y la destrucción del ejercicio de servicios públicos y de las actividades económicas directamente por las Administraciones han sido determinantes para aproximar los grandes sistemas legislativos occidentales basados en el pragmatismo del sistema económico americano.

La nueva ola del fenómeno mundial de creación de las administraciones independientes instituió otros instrumentos de participación del Estado en la economía, a través de acuerdos en la participación de entes privados y en los mercados de interés general. La importación de esas medidas, ajenos a los sistemas de muchos países, exigió un delicado trabajo de recepción legislativa en países con el claro dominio de los servicios públicos como en Brasil.

El acrecentamiento de las libertades públicas ha sacrificado el conjunto de las libertades privadas, en lo que ha descrito Von Stein (1957:46) como la decretación de la muerte del Estado, cuando la Constitución y la dministración pública suprimirán parte de la protección a las libertades económicas del individuo en detrimento de la creación de prestaciones publicas del Estado empresario.

Esas han sido acciones públicas con intención de crear reservas administrativas y controlar el mercado de bienes y servicios. Esa visión totalitaria favoreció la pérdida de confianza en la presencia pública en el entorno económico, y generó como consecuencia el reconocimiento del fracaso de los medios públicos en forjar soluciones reales para los conflictos en el ámbito económico.

La adopción de soluciones legislativas alternativas que prestigien los poderes económicos, contra la reserva de privilegios estatales ganó espacio y rebosarán la separación y tensión entre el derecho público y el derecho privado, a través de la

elaboración de normas jurídicas afines, dentro de la estructura del nuevo Derecho administrativo económico⁶².

La creación de servicios económicos de interés general no ha sido el fin de la legitimidad del Estado para regular las iniciativas individuales, sucedió todo lo contrario. Los factores ideológicos, y mayoritariamente económicos, responden por los cauces de esa transición pero no conllevan a malgastar el poder de la autoridad pública, eso porqué el Estado social vinculó sus políticas al apoderamiento de muchas medidas administrativas, pero ha tenido que seguir el camino liberal para adecuarse a los nuevos tiempos del capitalismo global.

Ese nuevo modelo de Estado económico conferió un *plus* en las potestades administrativas, en la medida en que ayudó a superar las deficiencias de las prestaciones ofrecidas por el intermedio del Estado administrativo, pero más adelante también ha modificado el régimen de los servicios públicos económicos, para optimizarlos. La fundación de los nuevos servicios⁶³ hace además, expandir y aprimorar el control reglamentar sobre las actividades privadas en general.

Se acudimos a la concepción de la intervención sobre el orden económico como fruto del poder absoluto del Estado e idea-límite legal a las actividades privadas podríamos imaginar lo imposible que sería imponer la competitividad a los servicios públicos. Mientras tanto, ha sido a través de la propio modelo de intervención en el nuevo modelo de regulación económica de las telecomunicaciones que fue posible progresar en calidad a partir de la implantación de la plena competencia. Por lo tanto, la liberalización, con demarcaciones mínimas, ha permitido conferir más transparencia y eficiencia a las Administraciones, como también tornó posible la superación de deficiencias estructurales en la organización del Estado.

La imposición de criterios jurídicos formales para el funcionamiento de actividades económicas privadas no es una garantía para la defensa de los intereses públicos. Asimismo, los principios jurídicos económicos y sociales no nacen de las

⁶² Sobre el tema véase Rivero (1998)

⁶³ En esa perspectiva Carlón (2004:494) considera que los servicios de interés económico general es una especie del género servicios de interés general, por eso entiende que aquellos servicios son actividades económicas de tipo prestacional, realizados principalmente en red, lo que resultan ser fundamentales para la competitividad de las economías mundiales. En sentido inverso, Díez-Picazo admite que (2009:412) lo más importante es la misión de interés general, asignada por cada servicios y, además se posiciona en contra cualquier distinción y deduce que tampoco existe consecuencia jurídica alguna en las diferencias entre servicios de interés general y las actividades económicas.

prerrogativas estatales ni siqueira tienen la garantía de su cumplimiento por las autoridades públicas y los empresarios. En la composición de los intereses sociales, la legitimidad del Estado en permitir la apertura de los servicios de telecomunicaciones la competencia se firmó como un conjunto de acciones afirmativas y que por lo tanto, ha posibilitado transformar usuarios en consumidores.

Las conductas absolutamente inflexibles del Estado llegaron a vulnerar los límites de legalidad con soluciones discrecionales en dirección a la autoprotección de los privilegios públicos. Decisiones administrativas comprometidas con las reservas públicas en la economía y la continuidad de monopolios siempre han sido una costumbre política en muchos países con tradición democrática tardía.

De manera atemporal e independiente del modelo desarrollado para hacer lograr los objetivos sociales, el convivio armonico de intereses privados y necesidades sociales solo se convalida en algo legítimo cuando la sumisión del Estado a la ley, y reconcilia las manifestaciones administrativas y el espacio de las libertades privadas, preservando los señales de identidad social.

En otra medida, en la liberalización de las actividades públicas económicas la base jurídica no ha conferido una reserva absoluta al mito de las plenas libertades individuales. Es decir, también las iniciativas privadas deben estar coordinadas con los propósitos sociales de los servicios y no solamente al ánimo de lucro de las operadoras privadas.

En esta hipótesis, está probado, segundo Figueiredo (2000:86), que el “monopolio monogénico” del Estado está siendo desafiado por las nuevas estructuras de la sociedad de información. En este sentido, la normatividad estatal seguirá la tendencia de no más ser un regulador etéreo del conjunto de las relaciones sociales pero si un instrumento rector de autoregulaciones sociales.

En ese sentido, el Estado debe priorizar el uso de la libre competencia, con la renuncia a su presencia excesiva pero en posición de vigilancia no invasiva a las competencias privadas.

Está claro que no deben existir monopolios estatales como único instrumento de intervención y control de la vida económica. Las políticas públicas deben estar al corriente de las necesidades sociales, y por circunstancias extraordinarias de defensa del orden pública y del bienestar ciudadano, las medidas de intervención deben ser

puntuales, eficaces y de excepción. En este caso la intervención estaría demostrada como una condición regular y necesaria de la participación del Estado en la vida social.

La amenaza del refuerzo de la superioridad dominante de la Administración pública (en los servicios públicos), o de los mercados (en los servicios de interés general) reverberó en la gran debilidad de la sociedad civil el empeñar mecanismos de auto defensa y participación ciudadana en esas actividades económicas y, en el funcionamiento actual de las comunicaciones electrónicas.

La gran dificultad del regulador es mejorar los conocimientos sobre el funcionamiento de los mercados y emprender mecanismos más democráticos para la composición de los conflictos entre operadores y consumidores.

En las decisiones administrativas dirigidas hacia los operadores privados hay que estar subrayado medidas correctivas que dan respuestas eficientes a la población. El problema de los costes de las infraestructuras es tan grave cuanto los de la información asimétrica entre proveedores y consumidores, entre reguladores y regulados.

Sin embargo, después de las privatizaciones el mandato administrativo sigue siendo irrenunciável y, para Canotillo (1991:784) estará perpetuado en razón de la responsabilidad pública por su preservación. De todos modos, los objetivos sociales siguen vigentes pero, también la sociedad civil en general ha tenido que cambiarse para ajustarse a las nuevas condiciones políticas y jurídicas de los mercados liberalizados.

La inauguración de las organizaciones de control de los mercados de interés general, o sea, las agencias reguladoras y comisiones de regulación, también han determinado la intensidad de esas modificaciones. El estímulo a otros instrumentos participativos como las audiencias públicas, programas de evaluación de la calidad de los servicios, y, incluso levantamiento de datos en encuestas realizadas a los usuarios de estos sectores regulados nacen de la necesidad de evaluación del sistema para facilitar en la orientación de estrategias de reforma de los marcos regulatorios.

Economistas de la escuela de Chicago propugnaban en la teoría de la regulación económica la solución a los problemas de gobernabilidad que asolaban el mundo en fines del siglo XX. Los fundamentos para el nuevo modelo de Estado partiría de la premisa de que las necesidades sociales serian un método de estímulo a una intervención pública más pragmática y restringida. En la formación de los grupos de

interés en sociedad deberían prevalecer las nuevas estructuras de regulación, basadas en la superación del modelo de los servicios públicos, común en muchos países.

El cumplimiento de las tareas públicas por empresas privadas escalonarían los cambios para un nuevo modelo de Estado, para Prosser (1997:5-6) eso implicaría en el cumplimiento de tres objetivos imprescindibles para la preservación de los intereses generales:

a) La limitación de los monopolios públicos, con el objetivo de mantener la competencia, la calidad y la libertad razonable de los precios y de los servicios,

b) La imposición de control eficiente a los mercados, sin que represente pérdida de libertades, pero, sobretodo contener el exceso de impulsos por una mayor intervención pública, es decir, una vigilancia razonable sobre el conjunto de las relaciones sociales y económicas e,

c) Preservar la estabilidad social con la confianza en las instituciones administrativas.

En esa última instrucción, se encuentra la vía del comando estatal hacia los mercados, que renace de la responsabilización pública en anclar el atendimento de los principios originarios de las reformas a los principios sociales de interés general.

De este modo, la ruptura con los paradigmas de deficiencias institucionales, considerados a partir de la lectura de las políticas públicas de excesiva intervención, señala el cambio definitivo en la tendencia de intervención por la vía de la gestión directa⁶⁴. Además, la autoridad pública de los reguladores está representada en la actitud necesaria y equilibrada de corregir los fallos de los mercados y sus propios fallos regulatorios.

La supresión de la instancia directa de la gestión pública a las actividades económicas reclamó la regulación. Para tanto, el régimen jurídico propio de los mercados liberalizados ha dado una nueva opción de Administración pública, en respuesta a una demanda por un modelo político de Estado más abierto a la libertad

⁶⁴ Para Betancor (2010:263) en el ejercicio de las prerrogativas de imperium, o de prestaciones no sujetas al mercado no se aplican las reglas de competencia, entiende que eso se pasa por obedecer a razones estructurales y funcionales, es decir por ser actividades que por su naturaleza no se pueden prestar en y por el mercado, en cambio, la exclusión de las actividades de prestación de servicios sociales obedece más a razones políticas.

económica y a la tolerancia a las prácticas de desarrollo económico y tecnológico a servicios de intereses colectivo.

De la Cruz Ferrer (2002:240) intitula de “nuevo entorno institucional para la competencia” el marco jurídico de los servicios de interés general, que necesita además, un control reglado del Estado hacia los mercados liberalizados. Para romper la estructura de dominio absoluto del régimen público, con prestaciones de privilegios y reservas inconciliables, fue necesaria la ascensión de ideas más liberales. En ese sentido, Betancor (2010:277-280) advierte que libertad y discrecionalidad son dos términos contrapuestos, y si el poder de la Administración no es un poder que se ajuste a estos criterios sería el poder discrecional que proyectaría una restricción desproporcionada sobre la libertad y, por consiguiente, injusta.

Habermans (1997:125) entendió que el Estado de bienestar social no ha superado el paradigma del modelo liberal, razonable en la autonomía privada, ya que también en el Estado providencia los privilegios públicos encontrarán espacio de gran destaque. Esa condición a veces sufre en masivas intervenciones burocráticas, motivadas en general, por elecciones políticas que normalmente estatizan servicios que se refieren a cualquier actividad, no solamente las de contenido social.

En este sentido, para Ariño (1999:97), el Estado de bienestar se convirtió en un engaño difícil de soportar, es decir, una trampa y verdadera amenaza a la dinámica económica, pues el sistema administrativo necesitaba de más ingresos de lo que la economía, bastante concentrada, podría aportar.

Por estas y otras razones, la obsesión de imponer límites prácticos en la actuación de las autoridades estatales, en la forma de regulación o de intervención directa, fue más allá de un debate ideológico entre el modelo liberal y el del Estado social.

Los preceptos liberales han sido resgatados para auxiliar en el progreso y la salvaguarda de los mercados. Para tanto, las actividades de interés general, y los intereses sociales deberían estar coordinados a los mismos propósitos y bajo la misma regulación económica.

Ese comportamiento público por las reformas ha sufrido presiones por la autoregulación. Conjetura difundida sobretudo por economistas americanos de fines de los años ochenta. Esa medida sería el resultado natural del repliegue del Estado de la

vida económica, lo que podría conllevar a una medida extrema de abandono de los servicios públicos para que las libertades privadas sirvieran de estímulo a la sobrevivencia de la libre competencia.

Pero, la competencia en las comunicaciones electrónicas solo es viable cuando la regulación es salva por el control, es decir, el exceso de confianza en las libertades económicas no pueden ser calificadas como una decisión de origen en los intereses generales, porque en realidad, dañan a las aspiraciones sociales de los abonados. El equilibrio entre las fuerzas del mercado y de la Administración pública es lo que impulsa el desarrollo económico, aminorando los perjuicios sociales.

Ese aparentemente anacrónico juego de valores, aunque motivado por factores jurídicos, es fuertemente afectado por el ritmo de los intereses sobrepuestos en sociedad. Así que, la ausencia de una política social claramente atestiguada por ley, con instituciones administrativas comprometidas con el atendimento y la preservación de los derechos de los usuarios, puede quebrantar los principios de la regulación económica.

Competen a las Constituciones actuales propiciaren el apoyo objetivo y racional a ese nuevo régimen jurídico. Las consecuentes elecciones políticas que privilegian el contexto económico no deben constituirse materia de libre manifestación del poder público. Evidentemente, no son los resultados económicos que deben mover el fin último de la intervención administrativa.

Los resultados de las últimas décadas demuestran la determinación de la liberalización en mejorar el funcionamiento regular de las empresas privadas. El tiempo nos atestigua que la intervención de la Administración gana importancia secundaria en el desarrollo de los mercados, cuando las técnicas regulatorias son claras.

No obstante no esté descripto estrictamente en la ley, la definición del modelo económico elegido es de responsabilidad de cada Estado. En contrapartida, el marco jurídico de cada sector regulado se impone como un estándar para los rumbos de las prestaciones, donde las políticas de bienestar no se flexibilizan.

Pueden que sean políticas menos o más interventoras pero los objetivos de los servicios sometense al poder de la autoridad pública, en la tentativa de ponerlos a salvo de los cambios inadvertidos de los resultados económicos. La protección del

capitalismo no es solamente jurídica, pero es principalmente política y, con la liberalización de los servicios de interés general, es también administrativa.

En este sentido, hace mucho, Forsthoﬀ (1975:14) aﬃrmaba que las Constituciones consuman su deber de unificar las condiciones sociales industriales y, cesando su función instrumental, compite a las Administraciones públicas y a las legislaciones homogéneas realizaren esa tarea.

Esa tendencia ha seguido con la dicotomía generada en torno de la intervención pública. La ausencia de políticas efectivas de control económico, tanto dentro del mundo “plenamente globalizado”⁶⁵, como en del tradicional modelo de Estado de providencia (o de bienestar social) terminó por conferir una profunda y duradora inestabilidad en las instituciones públicas.

Esa situación de ausencia de credibilidad empeoró el estado de crisis permanente del Estado que fue asociado, muchas veces, y erróneamente, al modelo de bienestar social y de los objetivos de interés social. En realidad, la ausencia de decisiones políticas eficaces y orientadoras de los rumbos de la economía condujeran a poca intervención sobre los mercados y un bajo control público sobre las políticas liberales del capitalismo global, desordenado y caótico del modelo económico que necesita de un desarrollo social sostenible para aflorar de modo equilibrado y justo.

De este modo, el orden económico constitucional ofrece un marco jurídico para las acciones gubernamentales, aunque principien de la tentativa de favorecer las necesidades públicas, deben estar conjugados con las concepciones ideológicas manejadas dentro el capitalismo actual. De esas fuerzas magistrales no se puede huir.

Proclaman, en su origen, la importancia del reconocimiento de las iniciativas públicas para las actividades económicas. Hoy por hoy, ese no puede ser un modelo de exesión en los sistemas jurídicos.

Las iniciativas privadas están vinculadas de modo definitivo a las actividades administrativas, el vínculo que os mantienen es permanente e indiviso por factores sobretodo social y económico. La respuesta normativa el único instrumento capaz de atenuar los efectos de la amplia libertad privada o el exceso interventor público.

⁶⁵ Expresión de Grespan (2007:352), cuando afirma que la producción, el comercio y las finanzas no sufren restricciones y son impulsadas por la búsqueda del lucro y la asunción de los riesgos, de modo totalmente indistinto a las distancias y fronteras nacionales.

La cuestión de fondo es, como deben conducirse las Administraciones públicas, y porque deben actuar sobre los mercados económicos en general en la futura agenda digital de las comunicaciones electrónicas.

Vimos que la actividad económica amplia se opera de modo muy distinto a la intervención administrativa económica, mientras tanto los nuevos métodos de la ciencia del Derecho Administrativo no sugieren el nacimiento de un nuevo derecho, solamente se aprimoran los comportamientos públicos a partir de los nuevos marcos regulatorios, en dirección al mayor control de las actividades sociales.

Concurre, por lo tanto, la ampliación y la maleabilidad de las técnicas de regulación, custodiando los intereses y rigiendo las estrategias para el crecimiento del sector. Así, adheridos de modo coherente entre los intereses públicos y privados, son orientados en dirección al perfeccionamiento de los derechos sociales reconocidos.

El Estado no necesita actuar como parte o actor social, en una estructura de libre competencia. Lo que necesita es normatizar el orden económico, bajo criterios mínimos y parámetros sociales augurados en los mercados de interés general.

Confirmando la visión de Stiglitz (1997), los mercados, el Estado y los individuos constituyen los tres pilares necesarios para el éxito en las estrategias del desarrollo social, en el siglo XXI, consecuentemente, cuando cualquier medida de carácter liberal se sostiene con base en la justicia social, asociada a medidas políticas adecuadas y eficientes, se alejan las posibilidades de crisis del sistema.

Mismamente, la regulación económica genera seguridad jurídica y estabilidad social, favoreciendo al equilibrio entre las fuerzas operadas dentro de los mercados económicos.

Con la supresión de la concentración del poder dominante del Estado sobre los servicios económicos el control público efectivo representa la búsqueda de calidad para las telecomunicaciones y, además fueran construidas las estructuras organicas para representaren los compromisos del Estado y de las operadoras en realizar y defender, respectivamente, a los servicios universales, en el entorno liberalizado.

La preservación de esas actividades se ha trasladado, en definitivo, al derecho Administrativo, fijando las bases legislativas a la libre competencia. Esas reglas de actuación concreta sobre los mercados, con mayor participación ciudadana es otro

fenómeno marcante en el momento actual, acreditado con la uniformización de las categorías de servicios y avance de las nuevas tecnologías.

En el constitucionalismo actual, la normativa comunitaria es fundamental como referencia en todos los mercados liberalizados de telecomunicaciones. Su funcionalidad y amplitud contemplan no solamente las expectativas de la mejora del sector, como también los rumbos de los progresos ya alcanzados. El fortalecimiento del poder de las autoridades reguladoras de los países comunitarios así como la uniformización de la política de regulación a través de una autoridad reguladora central señala un modelo estricto, único y referente.

También ha prevalecido en la evolución de estos conceptos, la instauración de sociedades multiculturales en una especie de ciudadanía global. Lo que robustece la sociedad actual es el ejercicio de las actividades económicas mundiales, concatenada por los mismos grupos empresariales al mismo tiempo operadores en diversos países. Citamos el ejemplo de la empresa Telefónica de España, que opera en el mercado de telecomunicaciones tanto en España, como en gran parte de los países de América latina.

La diversidad cultural entre los Estados ha sido atenuada por las tecnologías, en la era de la información los efectos históricos, sociales e incluso religiosos de cada país están condicionados a la cultura de la información, con resultados inmediatos en la industria de telecomunicaciones. Esa realidad solamente ha sido posible gracias a la globalización.

Ese fenómeno de masas y de origen económico mantuvo y difundió el modelo de inclusión de nuevas fórmulas jurídicas a los gobiernos. A través de informes de organizaciones internacionales dirigidos a los países se ha sedimentado la idea de que los incentivos políticos podrían modificar las estructuras jurídicas existentes y así permitir la formación de un sistema administrativo descentralizado.

Factores más amplios⁶⁶ y más allá de la estructura interna administrativa demandan por nuevos cambios lo que sugiere una parálisis en muchas inversiones por las dificultades económicas enfrentadas por muchos países desarrollados y que son los responsables por impulsar las nuevas tecnologías, como consecuencia del progreso

⁶⁶ Para De La Cruz Ferrer (2000:63-35), la globalización no hace dispensables los Estados, y si, en la práctica, es un proceso que prescinde de instituciones y de los gobiernos porque sostienen e integran a los mercados con la creación de obligaciones y limitaciones de las voluntades.

económico hecho por constituirse como un subproducto de la universalización de la tecnología de la información.

El Consejo europeo realizado en Lisboa, en 2002, ya dejaba evidenciada la preocupación y importancia de los servicios de interés general para el desarrollo del bloque económico europeo y de la política administrativa hegemónica en todos los países comunitarios. Para Betancor (2009:154), la Unión Europea es, casi exclusivamente un “Estado regulador” y esa función regulatoria principal, o casi única, hace que esa sea su más fuerte característica. Sea como fuera, la presión que sufren los países comunitarios sirven para uniformizar en Europa los objetivos comunitarios, lo que contribuye a la introducción de la mejor regulación en las legislaciones internas de esos países.

Ese fenómeno no se aplica a Brasil, donde no se definen todavía parámetros de calidad. La mejor regulación está asociada casi exclusivamente a las previsiones futuras de acciones regulatorias internas dirigidas hacia la elaboración de políticas públicas destinadas a casi exclusivamente asegurar la ampliación de ofertas de servicios y universalización de prestaciones que todavía no alcanzan la plena competitividad.

De otra parte, la liberalización se franquea con prácticas permanentes de mejora y adaptación del marco regulatorio. Junto a ello la decisión prioritaria de las reformas administrativas del porvenir es originaria de la voluntad de poner en marcha un modelo cada vez más competitivo, con todas las facilidades tecnológicas viables.

En cualquier caso, la realidad concreta demuestra que los organismos administrativos actuales todavía no han encontrado su plena madurez y ni siquiera la modernidad administrativa plena de sus propósitos en las regulaciones vigentes. Ese pensamiento de Rodríguez-Aranda (2006:30-31), refleja sobre el proceso constante e inacabado de las exigencias de adaptación y mejora de las Administraciones. Ese carácter dinámico del entramado social del momento vigente exige de las Administraciones respuestas breves y penetrantes, forzándolas a un continuo proceso de remodelación. Daí que nunca se podrá afirmar que algún organismo administrativo ya alcanzó la modernidad administrativa.

En resumen, no solamente la preservación de la unidad del mercado, a través de las autoridades reguladoras implica en la contención de los riesgos de las influencias y externalidades negativas del proceso natural de expansión de liberalización a la

competencia. Ese límite definitivo en la organización, dirección y control efectivo está en la regulación.

Igualmente, ese título jurídico confiere la condición de estímulo y seguridad a la competencia y acompaña el desarrollo de modalidades de intervención pública donde el gran protagonista es la autoridad nacional de regulación. Sus propósitos, en la preservación de los parámetros de los servicios de interés general tienen así por base el conjunto de resoluciones y decisiones legitimadas para fomentar el bienestar ciudadano en la explotación de las redes y ejecución de las comunicaciones electrónicas.

II.3.1 Medios de la intervención del Estado sobre el modelo de servicios de comunicaciones electrónicas: objetivos y reverses

Los antecedentes normativos de los países con más estabilidad institucional han influenciado de manera decisiva la implantación y el desarrollo duradero de los ideales de reformas de los servicios de interés general encajados en la era de las liberalizaciones.

La innovación en tecnología conjugada con logros sociales demuestra que el éxito de los objetivos del Estado estuvo atendido cuando la cognición de las medidas de estímulo adoptó la competencia y la regulación, lo que permitió resultados muy positivos sobretodo en las comunicaciones electrónicas.

Cuanto a los beneficios en infraestructuras esos se notaban con mucha nitidez en los países donde la uniformidad regulatoria avaló la competencia, los que acompañaron un crecimiento firme de los mercados y contribuyó para acelerar las inversiones privadas. En casos como lo de los mercados de telecomunicaciones de países como Estados Unidos, Japón, Corea, y mayoría de Europa la regulación sectorial e incentivos a la competencia gozan de gran responsabilidad por el despliegue de nuevas tecnologías, asociadas máximamente con el avance de la banda ancha y super ancha en fibras ópticas.

Por lo tanto, la conclusión es que el éxito de la implantación de la competitividad efectiva, pero con inmune control público, es capaz de dimensionar un ritmo acelerado, pero robusto de innovación y consolidación de medidas de guardia real en los mercados. Ese evidente carácter pluridimensional de intervención, asume esas características por ocurrir de modo específico y dirigido a crear dispositivos imprescindibles para integrar el mercado con los objetivos propuestos por la liberalización.

Eses dispositivos representan itens muy específicos al ambiente de las comunicaciones electrónicas y, también, de una manera general, estratégicos para el funcionamiento del sector, imponiendo condiciones favorables a la ejecución de prestaciones económicas de interés general. Es decir, añadiduras como el control racional de los precios, la diversidad de prestaciones, el derecho a la portabilidad, la atención al cliente, las consultas públicas, canales de reclamación, etc, son garantes de las decisiones adecuadas de ingerencia sobre los mercados.

Sin embargo, paradójicamente para que los operadores estén integrados y compelidos a la cooperación (las dinámicas del mercado, pero sin renunciar a las finalidades sociales de cada operación), el sistema requiere como referencia, la autoridad reguladora y el fortalecimiento de las soberanías de defensa de la competencia para auxiliarla en la composición de los principios y objetivos clave de la liberalización de los mercados.

Contrariamente a la tendencia predominante esperada en la fase inicial de la *despublicatio*, las reformas regulatorias en Brasil como en Europa no han sido las mismas. Las medidas reguladoras en Brasil debilitaran la tendencia de desregulación al aumentar la intervención a través de más regulación y mayor dependencia política de la agencia reguladora. La composición de intereses públicos y privados fue sacrificada por la ausencia de competitividad de modo sostenible y, por lo tanto, el sistema jurídico en cada país obedeció características muy distintas, con derivaciones insospechadas.

Las novedades en relación a las propuestas de reforma del paquete europeo contrastan con los desafíos regulatorios brasileños. En 2010 se aprobó en la Comisión Europea la transposición de barreras legislativas para la uniformización definitiva de los rumbos de los mercados europeos, que, desde la revisión de las Recomendaciones de 2003 estuvo apto a tener ocho en lugar de dieciocho mercados relevantes anteriores. Si

bien, al reducir el número de mercados convergentes no implica la tendencia de implantar un efector desregulador más preciso.

De esta manera, las medidas regulatorias más recientes en Europa se convirtieron en referentes para muchos países en la lucha por el desarrollo de su propia regulación y, esa influencia también es notada en las reformas que entraron en vigor en Brasil en el año de 2011⁶⁷, relativa al:

- Aumento de competición con ampliación en la oferta de servicios, sobretodo en sectores de alta tecnología;
- La portabilidad numérica;
- Modelo de costes;
- Iniciación de los tramites administrativos para la expansión de la capacidad espacial con la exploración de un satélite exclusivamente brasileño;
- La mejora en la gestión del espectro radioeléctrico, con la destinación de nuevas bandas de frecuencia sobretodo para los servicios de telefonía móvil inalámbrico;
- Aprobación de reglamentos sobre infraestructura y uso de radiofrecuencias, en consecuencia de la implantación del programa nacional de banda ancha, y la aprobación en 2010 del Reglamento de Evaluación de eficiencia del uso del espectro, que tiene por propósito favorecer el uso eficiente del espectro y ofrecer acceso a la población de zonas remotas y rurales de Brasil.

En relación al cumplimiento de las obligaciones públicas en la defensa de los derechos de los usuarios en España esas son controlables por la Administración, si bien plantea Laguna de Paz (2010:181) sobre la posibilidad de haber cierta duplicidad de títulos de intervención administrativos desde la antigua regulación cuando, la normativa sancionadora en el mercado de telecomunicaciones las violaciones a los derechos del usuario está prevista no solamente como infracciones de consumo, sino

⁶⁷ Dentre las alteraciones en estudio, la Agencia de regulación de Brasil en el Informe de 2010 (2010:30) establece como principales sugerencias para el futuro la desagregación del bucle local, con la posibilidad de las concesionarias prestaren directamente servicios de instalación y manutención de la red interna de abonados, además de la permisión para inserción de cláusula de permanencia en planos alternativos en cambio de beneficios objetivos, en los moldes de lo que ocurre con el servicio móvil personal, y que sea elaborado reglamento específico donde la ley permita al abonado el derecho a pedir que en sus facturas las operadoras especifiquen los servicios prestados, con simplificación de las reglas de cobro.

también como actos ilegales que inciden dentro del reglamento como contrarios al desarrollo de la competencia, en ese caso, lo que se plantea son problemas relativos a la aplicación del principio non bis in idem.

Si bien, en la distribución de las potestades de la normativa de servicios de comunicaciones electrónicas más reciente poco se ha modificado sobre ese tema. La tendencia de las regulaciones europeas es mejorar las condiciones de desarrollo de la legitimación de las autoridades reguladoras sin que haya la reducción de instrumentos de protección de los derechos de los consumidores y usuarios en una normativa central.

No obstante la expresión de la capacidad del órgano regulador en adaptarse a las circunstancias de la evolución del espectro radioeléctrico los marcos carga con más fuerza el uso eficaz de la gestión de los agentes reguladores, señalando la tendencia por el uso de la regulación más simplificada, más especializada pero con más control.

Esa función interventora asegura el acceso a los mercados por la fiscalización y vigilancia a partir del título propio que une los operadores y consumidores. Daí que las condiciones asociadas a las competencias públicas se han desplazado hacia la mejor técnica interventora del órgano administrativo de telecomunicaciones de cada país.

En el modelo vigente europeo las diferencias en relación a la normativa anterior son relevantes y esa ventaja se manifiesta con nitidez cuando las recomendaciones actuales preeven la reducción paulatina de regulación sectorial *ex ante* a favor de una mayor aplicación de criterios e instrumentos del Derecho de la competencia *ex post*. De tal manera, asegura mantenerse el ritmo de inversiones en los países comunitarios en la misma proporción del índice de preservación del grado de protección de los intereses generales pero, con paralelismo en la intervención mínima.

En términos de las tendencias de innovación del marco europeo, la propuesta de la Comisión en las recomendaciones más recientes es transponerlas a las legislaciones europeas, con la creación de una “agencia europea”, integrada de los 27 países, para coordinar sus acciones de modo uniforme y reducida.

Otro punto importante es la introducción de la posibilidad de separación funcional de la red de los operadores dominantes, pero con la condición sine qua non de poder aplicarse solamente como remedio extremo. Conjuntamente, la normativa deberá abrir la posibilidad a que se permita el aumento de la competitividad, con el incremento

del poder sancionador, con efecto vinculante por si acaso las recomendaciones europeas no son aplicadas por las agencias de los Estados en el plazo máximo de dos años.

Esa modernización de la normativa también está basada sobre dos pilares fundamentales: de que el espectro radioeléctrico aumente la flexibilidad y tecnología en su uso y que el aumento de los derechos de los usuarios pueda facilitar aspectos como la transparencia de precios, cambios de operadores, etc.

Mientras tanto, son tendencias actuales de las legislaciones reformistas de Brasil y de los países europeos sobre las comunicaciones electrónicas:

- La reducción paulatina de la regulación *ex ante* a favor de mayor aplicación de instrumentos de incentivo al derecho de la competencia de carácter *ex post*
- Mantener un grado racional de intervención regulatoria, dentro del nivel imprescindible para la protección de los intereses generales y el desarrollo de la competencia efectiva y sostenible.
- Evitar la captura del regulador por los operadores privados, realizada no solo por parte de los “grupos de presión”, sino también por parte de los propios reguladores que tienden a manenderse vinculados a voluntades políticas y a modelos burocráticos históricos.

Evidentemente, esa tendencia en dimensionar las legislaciones bajo parámetros uniformes, unifica medidas jurídicas e sigue influyendo definitivamente a los cambios de los derechos y de los mercados. Ese es el principal fenómeno de la era de la globalización. Al mismo tiempo, por tener como pano de fondo el aspecto económico es improbable huir de las propensiones de los países de recorrer a la internacionalización de las prácticas mercantiles. En armonía con Jauregui, la globalización es (2004:18) es un “término fetiche”, congrega un concepto refugio que fue creado para aglutinar un conjunto de realidades difusas dentro del plusculturalismo actual, cambiado radicalmente por la entrada de las sociedades en la era de la información.

En el campo del Derecho Administrativo, los efectos de la universalización tiene su principal matiz en los sistemas jurídicos internos de cada países, más precisamente en los modelos de intervención o la acción cotidiana y permanente de los Estados sobre la vida de los ciudadanos.

La organización del Estado regulador en el paradigma de la calidad total de los servicios económicos de interés general condujera a la primacía marcante fundada en el principio de la eficiencia como técnica de mejora de las prácticas administrativas.

El ejercicio de la autoridad pública en niveles más restringidos sería la otra grande prioridad para tornar garantizada una verdadera reforma en los sistemas jurídicos. Estos propósitos podrían permitir un mayor progreso en el conjunto de las relaciones económicas y a la vez podría permitir al Estado la posibilidad de asumir la condición de mero verificador de los mercados.

En conclusión, la larga marcha acarreada por la nueva ola neoliberal⁶⁸ reveló la liberalización de los servicios públicos como el punto más convergente de la globalización. En muchos países la difusión del capitalismo abierto prefijó ciertas medidas como instrumentos de realización de los corolarios de las reformas con la implementación de providencias consideradas esenciales: los mercados abiertos y la libertad económica.

Estos requisitos capacitarían los mercados para garantizar el impulso necesario al desarrollo de los derechos sociales económicos, lo que podría representar una gran reducción en el endeudamiento público.

En ese sentido la potencialización de los problemas generados históricamente por la expansión, sin frenos, de las prestaciones públicas, cotejaron críticas que asociaran la intervención pública en la economía como derivación del aumento del déficit público.

La recesión económica global empeoró las críticas al conjunto de las capacidades públicas y al exceso de acciones gubernamentales dirigidas a la manutención del modelo de Estado social. Ese fenómeno se repite todas las veces que se suceden nuevas crisis económicas.

Como vimos, bajo el punto de vista del Derecho Administrativo los efectos han sido la reducción y progresiva pérdida de potestades sobre los servicios públicos y susceptibilidad de las Administraciones en reconocieren la totalidad de las prestaciones esenciales a la colectividad.

⁶⁸ Con diferencia en la teoría de la social democracia, el pensamiento neoliberal está estructurado bajo la premisa de que el mundo caminará mejor si los mercados puedan operarse con poca o ninguna intervención.

Con la concretización de las políticas de emergencia para los cambios ha sido determinante la búsqueda de deducciones urgentes a las reformas propuestas. Por eso, las nuevas políticas de regulación han estado acompañadas de medidas administrativas que propugnaban, muchas veces, antes de la fijación de los marcos regulatorios, nuevas estructuras para el funcionamiento de la Administración pública.

Lo esencial ha sido retirar el Estado de la vida económica. Para eso, fue necesario romper con la tradición social en muchos países que exigían la gestión directa de actividades económicas por empresas públicas.

Las políticas públicas contrarias a las tendencias ideológicas de desahogo del nuevo modelo de economía mundial forjarían perjuicios a los países que no avasallasen a las directrices internacionales. Es decir, ir en contra la desconcentración de los servicios sociales les pondría en riesgo y ubicarían un estado de crisis perdurable y sin salida a corto plazo.

Las resistencias en contra la formación de un bloque de países con ordenamientos y administraciones uniformes serían poco atractivos a los inversores internacionales lo que no les favorecería a la vez de la concesión de créditos o ayudas financieras para abonar sus crisis monetarias internas.

Las directrices trazadas a través de informes presentados por organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, admiten como precio político de esa submisión el aislamiento económico y el ostracismo político perante los demás países.

Sigue pendiente en la actualidad la profunda intolerancia a los modelos administrativos más burocráticos, muy tradicionales, y habituales en países todavía con inspiración en la teoría de los servicios públicos, con gran destaque para las empresas públicas.

La soberanía de los países se ha manifestado históricamente con base en profundos antagonismos alimentados por factores político, económicos y sociales distintos, generando, autodeterminación y identidades culturales casi inconciliables.

Pero, la hegemonía de la expansión del modelo del capitalismo de finales del siglo XX, ha sido definitiva en tornar relativas las autonomías nacionales, aproximando las organizaciones políticas y económicas internas, de cada país. Hubiera sido necesario

ajustarse al consenso, con la unificación de medidas administrativas, capaces de inspirar el cambio hacia la creación de un ambiente ordenado y jurídico, para respaldar el desarrollo económico.

En muchos de estos países, el orden económica se encontraba aplastado por la existencia de reglamentos muy deficitarios y aplicados a las actividades productivas en general como si fueran condiciones para el éxito y bienestar sociales. Tales ordenanzas eran emanadas de las políticas públicas internas que convergían hacia un entorno de intervención directa a través de actividades productivas realizadas por empresas públicas.

Como vimos en este capítulo, dentro del contexto de internacionalización del sistema económico ha sido inevitable la reducción del tamaño y de las capacidades públicas. Es decir, la dirección y comando de las libertades privadas si mantendrían dentro del ambiente de los mercados. Y, muy especialmente para el desarrollo de las políticas de las comunicaciones electrónicas fueran imprescindibles esos ajustes adaptando las libertades privadas a la intervención pública.

El escenario político actual no favorece a que la libertad de las voluntades empresariales esté por encima de los dominios públicos. Así, sigue la tendencia a que las políticas públicas y sociales asistan acciones comprometidas con la simplificación de formulas legislativas y administrativas, con reducción de costes de inversiones, minimizando los efectos negativos de la actual freno al crecimiento de la economía mundial pero sin acarrear pérdidas a los consumidores.

A raíz de la disminución de la presencia pública, hubo la necesidad de reestructuración de las medidas jurídicas para ajustarse a los nuevos métodos competitivos.

Los Estados ganaran visibilidad mundial a través de la integración económica. El uso de políticas comunes, determinó la pérdida de legitimación para decidir asuntos económicos como temas internos. Para intervenir sobre la economía el Estado solo debería manifestarse en el plan transversal, es decir, a través de los llamados, según Mir Puigpelat (2004:75) entes transnacionales.

Si bien, las pérdidas sociales acompañan en paralelo al avance de la función orgánica y de mero espectador del Estado. Es evidente que las ganancias en servicios y precios son notorias en el actual régimen de funcionamiento de los servicios de

comunicaciones electrónicas, pero, todavía queda mucho por hacer por el tema de la defensa de los derechos de los usuarios, no totalmente atañido por los operadores de servicios.

En el más moderno perfil de la Administración pública, la representación estatal de los ideales económicos significó el abstencionismo de las actividades productivas. Las empresas públicas han dejado de encontrar lugar en el medio económico y las autoridades públicas ganaron espacio como órganos de coordinación y responsables por hacer funcionar la maquinaria de los mercados liberalizados.

Eso ocurre porque, la formulación de una base definitiva de vinculación y acomodación de las necesidades sociales a los mercados acompaña el ritmo de la economía y no de la Administración. De todos modos, la crisis del Estado de bienestar es más financiera que jurídica, aunque la libertad económica limitada por el exceso del intervencionismo público general conciba un obstáculo que torna insostenible la vida social.

Pero, como vimos, la necesidad de más regulación jamás llegará a eliminar por completo los abusos arremetidos contra los usuarios. Esos efectos colaterales nacen del exceso de libertad de los mercados. En la fisiología ya estará presente la enfermedad. Ese factor no puede ser ignorado, y es imprescindible la presencia pública para persuadir a las agentes privados de la necesidad de estabilidad social para garantizar el desarrollo económico.

En resumen, las principales modificaciones en las formulas de intervención públicas más recientes sufridas por la Administración y por el Derecho Administrativo no deben ser entendidas como exclusivamente producto de la aparente contradicción entre la política de bienestar y la teoría económica liberal.

La instauración de las administraciones independientes y la restauración de las autonomías privadas en la construcción de los servicios de interés general no han eliminado la función pública primitiva de garantizar las necesidades generales de la ciudadanía. Las ineficiencias de las estructuras de organización y de regulación han contribuido para romper, en definitivo, el régimen jurídico único del derecho administrativo habitual, admitiendo la integración del derecho privado con las otras técnicas de derecho público.

El modelo estatal actual de más inspección y menos intervención, equivale a aproximar los sectores públicos y privados, asemejándoles en el sentido organizacional. En el ámbito formal, hubo la implantación de normas de derecho privado responsables hoy por el funcionamiento de gran parte de las actividades de interés de la Administración.

El incremento de normas de derecho privado al régimen de la Administración también derriba el mito de los mercados autoregulados. La ampliación de los poderes económicos restringió las capacidades públicas, con la disipada de legitimidad en la conducción de políticas públicas de naturaleza social.

La racionalización de las tareas administrativas propugnaron más normas regulatorias porque surgen los nuevos mercados de los servicios liberalizados que ambicionan preservar, en sus designios, el orden social dentro de los niveles de igualdad y libertad individuales.

Todavía, la estructura tradicional y clásica de la Administración ha sido definitivamente alterada. Del Estado administrador, llegamos al Estado regente de políticas de fomento a la libertad de competición. Lo que ha puesto en evidencia ha sido el fenómeno denominado por Araguren (1986:246), de politización de la Administración y, identificada por Alejandro Nieto (2003:42), como la recurrencia del conjunto de efectos prácticos de la relación dialéctica entre la globalización de la economía mundial y la Administración Pública.

Para Retortillo (1998:8), ese momento de cambio refleja el nacimiento de la necesidad de planeamiento y simplificación normativa, de modo orgánico y procedimental, del aparato administrativo.

Por otra parte, los efectos inmediatos de esa transición permiten mayor aproximación normativa pero y mayor alejamiento en la gestión de la actividad económica que distingue claramente entre las prácticas de Estado y las de la economía, con la consecuente reducción de la estructura administrativa, conforme propuesto por las nuevas políticas liberales.

La regeneración de la manera de intervenir del Estado sobre las relaciones sociales ha forjado como consecuencia: a) la descentralización de los servicios públicos y la devolución a los mercados las tareas económicas, sean de naturaleza social o no; b) la instauración de la regulación económica, como instrumento legal para sancionar la

autonomía del nuevo modelo de prestaciones sociales, realizadas por empresas privadas, c) el mayor protagonismo de los usuarios de estos servicios y de las autoridades reguladores, y el deber de los agentes reguladores y operadores de responder por el cumplimiento de los derechos sociales.

La defensa de la libertad y de las garantías de regularidad en la marcha de las actividades económicas de interés general es en realidad un compromiso social del Estado. Eso es lo que permite asegurar la soberanía de la prestación sin pérdida de las autonomías privadas.

La reducción de los conflictos entre los intereses del sector público y de las empresas privadas estarán mermadas cuanto más próximas sean las reglas de cooperación entre esas dos fuerzas sociales⁶⁹.

Los derechos de los ciudadanos, en mantener lo íntegro y necesario límite entre la seguridad jurídica al respecto a la continuidad, regularidad y accesibilidad de los servicios, no se refiere solamente a esas actividades, antes consideradas servicios públicos, actuará en la defensa general, sobre las actividades públicas como privadas.

Los derechos contractuales son una garantía ciudadana y, por lo tanto, los pactos privados dependen del Estado de derecho para sobrevivir, con base al respecto a las reglas jurídicas.

Pero también es cierto, que el exceso del gasto público no beneficia a los ciudadanos⁷⁰. Únicamente favorece a determinados grupos corporativos que, organizados tienen mayor posibilidad de obtener garantías y protección del Estado gracias a la presión política que ejercen sobre los gobiernos y los partidos.

Vallespin (2003:163) entiende que el Estado actual sufre de cierta crisis de gobernabilidad y, en este contexto, el proceso democrático no soportaría grandes

⁶⁹ Para la OCDE (2004:106-107) la evolución del ambiente sociopolítico impone que sean asegurados y respetados los valores de los sectores públicos, con la garantía de transparencia de los intereses privados declarados, esa realidad somete al examen directo e indirecto al público, para que no haya el riesgo de generar pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones. Ese nuevo ambiente será preservado cuando vigore la desregulación y la delegación de competencias.

⁷⁰ Para Lepage (1979:17) en estudio promovido por investigadores pertenecientes al grupo denominado escuela de la *Public Choice*, es posible explicar la realidad y los comportamientos públicos dentro de los mercados en los gobiernos y en las burocracias, a partir del análisis de las instituciones y si ellas sirven o no para transformar a los intereses privados en intereses públicos. La respuesta ha sido que proponer reformas constitucionales o institucionales puede permitir que sean superadas las deficiencias de las dichas instituciones, para ser posible el alcance del interés público.

pérdidas y solamente tendría sentido mantenerlo, recobrando la estabilidad con la conjugación entre la manutención de la legitimidad estatal y la eficacia de sus políticas públicas. En este sentido, para Bobbio (1985:14) la falta de medios de gobernabilidad tiene el carácter más estructural que conjuntural, porque el propio Estado democrático de derecho, es lo que tiene la solución más adecuada para mejorar la actuación administrativa, con la inclusión de normas con perspectivas menos interventoras y más eficaces.

Es decir, los fenómenos del desarrollo económico y liberalización de los mercados en regulación jamás pueden ser reconocidos como una ventaja para las democracias y para las políticas públicas sociales del Estado.

Sea como fuera, el nexo de causalidad entre la realización de los servicios económicos de interés general y la actuación de la Administración pública es la regulación. La forma de intervención en el orden económico, aleja el mito de que toda la actividad administrativa sometida al derecho privado, solamente podría estar basada en el interés público, y medio de control de los efectos de la liberalización absoluta de la economía.

La construcción de nuevas acciones administrativas exigió nuevos criterios para la intervención estatal, con demandas que nacieran de las expectativas sociales y de las características de la configuración de cada sector liberalizado. De acuerdo con los criterios definidos en los objetivos de los marcos regulatorios. El método de control administrativo significa un episodio más en los procedimientos que no deberá dejar de existir en el ejercicio de la potestad pública. Lo que excluye la somisión al gerenciamiento de empresas prestadoras de servicios, con la creación de nuevas empresas públicas, aunque admita plenamente el acompañamiento y el control de resultados y la calidad del régimen de estas prestaciones.

La Administración para Cassese (1994:109), pasó a justificar la regulación dentro del límite de lo estrictamente necesario para garantizar la continuidad y regularidad de las prestaciones mantenidas por agentes públicos o privados.

La previsión la garantizar el mínimo de garantía vital a los usuarios de los servicios de interés general nació de la conciencia de las limitaciones y de los ajustes de las grandes proporciones adquiridos por el aparato estatales en los últimos cincuenta años.

Ese nuevo modelo de intervención parece ser el ideal y merecen destaque por representar la postura más eficaz y transparente en el cambio que intentó rehabilitar y oxigenar las desgastadas organizaciones de dominación comunes en las estructuras del Estado.

Además, ese no parece ser un cambio efímero, ni siquiera un mero juego del mercado, intentando tornar menos compleja la actuación estatal. Sometido a intensas presiones, el Estado intentó minimizar el deterioro de la situación socioeconómica y la pérdida de la capacidad del gobierno más radical, para hacer frente a la situación de profundo desgaste, cambiando la conjuntura de incertidumbre de los servicios públicos, a través de la liberalización.

De acuerdo con lo establecido hay un riesgo, de que esas circunstancias generen a largo plazo un gran paradojo entre la Administración y el mercado por el alto grado de concentración de los intereses de las operadoras y, de otro lado, en algunos casos, la presencia poco eficaz de los agentes reguladores destinados a estabilizar el conjunto del mercado.

Ese posible deterioro de la función pública también si justifica en el caso de que el sistema no si pueda operar bajo la garantía de la regulación óptima, que favorezca el control con la verdadera coordinación administrativa de los sectores económicos. Para tanto, la vinculación de esa intervención reguladora originárias del Derecho Administrativo económico y dirigida a cada sector individualmente, podrá tornar más eficaces las prestaciones económicas de interés general.

Despues de los primeros cinco años de las privatizaciones la gestión privada de los servicios exigió un acompañamiento normativo más directo sobre la forma de realizar la liberalización de los mercados de servicios públicos y, así, el Estado ha sufrido cierta presión para cumplir los contratos y encontrar la forma más eficaz de impulsar la competencia.

Hoy por hoy, esa primera etapa de instalación de la competencia ha determinado los parámetros futuros. Como vimos hasta aquí, las regulaciones han trasladado otras preocupaciones cuanto al desarrollo de la actuación de la presencia pública en los mercados, como garantizar el ritmo de las inversiones en el despliegue de redes de nueva generación y defensa de la competencia en protección a los derechos de los usuarios.

Esa orientación sigue en dirección al mayor control de las autoridades reguladoras, con base en criterios técnicos e informaciones precisas y reales sobre el funcionamiento de todos los sectores implicados, con análisis periódica de los resultados de las compañías privadas, con base en las manifestaciones de los consumidores sobretodo.

La mejora de la capacidad de analizar los señales de calidad, de precios y servicios con base en niveles razonables de desarrollo tecnológico son algunos de los tópicos de mayor demanda de presencia pública en las telecomunicaciones en la actualidad. Así que, la fórmula de intervención del Estado actual sobre los mercados obedece algunos objetivos uniformes, que son los siguientes:

- La defensa de la competencia, frente a la amplia libertad de los competidores:

En la constante dinámica de los mercados, las normas jurídicas buscan suministrar las condiciones mínimas (pero paradójicamente también limitan los comportamientos privados) para que las empresas privadas puedan realizar los objetivos propuestos por la liberalización.

En algunas ocasiones mejorar la calidad del servicio es componer en la misma sintonía, la ley y las actividades de los operadores económicos. Es decir, cuando sea posible esa competición, la libertad y igualdad entre los operadores puede que resuelva y mantenga niveles elementares de funcionamiento de los mercados competitivos, más allá de repetir los resultados de la competencia histórica, la presencia pública puede aprimorar y corregir los fallos y defectos en los rendimientos de estos servicios.

Respecto a las telecomunicaciones, las privatizaciones de las empresas estatales en América Latina, en general, fueron acompañadas por la instauración de una regulación que mantuvo el carácter de monopolio en la explotación privada de muchos de los servicios privatizados, práctica que necesita de reformas más efectivas.

La consiguiente venta de empresas públicas aumentó la concentración de poder, contando con el apoyo de la estructura administrativa existente para favorecer la formación de monopolios privados, con nuevos entrantes como operadores dominantes.

Por lo tanto, en realidad, la intervención pública proporcionó una aparente liberalización a la competencia, pero lo que ha hecho fue oficializar la estructura económica libre que, restringida podría amenazar la consolidación de los mercados de interés general. Esa realidad, común en países de latino americanos, como Brasil, contrasta con la experiencia, de más vanguardia y favorable a los derechos de los usuarios como ha ocurrido en los países de la Unión Europea.

- Calidad y regularidad del servicio, teniendo el regulador como protagonista de los mercados:

En el nuevo juego entre poderes generado en el libre mercado, lograr regular estos sectores significa más que una simple fórmula jurídica que sirva para la nueva gestión de los servicios económicos de interés general. Bajo la potestad de la iniciativa privada, las Administraciones lograrán nuevos instrumentos, jurídicos y técnicos para especializarse en la búsqueda de procedimientos orientadores del mejor funcionamiento para los servicios. En ese sentido, la mera aplicación de la legislación no genera la competencia, y tampoco la calidad, necesitando, por lo tanto, del poder de la intervención reguladora para atestiguar condiciones sostenibles de desarrollo de los servicios.

Depende del Estado asegurarse de que pueda existir un efectivo control de esas prestaciones, incluso que sean responsables por compatibilizar los objetivos del capitalismo con las fuerzas emanadas del ejercicio de la autoridad estatal.

Controlar la calidad de los servicios es una medida de intervención que propicia estabilidad y favorece la seguridad en las prestaciones a los ciudadanos. Las instituciones que cultivan la defensa de la ciudadanía se adjudican ese compromiso con la liberalización de los servicios.

- Accesibilidad, universalidad y neutralidad tecnológica para el servicio de comunicaciones electrónicas

En incremento del número de operadores en los sectores liberalizados no es la garantía de una mejor calidad, pero, sin embargo, la regulación rige las conductas de los operadores, puede y debe ser usada por razones de política social.

La obligación de garantizar accesibilidad a los servicios es una medida administrativa que reduce los costes de las prestaciones al permitir la ampliación al número de atendimientos públicos, favoreciendo a los derechos de los usuarios. Pero, hay que tener como prioridad, uniformizar el acceso a esos recursos por la ciudadanía.

Las políticas de privatización fueran y, todavía son criticadas por los que defendían las políticas públicas realizadas por las empresas estatales, porque permitían un control absoluto sobre los mercados. Otros sostienen que la efectiva competición jamás llegaría a los mercados de naturaleza de interés general por si acaso no sean por la vía de la liberalización.

Pero es innegable que la desconcentración de los servicios de telecomunicaciones han roto el nivel histórico de desigualdad existente históricamente entre las prestaciones estatales y objetivos como la universalidad y la accesibilidad de los servicios, sobretodo de zonas más alejadas de los grandes centros urbanos. Las liberalizaciones deran el consentimiento para que hubiera la redimensión y la modernización de los servicios económicos⁷¹. Muchas consecuencias han sido más favorables a la ciudadanía, como por ejemplo la tentativa de descenso de los precios, la expansión tecnológica con nuevas inversiones y la libertad de competición entre operadores, generado la libre elección de los usuarios a optaren por los mejores o más convenientes servicios.

Por su naturaleza esencial, la continuidad y permanencia de los servicios deben estar garantizados por la intervención del Estado, para asegurar que no haya interrupciones o reducción del nivel de calidad.

Para Carlón Ruiz (2007:83) tratarse de hacer accesible pero también lo más exequible, son entendidas como circunstancias elementales imprescindibles para la

⁷¹ En este sentido, Souviron Morenilla (2000) distingue las experiencias de privatizaciones, clasificando los modelos adoptados por los países en: programática o ideológicas, que serían las practicadas por los gobiernos libera-conservadores, que si insertan en el nuevo modelo de Estado, e, las pragmáticas o parciales, con el objetivo preponderante de obtener fondos para compensar los déficits presupuestarios, considerados por algunos como falsas privatizaciones porque estarían en realidad comprometidas con los lastros tradicionales de los servicios públicos.

existencia de los servicios universales⁷². Las formas de prestaciones deben ser universales pero también límites razonables de precio y de calidad⁷³.

- Poder de policía de los reguladores y la defensa contra la “captura del regulador”

El proceso de despublicación de los métodos de la Administración pública, identificado como "pseudoprivatización"⁷⁴, no ha significado una amenaza real para la actividad administrativa. Cuanto mucho ha permitido la contaminación de nuevos métodos y organizaciones administrativas que han servido de amparo al nuevo perfil de las prestaciones de interés general.

Los órganos reguladores ingresaran en el proceso de gestión de las empresas privadas, como vigilantes e inspectores externos, en sectores que antes de las privatizaciones no se hablaba del mercado libre o competitivo.

Así que, a raíz del ejercicio de la autoridad pública, la potestad administrativa ha tornado posible construirse el mercado de interés general, bajo el control de la Administración. A principio, con la instauración de vínculos entre empresas privadas y Estado y después, acompañando la selección competitiva de los proveedores de los servicios, con la venta del control mayoritario de esas empresas a los sectores privados.

La instalación y funcionamiento tecnológico ha promocionado avances en los sectores que necesitan de su liberalización pero, la presencia pública, en la forma de intervención regulatoria propugna la apreciación de los niveles equilibrados en las prestaciones, lo que confiere una importancia real del control para los servicios utilizados por la población.

⁷² Para De la Quadra-Salcedo (1995:159), la liberalización no es el acta de defunción de los fines de interés público que el servicio público pretende conseguir, en realidad es otra forma de conseguir esos mismos fines en un contexto de competencia.

⁷³ Para Ponce Solé (1996:346-347), es relevante distinguirse las privatizaciones de las actividades de servicios públicos de las actividades de producción o comercialización de bienes y servicios en el mercado. Ambas aluden al ejercicio por particulares, con la reducción del sector público, mientras que, ellas no sufren implicaciones y consecuencias distintas, por eso, deben ser consideradas de forma distinta. En este sentido, las privatizaciones no pueden ser confundidas con la descentralización de actividades públicas, siendo solamente una de sus especies.

⁷⁴ Expresión de Desdentado Daroca (1999:105)

Por otro lado, Sendin Garcia & Navarro (2008:65) advierten que muchos de los servicios economicos actuales son realizados por los operadores privados y no necesitan de una intervenci3n p3blica m3s constante para que funcionen adecuadamente

Pero gran parte de los autores resiste a este argumento bajo la justificaci3n de que esas actividades no son meros servicios privados en el r3gimen libre de la competencia, est3n m3s all3 de pertenecer al libre juego de las fuerzas del mercado. Por su trascendencia social, es imprescindible la regulaci3n⁷⁵ y que el regulador tenga la suficiente autoridad para intervenir⁷⁶ cuando sea necesario y adem3s, pueda aplicar reglas iguales⁷⁷ a todas las compa1as⁷⁸.

- Servicios y protecci3n de los derechos de los usuarios

Las comunicaciones electr3nicas, asi como la totalidad de servicios de interes general conllevan la tutela de los derechos fundamentales⁷⁹, y, incluso por ese motivo alienta cierto conflicto pol3tico en raz3n de que muchos gobiernos mantienen alguna resistencia en aceptar una actividad administrativa independiente, que se engendre fuera de la esfera del control inmediato de las autoridades ejecutivas⁸⁰.

La legislaci3n garantiza la posibilidad de que el servicio universal pueda y deba ser asistido por autoridades administrativas independientes, asi que, la tendencia es que siga exigiendo la efectividad de las prestaciones, y la responsabilidad del Estado por el funcionamiento adecuado y con calidad bajo mejores precios operados por los servicios.

⁷⁵ Villar Rojas (2004:380)

⁷⁶ Para Fabra Ultray (2004:35), una din3mica de autoregulaci3n y pacto entre empresas reguladoras acabar3a si impondo como un proceso irracional y nada ter3a que ver con el mercado ni siquiera con su liberalizaci3n.

⁷⁷ Mart3n Mateo (1999:72), entiende que la Administraci3n econ3mica tiene un papel subordinado, es decir, no le corresponde la elecci3n de los fines sino solamente su cumplimiento, aportando los medios para obtener sus objetivos.

⁷⁸ En este sentido De La Cruz Ferrer (1999:68-69) advierte que, existe un riesgo de que el regulador sea capturado por el mercado, principalemnte cuando ocurren dos hipoteses: a) cuando una autoridad reguladora, con insuficiente potestades b) cuando ocurre la asimetr3a de informaciones del mercado prestadas a los agentes administrativos. Informa ser imprescindible la separaci3n e independencia entre las autoridades p3blicas y las compa1as reguladas, es decir, entre reguladores y regulados.

⁷⁹ Laguna De Paz (2009:63) nos acuerda de que la protecci3n de los consumidores y usuarios tiene car3cter central en la normativa europea sobre los servicios de comunicaciones electr3nicas (Directiva 2002/21), y que lo mismo se encuentra reforzada despu3s de las m3s recientes reformas.

⁸⁰ Sobre el control pol3tico sobre la autoridad reguladora Figueiredo Moreira Neto (2000b:80)

Esa exigencia trascende la a orbita estrictamente mercantil, porque el Estado tiene en la regulación medios para certificar sobre el control de estas actividades privatizadas.

Por lo tanto, son las acciones administrativas, por sus agentes reguladores, dotados con potestad publica, que aumentan las posibilidades de que los objetivos de las prestaciones puedan ser alcanzados.

El ejercicio de estrategias administrativas es imprescindible para influir sobre los mercados, de modo a tornarlos las fuentes principales del fiel cumplimiento de los deberes de protección de los derechos de los usuarios.

Para tanto, hay que estar asegurada la calidad institucional, y deben ser reconocidas estas prestaciones como un medio de garantía publica, por las cuales, la Administración podrá ofrecer instrumentos de intervención diversos y eficaces sobre los mercados.

El incentivo a la creación de asociaciones de defensa de los derechos de los consumidores y el estímulo a otros métodos de participación ciudadana exigen el agujijoneo publico.

En resumen, el Estado ha cimentado las bases para el ejercicio de libre actividad empresarial de las comunicaciones electrónicas, lo que implica decir que la liberalización de los servicios también ha sido un plus en la democratización de las formas administrativas y, también, en la mejora en las garantías sociales al acceso a las prestaciones de inteses sociales y económicas⁸¹.

⁸¹ En ese sentido, para Nevado-Batalla (2003:24-25) el servicio no puede ser entendido sin la participación simultanea de quien lo recibe y de quien lo presta, y ser el receptor, como ser usuario, él debe ocupar posición de destaque a la hora de fijar los atributos de cada prestación.

III TEORIAS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Las reformas estructurales de los años ochenta quedaron conocidas como el Consenso de Washington⁸² y tenían como principal propósito reunir en un paquete de modificaciones legislativas las alteraciones necesarias para introducir una nueva regulación. En muchos países latino americanos, tenían como intención afrontar la crisis de la deuda pública y uniformizar legislaciones. Sus objetivos aspiraban dogmatizar a los Estados a mejorar su capacidad institucional para transformar la realidad social y económica vigente.

Evidentemente, esa visión de simplificación de formas jurídicas atingió a los servicios públicos de modo definitivo con la superación de ideas keynesianas sobre las funciones del Estado. El Estado de bienestar social, en voga en gran parte del siglo XX, también se legitimaba como el gran culpable de la mayor intervención de los gobiernos en la vida económica, con más empresas públicas y mucha restricción a las libertades económicas.

Para Canals (1993:62) el modelo de bienestar entró en crisis no porque sus ideas centrales fueron abandonadas, sino porque la realidad financiera de numerosos gobiernos hizo con que muchos de ellos optasen por la renuncia a las actividades económicas practicadas desde el sector público.

El alcance de la dimensión universal de esas reformas puede ser explicada por Castells (2001:81), cuando indica que en las últimas décadas del siglo XX, por primera vez en la historia, todo el planeta o es capitalista o depende de los procesos económicos capitalistas, un nuevo, pero el mismo capitalismo con rasgos fundamentales. Consecuentemente, la propia existencia de fenómenos económicos que tienen dimensiones globales necesitan de una gestión que supra las necesidades de los Estados en poner en ejecución instituciones y mecanismos supranacionales capaces de gestionar y controlar los efectos que generan. Para Bifani (2002:37) el comportamiento de la economía mundial dependería de la respuesta de los agentes económicos, de incentivos globales y la eficiencia generada por una especie de normativa global.

⁸² Con base en el modelo anglosajón de incentivo al desarrollo de los mercados bursátiles y de las inversiones internacionales, los cambios en los mercados financieros mundiales permitieran la apertura de la economía hacia un modelo financiero basado en el mercado. Sobre las transformaciones financieras de la región ver Stiglitz (2005). Correa (1992) (1998)

Una generación de reformas se sucedió por los años noventa, donde se empieza a percibir la presencia de los inversores internacionales, especialmente, según Vázquez, Vidal & Rodríguez (2010:200) debido a la desregulación del mercado norteamericano que permitió el *boom* de los bancos y fondos de inversión y del mercado bursátil. Esa realidad indujo la formación creciente de mercados emergentes muy pendientes de nuevas tecnologías como la industria de energía, gas y telecomunicaciones.

Con la crisis de las empresas *punto.com*, y el incremento del mercado financiero bursátil internacional también ha sido cambiada la estructura pública e institucional de muchos países, además, las regulaciones de los Estados capitalistas en desarrollo ambicionaran convertirse en instancia de defensa de los intereses de los grandes inversores privados.

Lo que ocurre en países como Brasil, México y Argentina demuestra esa tendencia de acompañamiento del ritmo de desarrollo de las grandes economías globales, al mismo tiempo en que intenta señalar que esa realidad solamente podrá ser posible a través de la realización de los cambios jurídicos e institucionales necesarios, para ajustarlos a la liberalización financiera y al equilibrio fiscal. El aumento de flujos de capital de empresas extranjeras siguió alimentando una ola de nuevas inversiones en los mercados en expansión y regulación casi inexistente.

Torrero Mañas (2007:86) nos recuerda que una especie de “relajación monetaria”, muy asemejada al momento actual, está vigente desde la gran depresión de la economía mundial, con origen en la crisis de Estados Unidos de 1929. Desde entonces ningún gobierno quiere pasar a la historia con el estigma de que cometió el error de los años treinta, y, por eso, todas las grandes crisis desde entonces se han solucionado con la inyección de liquidez en los mercados y con la bajada de los tipos de interés ante el peligro de que el desorden financiera degenera en una crisis económica sistémica y perenne.

La especulación bursátil desautorizó nuevas intervenciones públicas en la primera década del siglo XXI, visando estabilidad económica con autoregulación de los mercados, si bien con el incentivo a la libre competencia. Sin embargo, la decantada regulación de la economía, muy exhortada por los regímenes actuales, no añora un

control financiero estricto como lo percibido en las décadas siguientes a la segunda guerra mundial, pero si un control más racional del Estado contra los fallos de los mercados.

Lo que se vislumbró para el futuro de las actividades económicas liberalizadas fue una alternativa distinta, de la experiencia de excesiva confianza en los mercados, se añadió la elaboración de la regulación del sector con las fuertes presiones por libertad de competitividad y también por innovaciones tecnológicas. Las consecuencias fueran la rápida modificación de los mercados de servicios de interés generales, ya liberados de los monopolios estatales. Ese progreso paulatino y sin frenos responde a la lógica de los mercados autoregulados en la medida en que encuentra en él nicho ideal para su revolución definitiva.

Aunque todavía no se pueda comparar la autoregulación de los mercados con el fenómeno de la formación de los mercados de interés general. En ambos casos prevaleció la ansia por más libertad pero, en los mercados liberalizados el gran progreso ha sido posible en virtud de la presencia de más regulación.

En el capítulo anterior, verificamos cuales son los principales factores responsables por desencadenar las reformas procesadas en la ámbito de los servicios económicos de interés general, sobretodo cuando se trata, de acuerdo con definición de Martínez López-Muniz (1997:186) de la regulación económica como el aspecto más sobresaliente de la regulación externa de los servicios esenciales.

En la primera parte de ese capítulo se analizan las modificaciones legislativas que motivaran los cambios en la teoría de la regulación económica tradicional a la luz de las innovaciones decorrentes de la liberalización del mercado de telecomunicaciones. En la segunda parte, se evalúa los cambios más recientes y las tendencias futuras en el proceso de progreso de las comunicaciones electrónica y sus efectos para los servicios, redes e infraestructuras, para mejorar la evolución de las tecnologías y el despliegue de las nuevas generaciones.

A continuación analizaremos cuales son los elementos desencadenantes de los cambios de estructura de las telecomunicaciones a margen de la propia regulación sectorial. Se evalúa la importancia del proceso de liberalización para la convergencia y

progreso económico del sector, y el papel de las principales teorías, medidas y propuestas regulatorias más recientes que afligen el debate regulatorio actual en Brasil, teniendo como marco de comparación los puntos cruciales del modelo y mercado europeo, más evolucionado en el tratamiento de la convergencia y en el progreso de las redes de nueva generación.

En la parte final, analizaremos la evidencia empírica de la actuación de los grupos de interés en la actual regulación de las telecomunicaciones, introducidas en las legislaciones a través de la reforma de los servicios de interés general, para emular el desarrollo económico a través de la liberalización de mercados estratégicos para la ciudadanía. Los cambios también conllevan a la formación de un poder paralelo de los operadores en razón de la existencia de su propia infraestructura y la capacidad extraordinaria de manipulación política de los agentes reguladores y, por lo tanto, la investigación analiza de qué manera esa realidad interfiere en la defensa de los derechos de los usuarios.

La primavera de las telecomunicaciones no puede justificarse simplemente por la reducción de la intervención estatal en las actividades económicas. En general, esas ideas reformistas fulminan la titularidad pública pero estuvieron centradas en la lucha contra el exceso de déficit público, la falta de eficiencia de las empresas estatales y la debilidad de las instituciones públicas, frente a la necesidad de dejar libres a los mercados para alcanzar las nuevas tecnologías.

Sin embargo, la creciente dependencia de los países a las financiaciones internacionales y el desarrollo de la economía global también influenciaron a que el fenómeno de liberalización llegase a muchos países. Pero, Meilán (2006:121) nos apunta que la liberalización de la economía, no significa solamente el reflejo del desarrollo de la capacidad del mercado para la atención de necesidades sociales, sino respuesta a la evolución tecnológica más rápida pues la era de los monopolios estatales, con tecnologías poco tendidas, eran incompatibles con el progreso de las comunicaciones electrónicas.

Tampoco se puede aceptarse como axioma definitivo, como afirma Pardo (2009:110), que el Estado regulador haya desplazado totalmente al Estado gestor⁸³. En verdad, los poderes públicos abandonarían muchas posiciones anteriores y ganarían nuevos propósitos en la economía mundial. Asimismo, para González-Varas Ibáñez (2001:137), el derecho de la competencia adquiere posición de destaque pero también es cierto que en el tipo de mercado como lo de las telecomunicaciones está marcado definitivamente por la presencia de intereses públicos, de ellos se abastecen y dependen los demás mercados.

III.1. Aspectos generales sobre las teorías de la regulación económica

La preferencia por una regulación que nazca del propio mercado no es propia de sistemas jurídicos administrativos fuera de la tradición del sistema *common law*. Si bien, para Muñoz Machado (2009:118) tampoco se puede decir que la autorregulación sea un fenómeno completamente nuevo.

En Estados Unidos y Gran Bretaña, centros de la economía mundial en la segunda mitad del siglo XX, entre los años 20 y 30, se ha generado un movimiento intelectual fuertemente influenciado por ideas contrarias a las bases de las políticas liberales de *laissez-faire*, lo que llevó a la difusión de políticas públicas entregadas al modelo keynesiano, con el propósito de regular monopolios, circunscribiendo los servicios de utilidad pública (*utilities*), y luchando por más estabilidad económica, pleno empleo y regulaciones orientadoras para la competencia.

En muchos países de América del sur, Europa continental y Asia, la cultura de los monopolios naturales estaba orientada hacia la tradición de los servicios públicos, con casi ninguna competencia y poca regulación a los sectores económicos, excesivamente controlados por la gestión pública directa.

⁸³ Perera, Arroyo & Mendoza (2005:188) aclaran que ese es un término que alude al protagonismo de ciertas técnicas a través de las cuales la intervención pública en los mercados se realiza desde dentro, primero por la iniciativa pública económica y, después, con la reserva de bienes y actividades económicas al sector público. Y advierte que tampoco es cierto que las técnicas del Estado gestor componen una intervención más intensa que el Estado regulador, ni siquiera que una mayor intensidad implique necesariamente una mayor eficiencia en la tutela de la protección de los intereses generales de la actividad.

En ese contexto de gestión administrativa y economía paralizada, el proceso de retomada de la democracia en muchos países, ocurre motivada por intereses económicos. La supresión de políticas públicas proteccionistas impulsaran las bases para la nueva economía emergente, surgida con el propósito de aniquilar las deficiencias administrativas históricas y alcanzar la industrialización que antes solo estaría justificada por la presencia pública.

En el contexto de las empresas públicas la existencia de regulación era poco relevante, ya que el ambiente de total intervención pública fijava las políticas públicas como meros actos administrativos, con base en la potestad del Estado. La teoría de la regulación por lo tanto, intenta replantear que manera podría ser posible trasladar las preferencias individuales y sociales a un único objetivo público y así fundar una nueva política de Estado.

Arrow (1963:83) sostiene que sería posible una política de bienestar, adecuada y factible, desde que las preferencias individuales se encuentren asemejadas y uniformizadas por la legislación pero, también reconoce las dificultades de alcance de esa posibilidad. Y, por lo tanto, afirma Rivero Urrutia (2004:315) la necesidad de que exista un consenso sobre los fines sociales que justifiquen la presencia de normas éticas y jurídicas que establezca la función pública en la política de bienestar social.

La idea central de la teoría de la regulación económica está simbolizada, por lo tanto, en la necesidad del Estado de permitir que se amplíen poder a los mercados pero, con control sobre sus fallos⁸⁴ lo que justifica, según Coase (1994:23) la economía neoclásica de la intervención pública en la economía, o, para Kahn (1993) podría ser traducida a través del concepto tradicional de regulación económica, en la cual ella significa el reemplazo explícito de la competencia por las ordenes gubernamentales, como el mecanismo capaz de asegurar un buen desempeño de las *public utilities*.

La democratización diseminada en los años ochenta fue determinante para fomentar la apertura de la economía a los sectores emergentes. Mientras tanto, la realidad del final de del siglo XX alimentaba formulas tradicionales de funciones

⁸⁴ Sobre los fallos del mercado y los criterios para analizar su impacto en el éxito o el fracaso de los mercados. Véase Wolf (2005), Chang (2005).

públicas, acompañadas por una profunda crisis financiera y poca eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

Ese proceso de recesión global asolaba la economía interna de los países poco desarrollados e impedía cualquier receta de progreso económico fuera del ámbito del Estado, ya que la economía seguía muy limitada a la competencia. Las consecuencias internas del aumento de las tasas de inflación, y de la deuda pública externa contribuyeron para acelerar el proceso de pérdidas sociales, con mínimos niveles de calidad de los servicios públicos. Empeoró la crisis con el incremento de gastos públicos y la sucesión de medidas poco razonables como el aumento de contratación de funcionarios públicos, y la fuerte presencia estatal en la mayoría de los sectores productivos.

Los parámetros de los cambios del sistema no estuvieron basados totalmente en la teoría de la regulación económica, de influencia americana, pero se han dirigido a fomentar el mercado competitivo, con el propósito esencial de mejorar el desempeño de las economías de escala y prevenir la presencia excesiva del Estado. Sin embargo, como medida asemejada al método de regulación, los gobiernos utilizaron para las reformas objetivos iniciales ya practicados en la economía, como por ejemplo la determinación de una política de fijación de precios, conforme el modelo implantado en el sector de telecomunicaciones norteamericano.

El régimen de regulación económica tornó posible la superación de la vieja fórmula de los monopolios públicos, con la introducción de la nueva regulación. En los años noventa fue superado en muchos aspectos la llamada “era de la regulación”, que según Chang (1995) se ubica entre 1945 y 1970, y donde el crecimiento acelerado y la alta prosperidad, favorece la autoregulación en los países desarrollados.

Bajo la óptica de las telecomunicaciones, la normativa anterior alejaba esos monopolios de la competencia, regulaba tarifas e impedían el progreso técnico efectivo. Esa realidad era distinta entre América y Europa, en Estados Unidos la empresa AT & T controlaba el mercado de telefonía, con naturaleza de empresa privada sujeta a regulación, mientras tanto, en Europa, y América latina, las empresas que empleaban poder económico en telefonía eran, en general, empresas públicas y la política de competencia estaba muy poco desarrollada, en donde la regulación todavía era desnecesaria.

La regulación ganó una relevancia superior para el mercado de las telecomunicaciones porque destaca la importancia competitiva para los nuevos rumbos del sector, cuya nueva orientación normativa era necesaria para permitir la evolución tecnológica aplicable en la configuración de nuevas tecnologías.

Para de la Serna Bilbao (2009: 461) las redes y las correspondientes infraestructuras de las telecomunicaciones se convirtieron en el elemento trascendental del proceso liberalizador, especialmente porque permiten a los ciudadanos y a las empresas, acceder a una pluralidad de servicios de mejor calidad y coste económico menor. Esa tendencia mundial regenera la regulación económica como mecanismo de incentivo a las inversiones privadas que solamente serían posibles en países en fase de desarrollo, a través de la liberalización.

Los comportamientos de los mercados son el reflejo de la inclusión de la regulación económica a partir de la liberalización de las competencias en el mercado de telecomunicaciones por lo que también se ampliaron la importancia de la información y de las altas tecnologías, responsables por mantener el sector en funcionamiento.

La superación de esas tendencias más conservadoras en el mercado de telecomunicaciones, también marca la aplicación de la nueva regulación a partir del concepto de fallos del gobierno, teoría desarrollada en la década de los setenta, en lo que denominó Prossner de teoría económica de la regulación. Con críticas como las de Stigler (1996:36), han desenmascarado el uso político de la regulación, la percepción común de ambos autores indicaba que los reguladores estarían capturados⁸⁵ por los regulados, en el momento que el desarrollo tecnológico justificaba el poder de los mercados y la presencia pública jamás podría ser considerada como un poder neutral.

Si bien, ya se reconoce con cierta seguridad que el desarrollo económico no deriva de la ampliación de las libertades individuales. Para Sen (2009), solamente es posible ese progreso con democracia y fijación de un marco institucional adecuado para los sectores de la economía.

⁸⁵ Sobre el modelamiento riguroso de la competencia y los costes sociales entre los grupos de presión para conseguir influencia política, véase Becker (1996) Y, sobre los costes sociales del monopolio y de la regulación, en Prossner (1975)

Por lo tanto, en las discusiones sobre la regulación ha sido recurrente en los estudios la investigación sobre los efectos sociales de la reducción de las prestaciones públicas. Como idea fuerza de las reformas ha sido imprescindible para garantizar una forma determinante de control más efectivo a la entrada de nuevas prestaciones, inmovilizando la ampliación de la iniciativa pública directa, con mayor destaque para las libertades empresariales y el fin de los monopolios públicos.

Durante el régimen de los servicios públicos, la regulación económica solamente ha servido para justificar la presencia pública como portadora de bienes y servicios e instrumento automático de control de los mercados por la vía del monopolio y de la ausencia de competitividad. Con las amplias modificaciones que sucederán a la pérdida de la titularidad pública en la gestión de esos servicios, se inaugura una nueva era en la economía de la información, que necesitaba de un renovado régimen de regulación.

Con la liberalización de los mercados la teoría de la regulación económica⁸⁶ ha estado más identificada con la nueva función pública, responsable por la corrección de los fallos del mercado, en ese sentido Stigler (1997) pone en destaque que la regulación, y el propio intervencionismo estatal están ineludiblemente orientados hacia la consecución del interés común, mientras Becker sugiere que la mejora de la aplicación de la teoría de la regulación estará determinada desde que sea posible la elaboración de modelos que analicen los comportamientos de los reguladores y de los grupos de interés.

Sin lugar a dudas el proceso de la liberalización europea tampoco ha ocurrido de manera idéntica a la experiencia norteamericana. Pero, como punto de aproximación entre ambas está la intención de los gobiernos en interponer la competencia como un mecanismo de autodefensa de los mercados y de protección de los derechos de los consumidores.

⁸⁶ Darnaculleta I Gardella (2009:353) aclara que, en esta línea, la teoría económica de la regulación se ocupa principalmente de las cuestiones relativas a los motivos que explican la intervención del Estado en la economía (teoría positiva de la regulación), o las condiciones de eficacia de dicha intervención estatal (teoría normativa de la regulación), en las respectivas exposiciones base en muchos autores, entre ellos Kroker (1985:10)

Sin embargo, los instrumentos jurídicos desarrollados por ambos regímenes fueron muy distintos porque, en primer lugar, en Europa, como en Brasil, la regulación económica sirvió para impulsar un nuevo control público, a través de las autoridades administrativas, mientras tanto, en Estados Unidos, la idea medular de la integración de la competencia estuvo vinculada a la ampliación del derecho de la competencia y el desarrollo de la autoregulación como forma de control directo y consecuente de la gestión libre de los servicios, donde, la función de las agencias reguladoras independientes eran de meras expectadoras de las actividades privadas⁸⁷.

Pero, hoy por hoy parece ser que las consecuencias del impacto regulatorio sobre las comunicaciones electrónicas, sobretudo en los países donde la liberalización ha sido bien desarrollada, responden positivamente, pues el mercado alcanzó tanto competencia como progreso tecnológico en tareas de carácter público, lo que ha demostrado que la introducción de la regulación en esos sectores fue responsable tanto por su ascenso como la mejor defensa de los intereses sociales.

Mientras tanto, la cuestión regulatoria también alcanza el aspecto de la separación entre reguladores y operadores como un problema más general⁸⁸, que aflige tanto a los países más centrales como los que están en vía de desarrollo en la implantación de los mercados plenamente liberalizados. Sin embargo, el término “regulación”, según Darnaculleta (2009:354) puede ser entendido como equivalente a la actividad de limitación y control estatal del mercado, identificando un tipo de intervención estatal imperativa que se corresponde con la noción anglosajona de *command-and-control-regulation*, que, es un tipo de regulación rechazada frontalmente por la Escuela de Chicago, porque atenta contra la eficiencia propia del mercado.

Todos ellos pretenden estipular cuál es la vía más eficaz para tornar asequibles los ajustes económicos futuros y, al mismo tiempo necesarios para mejor satisfacer a las demandas por nuevas infraestructuras, sin pérdidas de competencia.

⁸⁷ También esa visión simplificadora de regulación fue reforzada por autores pertenecientes a la llamada Escuela de Chicago, que, en los años 90 investigaron la doctrina neoliberal, para sostener una vinculación entre la regulación estatal y la ineficacia de la intervención pública sobre los mercados. En ese sentido, Stiglitz & Sullivan (1995), Posner (2004).

⁸⁸ Sobre la evolución de los intereses de intervención administrativa sobre la libertad de empresa Betancor (2004), Moreno Molina (1996), Muga (1996)

El proceso político democrático reciente fue homogéneo en la difusión de la idea de delegación de funciones públicas a entes privados, pero, la eclosión de las técnicas de regulación de la economía no se sometió a un consenso en la ejecución de las medidas posteriores a las liberalizaciones. En países como Brasil, con historial marcado por Administraciones públicas centralizadoras y burocráticas, el proceso de ruptura con la cultura de los servicios público fue muy lento. El programa de desarrollo económico brasileño estuvo fuertemente influenciado por la práctica de actividades públicas de fomento, con gran cantidad de empresas públicas, durante gran parte del período de dictadura militar sufrido por el país entre los años 1964 a 1985.

A partir de las disposiciones generales ya mencionadas, la nueva ordenación de la participación del Estado en la economía ha sido incitada por el proceso de privatización en muchos países. En Brasil⁸⁹, el inicio de las medidas de liberalización de la economía remonta al año de 1991, aunque, en concreto, obedeció varios ritmos en distintas épocas hasta alcanzar el período de 1995 a 2000 como los años de cambios más intensos.

Para Vickrers & Yarrow (1995), las privatizaciones permiten el aumento de la eficiencia en razón del fin de los monopolios, lo que favorece la reorganización industrial. Así pues, en paralelo a las mudanzas estructurales difundidas, los procesos de globalización económica ocasionaron la apertura de los países a los comercios internacionales. Las necesidades de ajustes internos condujeron a la motivación de que la contención y reducción de los gastos públicos podría reducir las asimetrías institucionales, lo que exigía retirar la presencia pública de la economía y devolver las actividades económicas al mercado.

El crecimiento del déficit público ha sido investigado por autores pertenecientes a la llamada escuela de la *public choice*⁹⁰, entendiendo las elecciones públicas como históricamente favorables a los gastos y a la intervención en la economía. Sin embargo, bajo el punto de vista del éxito económico, el poder empresarial fue convertido, según

⁸⁹ Hanck (1987:10) comenta la situación de Brasil, descrevendo que el potencial de desarrollo de economías como la brasileña, depende, en parte de la liberación de estas restricciones, regulamentos y burocracias que el Estado impone a su sociedad. Y sostiene además, que el Estado brasileiro, sin recursos públicos para financiar estatales estratégicas, debería transpasar esa responsabilidad por la modernización a los sectores privados.

⁹⁰ Buchanan (1985)(1967), Tullock (1965), Mackenzie & Maucaulay (1980), etc.

Kuttner (2001:209) en una prueba de que basado en su concepción del mundo el *laissez-faire* global es la mejor forma de organizar una economía moderna.

Otros puntos de vista señalan que en las democracias más recientes el peso de la presión de los grupos de interés (los electores y los políticos), hace con que prevalezca el incremento del gasto público y de las propiedades del Estado, asociado a la baja productividad de los agentes públicos.

Así pues, en muchos casos, el gobierno, con la intención de garantizar altos índices de popularidad y aprobación social, permitió la apertura de las economías con el propósito de capitalizar sus mercados internos para volverlos atractivos a los inversores internacionales, lo que les permitiría perpetuarse en el poder.

Para Pissarides (1980) los gobiernos de los años ochenta se ocuparon de enfatizar una política de publicidad de obras y discursos de estabilidad social a partir del incremento de gastos públicos. Pero eso, en realidad generó como consecuencia el más endeudamiento y caos en las Administraciones públicas.

Con la inexistencia de bienes intrínsecamente públicos el gobierno dejaría de incrementar los gastos estatales y podría transferir a la iniciativa privada las inversiones en infraestructura, y otros servicios públicos, que, históricamente han tenido gran participación estatal.

Luego, para que las externalidades puedan ser internalizadas sin intervención estatal, sería una condición imprescindible la reducción de los costes privados y la posibilidad de acceso libre a los emprendimientos públicos, aunque, se a cargo del gobierno, producen bienes que pueden ser considerados privados.

Cuanto a la prescripción de la reducción de la intervención pública la escuela de la public choice diagnosticaba que el exceso de control público aseguraba pérdida de productividad y bajo crecimiento económico, por lo tanto, la solución sería la transferencia de las actividades públicas para la iniciativa privada.

Esa verdadera revolución en los medios de interacción entre el Estado y la sociedad hace pertinente la interpretación, más reciente de Muñoz Machado (2009:19)

de que no sea exagerado creer que todo el Derecho Administrativo se haya convertido en el estudio de la regulación de la economía, o, según Rivero Ortega (2007:33) de que la liberalización fue impulsada para promocionar la integración económica a las nuevas tecnologías.

La separación por sectores, para la realización de las privatizaciones, también exigió la formación de una regulación especializada e individualizada, lo que también colaboró con la mudanza tecnológica, rompiendo así las fronteras que aislaban el desarrollo económico de la eficacia de los servicios económicos de interés general.

Por lo tanto, las innovaciones provocadas en la teoría de la regulación económica, necesitan ser investigadas bajo el punto de vista de la pretensión de los países en mejorar la eficiencia de los mercados de bienes y de servicios, lo que demuestra en realidad la formación de un sistema de restricciones impuestas por los Estados como forma de imponer un límite al exceso de poder de las empresas, de forma progresiva y distinta, aunque sea evidente la influencia del modelo norteamericano, con tradición histórica de la ausencia de actividades empresariales estatales.

La liberalización como una reacción contraria al modelo de las *public utilities*, extendida en muchos países durante gran parte del siglo XX, han precedido a un conjunto de medidas jurídicas y económicas con el propósito fundamental de la Administración pública asumir un compromiso público con los sectores regulados.

El resurgir del nuevo concepto de regulación ocurre, como vimos, de modo muy distinto en el derecho comunitario europeo, de fuerte tradición en los servicios públicos y poco asemejado al modelo anjosajón, detentor de características más aproximadas a los mercados regulados. En los países latinoamericanos, de experiencia muy asimilada al modelo europeo, sigue fuertemente influenciado por la adhesión a la política del *laissez faire*, con fuerte tradición a la estatización de actividades económicas.

III.2. Las modificaciones recientes de la teoría de regulación aplicables a las telecomunicaciones

La regulación de las telecomunicaciones recorrió varios caminos antes del diseño de las privatizaciones, hasta llegar al modelo de regulación económica actual, delimitada como un mecanismo de vigilancia y orientación de los mercados. En común a todas esas etapas anteriores, la disciplina de esa actividad económica se centró en la política de control de precios, que, en Estado Unidos, fue reconocido como necesaria a las categorías de las *public utilities* y en Brasil, exigido por se tratar de un servicio público económico.

La derrota del modelo interventor de control público del mercado a través de la gestión directa explica porqué la regulación económica no ha desaparecido en la transición de las telecomunicaciones, de ser considerado como un servicio publico pasó a pertenecer a un nuevo modelo de prestaciones, basadas en la competitividad de operadores privados. Los mercados son hoy más que un signo de identidad del los servicios de comunicaciones electrónicas, tanto en Europa cuanto en América.

Como vimos el flujo de influencias de la teoría de los servicios públicos y la estructura de las Administraciones públicas ha sido una barrera de resistencia a la teoría de la regulación económica tradicional, con las características del modelo norteamericano. Esa influencia menos rígida tanto en Brasil como en España, marcó la instalación de instrumentos jurídicos basados en la misión pública de asumir la responsabilidad del cumplimiento de los intereses generales. Y, para Chang (1995), las graves deficiencias que caracterizaban los mercados de los servicios públicos fueron marcadas por el logro de la industrialización solamente sería posible de alcanzar a través de iniciativas gubernamentales.

Ese panorama ha cambiado con la aplicación de una normativa basada en la eficiencia y el acceso universal, teniendo por plataforma, quizás como en la sistemática del Derecho público, como sugiere Esteve Pardo (2009:389), entendida la regulación económica, como, una actividad administrativa. Esa condición contribuyó a la introducción de la competencia con la promesa de renovar las dimensiones de los servicios de interes general, lo que también permitió la superación de los servicios

públicos como técnica para mejorar la oferta y la calidad de las prestaciones económicas.

El sistema brasileño así como el español adoptaran el modelo de regulación económica como consecuencia de la evolución contrapuesta a la experiencia norteamericana, es decir, se componía por la menor flexibilidad normativa asociada al desarrollo tecnológico y, conjuntamente, dentro de niveles aceptables de competitividad de los mercados más amplios, todo eso bajo el estricto control de las Administraciones públicas.

La visión tradicional de que por medio de la regulación el Estado debería abstenerse de incidir sobre los mercados no ha sido una primicia fácilmente admitida en el rediseño de los mercados, a partir de la liberalización de los servicios de interés general. Consecuentemente, el exceso de intervención dió lugar a un proporcional control público, informador y de coordinación hacia los operadores privados.

La transición normativa estipuló ajustes en la teoría pura para, manteniendo un control residual, la Administración pudiese actuar sobre el conjunto de las prestaciones sociales. Ocurre de manera distinta en el sistema de agencias federales norteamericanas, donde la tendencia es que, como órganos reguladores independientes, tengan la menor participación posible en los mercados.

La verdad es que hoy por hoy sigue pertinente el pensamiento de Keynes (1970) y más recientemente Przeworsky (1996), cuando afirman que los análisis económicos demuestran que los mercados no introducen los recursos y prestaciones de modo eficiente, por sí mismos, y, por lo tanto, compete al Estado intervenir para promocionar ese crecimiento económico, o, por lo menos, pueda asumir el liderazgo en el proceso de liberalización de los mercados para alcanzar la efectiva competencia.

Sin embargo, después de la liberalización, la función estatal sobre la economía permanece inconclusivo e inconsistente, aunque todavía basado en un modelo interventor, ya que en muchos países, algunas actividades económicas siguen perteneciendo al régimen de empresas públicas y, además, no se ha extinguido por completo el modelo tradicional de los servicios públicos. Si bien, en muchos países la

Administración tolera el control empresarial en los sectores liberalizados, lo que retrasa los avances en el sector.

Mientras que en los años noventa empieza a consolidarse los mercados liberalizados en Europa, en esa misma época, en Estados Unidos, todo el sistema económico ya estaba basado en ese modelo de prestaciones, donde la acotación del interés público se restringía a meras recomendaciones de las agencias independientes dirigidas a los prestadores de servicios, y, la defensa casi absoluta de las libertades privadas empresariales.

Una mayor regulación sobre los mercados solamente vuelve al debate después de nuevas graves crisis financieras, como ejemplos, tenemos la de 1929 y la de 2008⁹¹, donde el ambiente anterior está bajo la influencia de pocos o ineficientes controles públicos sobre la expansión de la economía y la ausencia de un modelo de regulación suficientemente capaz de poner a salvo el sistema financiero.

En el sentido de que la regulación no sustitui la competición, Friedman (1984) sugere que la economía debería ser gerida por reglas y no por decisiones discrecionales, pero también considera que tanto los monopolios públicos, como los privados y incluso la regulación pública, presentan muchos inconvenientes, así que, no competiría al gobierno intervenir sobre la economía pero si reducir el tamaño de la Administración pública.

La idea de Coase (1960) reforzada en el pensamiento de Friedman, desconoce sentido para la regulación pública, pero ha sido Primeaux (1997) que ha llegado a la principal conclusión sobre el tema de regulación, cuando, concluyó que es la competencia, y la necesidad de su preservación sana y sin perjuicio a los intereses sociales, donde está el principal factor que justifica la reducción de los costes, donde poco importa si la propiedad sería pública o privada.

⁹¹ En septiembre de 2008, en Estados Unidos ha sido declarada oficialmente la quiebra del banco de inversiones Lehman Brothers, la cuarta más grande institución financiera del mundo. Esa crisis desencadenó una serie de escándalos financieros motivados principalmente por la ausencia de supervisión gubernamental de los riesgos de prácticas especulativas sin control o regulación pública. La recusa deliberada de los entes económicos en ser regulados influyó en la dinámica de los riesgos de los activos financieros y ha prevalecido dentro del modelo identificado por RAJAN (2004:384), como una ficticia arbitraje regulatoria.

La presencia del Estado en la economía brasileña alcanzó su ápice en los entre las décadas de 70 y 80, donde las empresas estatales recibieran nuevas inversiones de capitales obtenidos por los gobiernos, a través de préstamos internacionales. El endeudamiento público ha estado vinculado al proceso de industrialización del país y el modelo de desarrollo elegido que, en realidad, incrementó la presencia política sobre la economía y exigió más aportes financieros para la manutención de empresas estatales con el incremento de gastos con funcionarios. En el año de 1995⁹², en Brasil, los costes con funcionarios en empresas públicas ultrapasaban 61% de los gastos en general, mientras que en las empresas privadas no ultrapasaban a los 39%.

El proceso de privatización de Brasil intentó coordinar una acción estratégica de concentración de esfuerzos de la Administración pública en las actividades donde la presencia estatal sería imprescindible. El objetivo de la liberalización sería proporcionar condiciones reales y adecuadas para el crecimiento y desarrollo económico a través de la entrada de nuevos inversores.

Ese cambio, exigió estabilidad económica, acompañada de seguridad institucional y continuidad de políticas instrumentales en la fijación de los marcos legales para la implantación de esa nueva fórmula de regulación. Ocurrió que el caso de las telecomunicaciones en Brasil, es el ejemplo más evidente de que los objetivos de las privatizaciones han sido el desarrollo de los mercados de capitales.

La venta de estatales sería una tentativa de cubrir gastos corrientes, que para Simonsen (1995:13) es como se tratara de una irresponsabilidad financiera, equivalente a la persona que vende su casa para continuar frecuentando a restaurantes de lujo, las estatales se extinguen pero los gastos no.

En ese sentido, la privatización de las telecomunicaciones brasileña ha sido rápida y radical. El gobierno ha intentado establecer un modelo que directamente transpasase la forma de los servicios públicos, con realización de prestaciones en monopolios, para una actividad privada y competitiva, sometida al control

⁹² IBGE (1995) Informe del Instituto Brasileño de Geografía y estadística, 1995.

administrativo de las agencias federales de regulación⁹³, pero dentro de los moldes del sistema norteamericano. Es decir, el órgano regulador no tendría casi ninguna legitimidad formal para actuar sobre los mercados.

Ante la evolución hacia nuevos retos, competió a la Administración pública, firmar nuevos parámetros para el funcionamiento de los mercados privatizados, con la elaboración de en marco de regulación para cada sector, como también debería intentar implantar la libre competición efectiva. Pero, los efectos en el mercado, en la fase inmediatamente posterior a la venta de las empresas públicas han sido coácicos. Específicamente aplicada a la regulación de las telecomunicaciones el incremento de precios de servicios ha sido una actitud apoyada en la defensa de los intereses de los inversores, en la medida que los títulos de las compañías públicas a ser privatizadas se han valorado con la mayor posibilidad de mayor ganancia por los operadores privados. Ya a los consumidores restó conformarse con servicios poco eficientes, excasa competitividad y ningun señal de control público sobre el mercado.

La ausencia de padrones regulatorios asemejados al modelo adoptado anteriormente en el ordenamiento jurídico brasileño ha creado una gran contradicción normativa, y además, el regulador disponía de información imperfecta respecto a las medidas adoptadas por las empresas reguladas. Influenciada por el modelo americano el marco jurídico de Brasil cobraba eficiencia y calidad a las prestaciones y, el desarrollo económico con base en la neutralidad absoluta del Estado, y, lo tanto, han sido necesarios los ajustes a las estructuras normativas de liberalización de las telecomunicaciones para ajustar los esfuerzos del regulador a los objetivos de estabilidad en el mercado de interes general. Por otro lado, más regulación no rompió con la excesiva concentración del mercado por empresas publicas en régimen de monopolios naturales y la administración siguió sometendose a los mandos políticos en la conducción del sector.

Otra perspectiva a ser considerada fue la preparación de las empresas públicas brasileñas para la privatización. Para Pinheiro & Scheider (1993) los ajustes previos deben ser entendidos como aquellos necesarios para que la empresa se torne más

⁹³ Zanella de Pietro (2009:36), cita ese fenómeno como de "agencificación", con la creación de entidades con mayor o menor grado de independencia, bajo la inspiración en el derecho norte-americano, donde en algunos países han sido denominados de autoridades administrativas de regulación.

atractiva y pueda favorecer su reestructuración por los compradores. Pero, en Brasil, la realidad fue distinta, el fundamento teórico considerado como el consentimiento de la gestión más eficiente de las empresas públicas por operadores privados estuvo acompañada por incentivos inadecuados, con la pretensión equivocada del Estado de que podría monitorar perfectamente a los mercados.

El Banco Nacional de Desarrollo Social (BNDES) ha financiado con una línea de crédito especial de hasta 100% del capital necesario para que los inversores interesados en adquirir las empresas de telecomunicaciones lograsen instalar o ampliar sus negocios en Brasil.

El crédito estaba destinado a la compra, instalación y montaje de equipamiento de banda B (telefonía móvil) y para los fabricantes de equipamientos y componentes electrónicos, con plazos para pagos de los préstamos de hasta diez años. Es decir, existe en el mercado brasileño una gran paradoja, la compra de las empresas públicas por los grupos privados, ha sido posible gracias al dinero público y con otras formas de incentivos públicos.

El regalo del gobierno brasileño cobró caro a los consumidores que han tenido que someterse a una parcial liberalización, con control también ha aportado recursos a las empresas públicas antes de sus privatizaciones, y realizó otras medidas como incrementar las tarifas de los servicios para, supuestamente, asegurar un mayor interés de lucratividad por parte de los futuros inversores.

Otra crítica a los efectos de las privatizaciones para la regulación económica ha sido que en Brasil, si intentó realizar un breve proceso de venta para evitar pérdidas económicas, pero, la demora en la concretización de los negocios ha sido justificada por la búsqueda de las mejores ofertas, lo que también retrasó la elaboración de parámetros regulatorios proporcionales a objetivos más amplios con la liberalización de los mercados.

En este punto, la experiencia presentada por los países comunitarios europeos ha sido muy distinta⁹⁴. La implantación del sistema de regulación económica acompañó las

⁹⁴ Comenta Laguna De Paz(2007:33) que desde mediados de los ochenta del siglo pasado, la Comunidad europea ha aplicado una decidida política de extensión del mercado interior al ámbito del desarrollo

características de cada sector, empezando por la creación de marcos jurídicos genéricos a través de las primeras directivas sobre los objetivos a ser alcanzados por la regulación⁹⁵.

Verificaremos en este capítulo porque la regulación económica de las telecomunicaciones es, por lo tanto, la condición de reaptura de la superioridad de los mercados, frente a los servicios de interés general. Su esencia actual consiste en atestiguar que la liberalización pueda arraigarse para obtener el control público óptimo sobre el conjunto de las actividades económicas. Así que, veremos que cuanto más relevante y eficaz es la regulación para los mercados, mayor será la tendencia a la protección de los derechos de los ciudadanos-usuarios, lo que deberá prevalecer en un modelo de bienestar social.

La implantación de los objetivos de la regulación económica exigió el esfuerzo estabilizador del Estado para reducir y racionalizar la presencia pública en los mercados. La dimensión teórica y ideológica del proceso de liberalización de los mercados de intereses general permitirán la formación de mecanismos idóneos para realizar la transición de la teoría de los servicios públicos, y garantizar la implantación de un modelo de prestaciones que generase confianza de los ciudadanos y más eficiencia en los sectores privatizados.

Pero, la consolidación de este nuevo modelo, como disciplina de la vida social y económica tiene como finalidad esencial permitir que la gestión privada realice lo máximo de beneficios para los usuarios.

Por lo tanto, la regulación económica, como una de las tres grandes formas de intervención de los poderes públicos⁹⁶ tuvo por ideal proporcional la mejora de las prestaciones privadas en el nuevo modelo de eficiencia. La aplicación de una serie de

tecnológico y a la mayor integración económica con impulso político de cara a la afirmación de las libertades comunitarias, construcción basada sobre dos pilares: la liberalización, con la supresión de los derechos especiales y exclusivos para la realización de la actividad, y la armonización, que unifica a nivel europeo la regulación de los aspectos básicos de la actividad.

⁹⁵ Como primera medida la Comunidad europea publicó el Libro verde para el desarrollo del mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones. COM (87), 290, de 30 de junio de 1987.

⁹⁶ En Informe presentado por la OECD (1997:7), además de la regulación económica, como modelo de intervención, habría la regulación social que también sería responsable por el bienestar y defensa de la ciudadanía, además de la regulación administrativa, responsable por la gestión y el funcionamiento de los sectores público y privado. <http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf>.

restricciones operativas a los empresarios es pertinente porque la naturaleza del servicio prestado no representa una actividad económica cualquiera, es fruto de las necesidades colectivas y necesitan de la presencia pública para controlar aspectos imprescindibles a su buen funcionamiento como por ejemplo, el control de precios, la regularidad y calidad de los servicios, etc.

En una definición adecuada a los servicios de interés general, los símbolos de regulación económica⁹⁷ son un punto de partida para influenciar positiva o negativamente un modelo económico de eficiencia, a ser avaliado, por lo tanto, a partir del estudio sobre los efectos de la estructura y del comportamiento empresarial.

La denominada “Escuela de economía política de Chicago”, inaugurada en los años 70, por un conjunto de investigaciones realizadas por un grupo de investigadores agrupados, internataran analizar el comportamiento de los gobiernos desde la perspectiva de la teoría económica de los precios y la economía positiva, , postula que la función primaria de la regulación en las economías modernas es redistribuir riquezas, en lo que llamó Posner de económica "teoría de la regulación económica", la cual pertenecian profesores de la Universidad de Chicago en Estados Unidos, como George Stigler, Sam Peltzman, Gary Backer, han sido contundentes en las críticas a la regulación como instrumento de control público.

A partir de del análisis de los grupos de interés y de las políticas regulatorias, esa teoría llega a la “doutrina monetarista o neoliberal”, de Milton Friedman, y las que se apoyan en las llamada “expectativas racionales” de Robert Lucas y Thomas Sargent.

Bajo el entendimiento con la idea central de la creencia de que la regulación sería el poder de coerción que el Estado podría ejercer sobre las empresas. Lo que pretendían originalmente era justificar que las *public choice*, o decisiones económicas pública, podrían elaborar infinitas e inservibles regulaciones.

La ineficiencia de las empresas estatales puede que no sea la consecuencia de la naturaleza de la propiedad, pero es de la capacidad de sus dirigentes, muchas veces, elegidos por razones políticas y, no necesariamente perseguieren los objetivos de la

⁹⁷ Lasheras (1999)

empresa más si, según Shapiro & Willig (1990) los sus objetivos propios o de los que les indicaran para estos cargos.

Para el Banco Mundial (1989), los beneficios económicos de las privatizaciones son maximizados cuando los gobiernos hacen incrementar la eficiencia como su primer objetivo. Y, para Volker (2001:115) desde el punto de vista conceptual como en la práctica, los mercados internacionales y abiertos de capitales deberían proporcionar enormes ventajas a la hora de acelerar y sostener el crecimiento económico e las economías emergentes y de transición.

Para Krueger (1981), el hecho de que los tigres asiáticos llegaran a tasas de crecimiento al producto interior bruto de muchos otros países en desarrollo ha ocurrido por los distintos niveles de eficiencia, mayor en países donde hay más submisión de las empresas a las fuerzas del mercado.

En países de mayor apertura comercial sus empresas estarían obligadas a competir lo que jamás ocurriría en los países cuyas empresas solamente si mantendrían por medidas proteccionistas y monopolios que, por eso, se las mantendría en el mercado.

Las teorías sobre los “fallos del sector público”⁹⁸ ocuparan gran destaque porque representaban un contradiscurso a la teoría de los fallos del mercado, ya que, en realidad también intentaban investigar, de manera coherente, sobre los efectos de los reglamentos sobre el mercado, permitiendo el surgimiento de las denominadas “teorías de derecho privado”. Como aseñalamos, algunas cuestiones sobresalen: la presencia de monopolios naturales, la información asimétrica y la existencia de externalidades, son algunos de los acontecimientos del mercado que la propia teoría económica de la regulación expone y analiza en profundidad.

Sus objetivos jurídicos son el interés general, y, en términos económicos, la mejora de la eficiencia y la competencia en el mercado, aunque asegura Betancor (2010:193) sea la conveniencia política y normativa que decide sobre el aumento o disminución del nivel de la intervención pública.

⁹⁸Hayek (1990) Muñoz Machado (2009:115), Breyer (1982)

En realidad, lo que ha prevalecido en las últimas décadas ha sido la transferencia de control sobre los servicios del público para el privado, apuntando a favor de la eficiencia. Con el mayor desarrollo económico se han destacado otros criterios, volutantade, de cuño político y contrarios a la regulación, reservando al segundo plano a los intereses generales. Esa reacción parece ser minoritaria y contraria a las acciones legales sobre las relaciones privadas, pues la inestabilidad de los mercados favorecen a los perjuicios sociales que podría generar la ausencia de regulación.

Evidentemente, la liberalización de los mercados reafirma la necesidad de regulación económica, porque se engendra como una especie de respuesta formal a los procesos históricos de insatisfacción social que, según Kahn (1988:xxii) podría desencadenar la decomposición de las *public utilities*.

En la fase de preponderancia de los servicios públicos, lo que prevalecía era una intervención pública favorecedora de crisis económicas, generalmente motivadas por la ausencia de límites a la actuación directa de empresas públicas. Por otra parte, la aplicación de la teoría de la regulación económica al mercado de las telecomunicaciones aportó límites a las Administraciones por la transparencia impulsada en la apertura de la competencia, la introducción de nuevos derechos a los usuarios y la necesidad de las autoridades regulatorias en planear directrices futuras a través de las informaciones producidas por los mercados. Es decir, las soluciones concretas sobre el funcionamiento del mercado, han hecho la verdadera transformación de las redes, y la Administración, cuando autoriza otras formas de otorgamiento de los derechos de radiofrecuencias, acelera el desarrollo de las actividades de comunicaciones electrónicas.

La verdadera regulación económica no nace de los mercados, pues bien, la preservación de la competencia sancionadora del Estado, personificada por las autoridades nacionales de regulación, informa, de modo muy preciso la principal característica del marco regulador de las telecomunicaciones. Las obligaciones relativas al suministro de prestaciones también implican en el reconocimiento de la autonomía del título habilitante para el uso del dominio radioeléctrico, pero, no desconoce que la potestad es el requisito necesario al alcance de los efectos jurídicos a favor de los intereses sociales.

Del sistema, cuya fuente de ineficiencia era la empresa pública y el exceso de intervención pública se ha producido lo que denominó Vickers & Yarrow (1988:119), de “*regulation for competition*”. Por otro lado, las empresas públicas demostraron un exceso de discrecionalidad traducida por la falta de equidad y de prestaciones eficaces, con alto coste social, originario de la sobreposición de poderes de la Administración sobre los mercados.

En cualquier hipótesis, la posición restrictiva y conservadora de la teoría de la regulación económica americana, serviría de ventaja y referencia sobre la visión tradicional de los mercados en sociedades como la brasileña, con mucha intervención y sin ninguna señal de competencia en los mercados de servicios públicos durante toda su historia. La opción por la competencia, sigue una tendencia de cooperación hacia las innovaciones tecnológicas pero desde que esté asegurado por los poderes públicos la necesidad de reequilibrio entre las fuerzas económicas y sociales, posibilitada por la liberalización de los mercados.

En Estados Unidos, el inicio del proceso de liberalización de las telecomunicaciones empieza en los años setenta, con la adopción de medidas dirigidas a la plena competencia, con la consecuente reducción de los costes de los servicios e el incremento de la demanda, proporcionadas con la desintegración vertical de la empresa de telecomunicaciones AT&T, en 1984⁹⁹.

Sin embargo, en la era del gobierno de Ronald Regan, en la década de los ochenta, las políticas de desregulación implementadas hacen surgir que en Estados Unidos surge otro tipo de regulación, denominada “*re-regulation*”, cuando se ha producido la abolición de las normas de intervención gubernamental en el caso de prácticas monopolísticas, a cambio de más autonomía a los mercados y incremento a las normas de incentivo al derecho de la competencia.

⁹⁹ Describen Arroyo & Hurtado (2000:48), que, esta medida que consistió en romper el monopolio y fragmentar la empresa de telefonía AT&T, en siete compañías locales (Baby Bells). La AT&T siguió manteniendo los servicios de larga distancia, aunque sometida a la competencia, mientras que las baby bells mantendrían los servicios locales, en el proceso de privatización y desregulación en el sector de telecomunicaciones.

Mientras tanto, para muchos, la ola definitiva de la política de desregulación se manifestó en los noventa, motivado por el sector de las telecomunicaciones que, con el apoyo de las nuevas tecnologías, sobretodo el avance de internet, y otros medios electrónicos, ha incorporado al modelo regulador clásico, el objetivo fundamental de la defensa de los intereses sociales personificados en la figura de los consumidores y usuarios de estos servicios.

De este modo, el movimiento político que se planteó fue asegurar a las telecomunicaciones una categoría distinta a las actividades económicas comunes. En ese sentido, Gómez-Ferrer (2009:783) nos recuerda que, la liberalización del sector no suponía la ausencia de regulación, pero una regulación de entrada al mercado, con el desaparecimiento de la técnica de la concesión. En la práctica ese cambio también representa la superación de los antiguos dogmas de delegación de competencias, pero reserva de poderes y de la titularidad pública de las prestaciones de los servicios públicos.

En ese sentido, para Betancor (2010:193), son el análisis del mercado y de sus fallos que siguen siendo elemento básico de cualquier aproximación a la intervención pública y además, las aportaciones de la teoría económica de la regulación no pueden ser ignoradas en la re-construcción jurídica de ciertos conceptos y categorías que son esenciales.

Mientras se reconozca que la intervención regulatoria siga como una clave jurídica para la aclaración de los puntos fundamentales en la teoría económica, en Brasil, las aportaciones de las Administraciones indujeron a algunos equívocos que afectaron la esencia de las potestades sobre los mercados de telecomunicaciones. El instrumento jurídico de las concesiones públicas, en los moldes tradicionales, auguran el apego a las viejas tradiciones administrativas, lo que aumentó la confusión en torno de la delibidad del poder de autoridad pública frente a los mercados y la falta de eficacia de la independencia vigilada hacia a los operadores privados. Ese ambiente se agravó por la inexperta competencia. En cualquier caso, solo es posible explicar las bases de la trayectoria de los servicios económicos de interés general a través del sistema de regulación de la economía implantado en los últimos veinte años.

Segundo Pardo (2009: 325), la regulación económica ha sido una especie de baluarte defensivo de las garantías de los usuarios y operadores de los servicios, en el sentido de eliminar regulaciones insuficientes y formentar la competitividad.

El resultado alcanzado en los países sometidos a esos cambios, ha sido el desarrollo de una serie de teorías destinadas a reflexionar sobre la desregulación, en el sentido de restablecer un modelo de regulación óptima, en una especie de evaluación minuciosa de los costes sociales y de los beneficios esperados por la ciudadanía. Es óptima cuando maximiza las ganancias y minimiza los costes totales.

Hoy por hoy, uno de los mayores desafíos del sector de telecomunicaciones en el mundo es encontrar soluciones prácticas para los problemas que afligen el sector, como la ausencia de competencia y la permanencia de muchos operadores monopolistas históricos y dominantes, además, la dificultad de universalización del acceso a las redes de infraestructuras, y las demandas por más innovación tecnológica.

Con base en las innovaciones recientes en el derecho Comunitario, pero que sirven de modelo de referencia para el conjunto de legislaciones afines en otros países, De la Quadra-Sacedo (2009:663) alerta que la revisión del marco regulador pretende también que se incorpore al acervo regulatorio en materia de comunicaciones electrónicas el principio de neutralidad en relación con las tecnologías y con los servicios, y, naturalmente, no hace falta un nuevo marco regulatorio para ese despliegue y si la adaptación legislativa para los nuevos tiempos tecnológicos.

Así pues, con todos estos elementos agregados, es posible convertir medidas que nacen de la Administración, y son dirigidas a las empresas privadas, para que actúen en favor de la mejora de los servicios a los usuarios. Eso es posible gracias a la regulación económica, o a la importancia y a la finalidad que los gobiernos les aseguran.

Las teorías regulatorias actuales son en cierta medida, la consecuencia de la evaluación constante de un sector que se queda en expansión y eso, no siempre ocurre por decisión de los reguladores que, muchas veces son órganos demasiado políticos y excesivamente controladas por los mercados, pues concebidos bajo grandes deficiencias orgánicas y técnicas.

Malaret I Garcia (1999:5-8) nos recuerda que es siempre recurrente empezar estudios sobre regulación económica recordando el carácter polisémico de esa expresión, y de la necesidad de vincular el contexto de recepción de esa teoría con las finalidades y objetivos estatales. Por lo tanto, sería algo simplista equiparar la regulación con la mera intervención pública sobre la economía y sin propósitos claros.

Es un gran paradojo para el legislador responsable por actualizar el marco regulador de las telecomunicaciones encontrar los parámetros de desarrollo y competencia, para coordinarlos con un modelo de calidad y eficiencia de los servicios. Esa realidad demuestra la preocupación de las Administraciones en identificar los puntos de estrangulamiento que impiden el despliegue de nuevos servicios y infraestructuras demandadas por los intereses generales de la ciudadanía.

Ese nuevo “paquete normativo en materia de telecomunicaciones” ha obligado a que en Europa las autoridades nacionales de regulación (ANR) cumplan una intervención dirigida principalmente a las operadoras que ocupen grande espacio dentro de los mercados internos de cada país, incluso eliminando las restricciones que impiden acuerdos y accesos de interconexión entre Estados-miembros.

Las modificaciones más recientes sobre comunicaciones electrónicas versan sobre el refuerzo de las autonomías de las autoridades regulatorias nacionales, además de la creación del Organismo de Reguladores Europeos (ORECE)¹⁰⁰, responsables de la función preponderante de asesorar y asistir a la Comisión europea en el desarrollo del mercado interior, con mejores prácticas reguladoras, además de auxiliar la aplicación del marco regulador de los países, con la creación de un vínculo entre las distintas autoridades reguladoras nacionales (ANR) y la Comisión.

La búsqueda por la uniformización de procedimientos aplicables a las comunicaciones electrónicas y al proceso de fragmentación de las actividades del sector, impidiendo el desarrollo de la competencia ha impulsado la elaboración de la

¹⁰⁰ Reglamento CE nº. 1211/2009, de 25 de noviembre de 2009.

Directiva 2009/140/CE¹⁰¹, objetivando reformar el marco regulador de las redes y de comunicaciones electrónicas.

Esa nueva realidad normativa ha motivado que innúmeros mecanismos jurídicos hayan surgido en los dos últimos años en Brasil, y que proponen la introducción de la verdadera competencia en el mercado de las telecomunicaciones en Brasil, reconociendo el poder de los operadores con peso dominante pero, restringiendo libertades en la fijación de las estructuras y planeamiento de nuevas inversiones. El incremento de obligaciones regulatorias son una fuerte tendencia en el marco regulatorio brasileño, donde todavía no existe una verdadera competencia en infraestructuras o servicios.

Las nuevas técnicas de regulación se destinan a rellenar el potencial tecnológico de las comunicaciones electrónicas, para asegurar el futuro del sector. Esas nuevas cuestiones se aplican, luego, a partir de la imposición de nuevos accesos a infraestructuras y sus mejoras, donde las autoridades públicas deben garantizar que esas condiciones de las redes reflejen las circunstancias de calidad para los usuarios y resultados favorables a los operadores. Mientras la base de los costes de esa expansión tecnológica se incrementa a cada día, eso también genera una tendencia a que esas operaciones sean revertidas directamente al bolsillo de los usuarios de servicios que acaban por sostener el ritmo de inversiones.

Así que, las nuevas directrices para el futuro de las telecomunicaciones reconocen adoptar disposiciones que permitan el acceso a la red de nuevas generaciones¹⁰² con más velocidad y calidad, y el progreso de las bandas anchas y super anchas a través del acceso a nuevos operadores que podrán, de modo más eficientes, y en términos de tiempo e inversión realizados, desarrollar nuevas redes, más modernas y que puedan ser alternativas, para que así puedan competir en infraestructuras.

Como vimos, esa nueva realidad regulatoria está anclada en las actuales políticas de expansión de la competencia sobre las comunicaciones electrónicas ya que en el año

¹⁰¹ En este punto, el ítem 7 de la Directiva 2009/140/CE fueran modificados los artículos 8 y 13 de la Directiva 2002/19/CE, que trata del acceso, y el artículo 17, de la Directiva 2002/22/CE, sobre servicio universal.

¹⁰² Sobre las redes de nueva generación, véase Laguna de Paz (2008: 41-74), Fernández García (2008: 75-125)

de 2011 ya están bastante avanzadas dentro del marco regulador europeo, y todavía muy retrasadas en el modelo brasileño de telecomunicaciones. En ese sentido, el contexto brasileiro actual reconoce la necesidad de cambios urgentes, pero, todavía no están consolidados en los marcos jurídicos actuales, los avances regulatorios marchan con dificultad tanto en relación a las nuevas redes como en infraestructuras, además la gran necesidad de expansión no acompaña el ritmo del aumento de la competencia, es decir, la universalización es un principio pero la plena competencia no.

De todos modos, el reconocimiento empírico de que el progreso de las comunicaciones electrónicas nace de la búsqueda continua de nuevos conocimientos teóricos sobre el funcionamiento de los mercados marcan las decisiones públicas de las autoridades reguladoras. Así, la regulación económica de las telecomunicaciones han tomado una nueva dimensión en la últimas décadas, sobretodo a partir de las experiencias concretas en muchos países que las adoptaran para maximizar los efectos de la liberalización de los mercados y la especialización normativa dirigida a cada sector.

¿Cuál es el modelo económico ideal a ser seguido en el regulador de las telecomunicaciones? Una pregunta asemejada ha hecho Buchanan (1980:214), cuando intentó reconocer las primeras evidencias de los cambios sufridos por los mercados en la segunda mitad del siglo XX, previendo que, a largo plazo, la contestación a esa pregunta debería tener un impacto más positivo en la disposición de la ciudadanía, y en las voluntades de los políticos, lo que hará someter cada vez más la economía a la mayor regulación estatal, aunque el final aun no está a la vista.

La universalización todavía no ha sido muy lograda y las concesionarias de servicios de interés general siguen realizando inversiones con altos costes financieros y bajos rendimientos sociales. La devaluación de las inversiones realizadas a principio de la fase de liberalización, muchas de ellas con recursos oriundos de financiación pública, estan marcadas como insatisfactorias y siguen pendientes del mayor estímulo a las nuevas inversiones privadas.

En Brasil, todavía siguen siendo obligatorias las redes organizadas como vías integradas de libre circulación. Con la interconexión obligatoria y operaciones

integradas¹⁰³, donde los actuales operadores se perpetúan ostentando la condición de monopolistas de hecho, inviabilizando la situación de un mercado plenamente competitivo¹⁰⁴. Sin embargo, los resultados son la baja competitividad y altos precios de los servicios a los consumidores, sea en términos absolutos, como relativos¹⁰⁵.

Las innovaciones condujeran a una parcial liberalización, con pocos competidores y menos opciones a los usuarios para que puedan elegir, experiencia muy distinta del ambiente regulatório europeo.

El otro acontecimiento tecnológico más importante después del surgimiento de la telefonía móvil fue la formación de la banda ancha a servicio de la red mundial de computadores (internet), pilares sobre los cuales se basa todo el futuro de las comunicaciones electrónicas en el mundo. En un conjunto de técnicas que no puede estar soportada por una red de acceso tradicional, la fibra óptica, asociada a nuevas tecnologías de acceso, tiende a facilitar la transmisión, la calidad y la velocidad de datos. El ADSL, y todas sus especificaciones permiten una multiplicidad de servicios bajo una única red, lo que demuestra que las infraestructuras actuales deberán estar capacitadas para operar la optimización de servicios como telefonía, internete y televisión, a través de una misma red.

La gran posibilidad de reducir el poder de los operadores es asegurar la regulación sectorial y la simetría tecnológica, es decir, los sectores deben estar sometidos a un marco regulatório coherente y innovador, pero con un reglamento convergente en la medida en que la reguación específica es dirigida a sectores y redes de formas muy distintas.

Aunque, actualmente, la especificidad de la normativa dirigida a cada sector y la plena capacidad técnica del regulador para realizar esa operación no es un fenómeno exclusivo de las comunicaciones electrónicas. Las consecuencias de esas medidas para las telecomunicaciones son muy distintas. La liberalización de infraestructuras y

¹⁰³ Conforme artículo 146 de la Ley General de Telecomunicaciones de Brasil

¹⁰⁴ Informe de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones de Brasil (ANATEL, 2008)

¹⁰⁵ El informe IPEA/2010, concluye que son tres los factores que contribuyen para los altos precios de los servicios de banda larga de Brasil, una realidad que condiciona todo el sistema de comunicaciones electrónicas del país: a) el bajo nivel de competencia (asociada por grand concentración del mercado, con la participación de empresas domintantes), b) la elevada carga tributaria e, c) el bajo rendimiento de la población. (IPEA, 2010:7)

prestaciones fortalecidas por normativas específicas han generado la tendencia al desarrollo de modelos de tecnologías cimentados en la evolución del sector, y, por eso, destacamos tres grandes medidas administrativas que siguen influyendo profundamente en la estructura económica de las telecomunicaciones:

III.2.1. Teoría de la Asimetría regulatoria

La larga instancia de los monopolios naturales, especialmente en los servicios de redes como uno de las telecomunicaciones, fue considerada uno de los soportes clásicos para sostener la recatada aplicación de la regulación económica a los servicios públicos. Con la introducción de la competencia en tales servicios pasaran a coexistir distintas regulaciones para cada sector, lo que supone una aparente desconexión en el conjunto de la normativa de liberalización.

La teoría tradicional de las telecomunicaciones, por tener como fuentes históricas la economía de escala e infraestructuras concentradas, han sido monopolios naturales desde su origen. Eso se justifica, por un lado porque en el marco reglamentario, la expansión de las redes sería antieconómica e inaccesibles a la competencia, y por otro lado, la realización por empresas públicas, tornaría, para Bustamante (1993:107) improbables e insuficientes cualquier tendencia en generar condiciones de competencia efectiva, en cualquier nivel.

A mediados de los noventa, se han producido otros fenómenos que cambiaran en definitivo la configuración del mercado, con el avance de la *internet* y la telefonía móvil, lo que ha sido determinante para la liberalización y los avances tecnológicos desde entonces. Mientras tanto, después de la apertura del sector de telecomunicaciones, los análisis del mercado se tornaran necesarios delante de la existencia de fallos en el funcionamiento de los servicios con base solamente en la libre competencia.

Dificultades operativas y falta de conocimientos técnicos de cómo reaccionaría los mercados delante de tan veloces permutaciones potencializan los problemas generados por la expansión de las redes. Hoy por hoy, según Betancor (2010:195), la intervención pública se presenta como un elemento esencial y vinculante al propósito fundamental de asegurar el funcionamiento de los servicios de interés general.

Esa comprobación exige una uniformización regulatorio, para que pueda generar una mayor probabilidad de éxito de los servicios, a partir del modelo de intervención integradora, elegido por los gobiernos, pero dirigido a la minorar los efectos de la asimetría en el mercado, por la existencia de fallos que también afligen el propio regulador.

En el caso de las telecomunicaciones se ha expandido el poder del mercado que está en manos de los operadores privados. La presencia privada es compensada con incentivos públicos a la permanencia de competencia en los mercados lo que exige un conjunto de medidas administrativas y jurídicas que favorezcan los usuarios sin eliminar el soporte de crecimiento económico que es la conjuntura privada de desarrollo de las prestaciones de servicios universales. Por lo tanto, el régimen necesita de la competencia tanto cuanto de la regulación, y esa, en la misma proporción de la coherencia y sistematización armónica del conjunto de normativas y ordenanzas dirigidas a los mercados.

En otra medida, podría ocurrir la eliminación de los privilegio y de la reserva de los operadores dominantes pero esa actitud implicaría en la reducción de la regulación a niveles menos favorables a la integración con ritmos sostenibles de crecimiento y desarrollo tecnológico.

Coase (1994:213) describe como efectos inmediatos de la eficacia de los servicios, como todos aquellos hechos y operados bajo la influencia del derecho sobre la economía, haciendo con que las regulaciones gubernamentales puedan influir negativa o positivamente en la simplificación del problema de los costes de las transacciones comerciales.

Esa idea no ha florecido en el cotidiano de las primeras fases de implantación del modelo de la competencia. En Brasil lo que ha prevalecido con gran destaque, ha sido la concentración de los sectores en grandes grupos de monopolios privados, con sectores más desarrollados que otros, como ocurrió con la telefonía fija y la telefonía móvil, aunque mantuviese una moldura normativa general sobre el sector¹⁰⁶.

¹⁰⁶ En el modelo de telecomunicaciones de Brasil, las primeras características de las fases iniciales de la liberalización de los mercados siguen acompañando el funcionamiento del sector. Después del largo recorrido todavía no existe un modelo efectivo para la competencia plena en redes, realidad que no se ha

El marco actual regulatorio en Brasil empieza a alcanzar la transición con mayores inversiones y la ampliación del número de competidores después de casi diez años del inicio de las privatizaciones. Esa realidad es bastante distinta del modelo implantado en Europa.

Esa tendencia del modelo de mayor intervención para la competencia, resgata y confiere sentido al pensamiento de Hayek (2000), y también de Buchanan (1980), al estableceren como parámetros de la mayor eficacia de los resultados esperados, la propia regulación, porque, de cierto modo, los presupuestos de los mercados derivan de la capacidad administrativa en establecer criterios razonables que puedan conjugar el orden normativa.

A partir de su método legal y simétrico la regulación produce la estabilidad necesaria y capaz de rehabilitar la seguridad jurídica imprescindible para consecuentemente legitimar las decisiones regulatorias más satisfactorias y profesionales.

El contexto de la ausencia de competidores dificulta el proceso regulador simétrico por la baja probabilidad del alcance de las consecuencias deseadas por la regulación, en atención a los intereses generales. Eso es, en el caso del ejemplo de la reducción de precios, la diversidad de operadores y redes, alternativas de servicios y mayor calidad proporcionados por el libre juego competitivo, la uniformización regulatoria es exigida incluso para la configuración del mercado.

Evidentemente, el progreso de liberalización estuvo basado en el propósito de obtención de resultados favorables a los intereses generales de los consumidores y usuarios a partir de la diversidad de competidores. Pero, la garantía del cumplimiento de los objetivos propuestos y almejados por los entes reguladores implicaría en facilitar nuevos entrantes, para actuar como titulares de nuevas cuotas del mercado, eliminando en ese caso la “regulación asimétrica”.

operado de la misma forma en otros países. En el modelo español, la falta de simetría ya está casi superada por completo, tanto en la zona de telefonías fijas, como móviles o otros servicios.

Eso significa, en resumen, un contrapunto formal a la tendencia natural de manutención de la existencia de monopolios y condiciones distintas entre diferentes operadores. Sin embargo, el fortalecimiento del poder de los operadores dominantes, no puede caminar en paralelo al fortalecimiento de diferentes niveles de decisión de las autoridades reguladoras, es decir, la contradicción dentro de los mercados es una amenaza constante al crecimiento de telecomunicaciones.

III.2.2. Teoría de la escalera de la inversión

En la última década la introducción de la tecnología ha jugado el papel más fundamental en el progreso de las telecomunicaciones como también en todos los sectores productivos y sociales. Ese impacto ha servido para introducir efectos económicos positivos al consumidor con la reducción de precios y mejora de calidad.

De la Quadra-Salcedo (2009:689) reconoce la importancia del derecho de acceso de terceros a las redes del operador con poder significativo del mercado desagregado o compartido, es decir, el acceso indirecto y el acceso desagregado al bucle local. Esa técnica también orienta al ingreso de operadores alternativos con el propósito de permitir nuevas formas de acceso sin pérdida para los consumidores.

En ese sentido, dos aspectos están sedimentando el futuro del mercado único de los servicios de comunicaciones electrónicas europeo, es decir, promover la inversión eficiente y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas. Para tanto, compete a las ANR impedir inoportunas divergencias en los enfoques reguladores, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales cuando necesiten elaborar las medidas correctivas adecuadas.

Sin embargo, en los términos de la recomendación de la Comisión, de 20 de septiembre de 2010, la gama de medidas impuestas por las autoridades reguladoras debe reflejar una aplicación proporcionada del principio de la escalera de inversión.

La imposición de uso compartido recíproco de las instalaciones también influye en la legislación brasileña, la Resolución 516, de 30 de junio de 2008, asegura la

necesidad de combinación de medidas regulatorias visando generar y compartir redes donde, todavía no es posible la competencia. Esas medidas son necesarias para superar las dificultades y los puntos de estrangulamiento en la infraestructura y seguimientos de terminación. Esas medidas son impuestas a los operadores designados como poseedores de peso significativo en el mercados, y cuando se trata de que la duplicación de una infraestructura resulte económicamente ineficiente o físicamente inviable.

Mientras tanto, esa teoría, todavía no se ha desarrollado en el sistema brasileño, porque la necesaria inversión en redes de acceso no ha sido suficiente para conllevar un sistema basado en precios mayoristas regulados y decrecientes. Los precios, sobretodo de banda ancha, no son reducidos para facilitar a entrada de nuevos operadores al mercado.

Por lo tanto, el marco regulatorio europeo actual está más estructurado, y avanzado, dentro de un modelo de transición hacia el incentivo de nuevas inversiones, donde prevalece un sistema de plena competición. Esa teoría ha sido desarrollada y aplicada sobretodo en Europa después de la liberalización formal, con el propósito de incentivar la inversión de redes de acceso al basarse en precios mayoristas regulados y decrecientes que pudieron inducir a los entrantes a perpetuarse en un peldaño de la escalera.

Asumida por varios reguladores, además de generar precios iniciales más reducidos de acceso a las infraestructuras, implicaría en facilitar a los operadores la entrada al mercado y crecer en la escalera, hasta tener una base de clientes que les determinase construir sus propias infraestructuras, con tecnologías alternativas en fibra, bucle inalámbrico¹⁰⁷, dentre otras.

El símbolo de la escalera de inversiones desarrollada por Martin Cave¹⁰⁸ intenta emparejar el ingreso de nuevos operadores en el mercado, a las consecuencias para la

¹⁰⁷ En ese sentido, Fernando Pablo (2009:905) nos advierte que “bucle local inalámbrico” es una expresión no aconsejada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, pues prefiere definir el “acceso inalámbrico” como la conexión radiolétrica entre usuario final y red básica.

¹⁰⁸ Remedies for Broadband Services, Study for the Commission, Sept. 2003”, disponible en http://europa.eu.int/information_society/topics/ecom/useful_information/library/studies_ext_consult/index_en.htm#2003

reducción de costes, con el pleno acceso a las infraestructuras y el alcance de precios reducidos y regulados a los usuarios.

Se trata de una teoría que pretende justificar que el incentivo al mayor número de inversores privados de las redes de las telecomunicaciones podrá ser incrementado con la fijación de precios y infraestructuras reducidos para atraer competidores y facilitar el acceso a los usuarios a través de las redes compartidas, proporcionando así, en la misma medida, el aumento del número de clientes atendidos. La desagregación del acceso al bucle local¹⁰⁹ constituye un elemento esencial del plano de acción europeo, lo que permitiría un mercado de telecomunicaciones totalmente agragado y liberalizado.

Para tanto, son estratégicas las acciones de las autoridades nacionales de regulación (ANR), del modelo europeo, ya que pueden consignarse situaciones de competencia desleal en el caso de que los operadores intenten construir sus propias redes. Esa medida podría auxiliar con mayores incentivos en las ofertas de los reguladores para estimular su entrada en el mercado.

En la actualidad, para la manutención de la competición es imprescindible la presencia pública, exigiendo el cumplimiento de la función reguladora para acompañar y dar soporte a los compromisos sociales de las telecomunicaciones.

III.2.3. Teoría de la separación funcional

Muy característico de la sección de telecomunicaciones, la competencia ha impulsado las políticas regulatorias europeas pero, en contrapartida, la teoría de la separación funcional se ha producido en pocos países ya que también depende de un cierto nivel de convergencia tecnológica para solucionar los problemas decorrentes del bajo nivel de competitividad.

En la revisión del marco de 2002, (2010/572/UE) sigue la orientación a las autoridades nacionales de regulación para orientar al uso de criterios no discriminatorios en las condiciones de acceso y de los costes de banda ancha

¹⁰⁹ COM(2000)814final

obligatorio para dirigirse a los operadores dominantes y conseguir la competencia efectiva. El caso es que otras medidas, por incapaces de ofrecer la neutralidad tecnológica necesaria por la ausencia de competitividad y fuerte presencia de operadores con mayor grado de poder puede que afecte al ritmo de las inversiones y produzca desequilibrio en las condiciones de acceso, por esa razón la separación funcional u otras formas de separación se hubieran revelado eficaces para garantizar la equivalencia del acceso.

En esa orden, para la separación funcional posibilita a que las empresas integradas verticalmente pueden actuar de modo más independiente, generando la competencia entre operadores mayoristas y los minoristas. Alonso Salterain (2008:169) en el transpaso de las empresas los objetivos para garantizar la competencia entre competidores esa teoría se tiene aplicado mas recientemente al modelo europeo, orientada a asegurar la plena independencia del gestor de las infraestructuras en relación a los prestadores de servicios para fomentar la plena competencia.

A partir de la neutralidad existente en el acompañamiento de las acciones de los operadores y en la igualdad de tratamiento entre ellos, nace como una especie de protección regulatória. Significa que aunque la red siga perteneciendo al mismo operador que, a la vez, podrá ser prestador de servicios, se trata de impedir la gestión compartida y con ventaja para ciertos operadores. Lo que pueda favorecer la mayor dependencia de unos operadores en detrimento de otros y una responsabilidad equidistantes del ente regulador.

La actitud de compartir redes y servicios se impone como tarea regulatória de superación de un modelo de transición anteriormente basado en la individualización de ventajas producidas por los inversores iniciales. El marco normativo comunitario consagra a la autoridad regulatorias de cada país la utilización de medios para someter la situación de separación funcional cuando y como de su conveniencia, en beneficio de la innovación y de la calidad.

Por lo tanto, todos los países europeos estan autorizados a presentar esta como condición de estímulo a las nuevas inversiones y que es, muy distinta al modelo originario de la competencia en infraestructuras propuesto por la comisión europea.

Eso significa que un único operador podría facilitar nuevos señales a todos los demás operadores a precios bajos¹¹⁰.

Es evidente que el retorno al debate sobre la creación de sectores independientes, más supervisados en su funcionamiento y con procedimientos orientados por el propio regulador, pueda mejorar el nivel de competencia en el sector. Suponen el control de precios entre los operadores para que en el mercado de comunicaciones electrónicas pueda seguir atractiva en el ofrecimiento de ventajas para los consumidores, pero también que sirva de estímulo a los nuevos o menores operadores.

En este sentido, la OCDE, sigue cuestionando si el mercado de telecomunicaciones debe seguir manteniendo los incentivos para nuevas inversiones en infraestructuras cuando los operadores no cuentan con ingresos que compensen ese tipo de control.

En España, la Comisión del mercado de telecomunicaciones¹¹¹, regula la materia, considerando ser una medida posible solamente cuando sea motivada por una necesidad extremada, o en caso de que estuviera en riesgo la libre competición, considerando todavía que, haya tenido un impacto negativo sobre las inversiones y la atraktividad de los mercados.

Ariño (2004:35) anteriormente ya alertó sobre la complejidad de instrumentalizar el uso común de redes de telecomunicaciones que se desarrollan en la medida en que se producen mejores técnicas en los sistemas de control de nuevos operadores entrantes. Recurso que todavía sigue vigente en muchas legislaciones como en el caso del modelo brasileño de telecomunicaciones o en otros mercados como el sector aéreo y el ferroviario, donde operadores distintos pueden utilizar perfectamente las mismas vías de acceso.

El uso de redes compartidas proporciona grandes inversiones en tecnología y el desarrollo del sector. Mientras tanto, la expansión del proceso de liberalización esta

¹¹⁰ La comisión europea justifica las posición de dominio de empresas nacionales de telecomunicaciones por el hecho de que hayan sido beneficiadas, en el pasado, de derechos exclusivos para la construcción y exploración de estas redes, a través de la Exposición de motivos de la Directiva 90/388

¹¹¹ CMT (2008) Informe Líneas Maestras de la futura regulación de las redes de nueva generación. http://cmt.es/es/documentacion_de_referencia/redes_nueva_generación/anexos/ANEXO_NGA.pdf

pendiente del nivel de equilibrio entre el despliegue de las nuevas redes para la mejora de la calidad de los servicios, y la garantía de existencia de una cobertura universal y una mayor accesibilidad a los servicios, sobretodo en zonas más remotas.

III.3. La actuación de los grupos del interés en el mercado de las telecomunicaciones

Los progresos regulatorios tienen como función esencial mantener la autoridad del ente regulador, bajo el punto de vista del liderazgo sobre los mercados, interpretado ese principio como propio de la potestad administrativa, sino el garante de la eficiencia operativa de los empresarios frente a cada sector que actúan.

Sin embargo, las telecomunicaciones siguen otra dinámica más compleja, porque los órganos reguladores son desafiados constantemente por los mercados, en responder rápidamente por las demandas surgidas en las novedosas dinámicas de modernización de equipamientos, servicios y medios digitales. Ese entramado de informaciones es asumido por las Administraciones en la medida en que competirá a los reguladores acompañar y dictar cual es el ritmo de actuación de los operadores.

Esa acelerada e inacabada sucesión de acontecimientos, una mezcla de innovaciones y altas tecnologías se imponen a las ANR's como una circunstancia extraordinaria que puede comprometer su posición de autoridad. Esa realidad es más indulgente cuando torna el regulador vulnerable a las voluntades de los mercados por causas que les desvirtúan de los comportamientos públicos esenciales. En general, el desconocimiento técnico del funcionamiento de las prestaciones, o la información asimétrica sobre las actividades realizadas desvía la atención del regulador y acaba por retirar su equilibrio regulatorio, y así, las obligaciones de control del mercado pierden importancia y resumen a un según plan la defensa de los intereses sociales.

Eso porque las decisiones administrativas equivocadas actúan como instrumentos que, conducen a errores que, muy probablemente mejor favorece a los intereses particulares. Es decir, el control paralelo de los operadores para la manutención de monopolios, privilegios, precios altos y calidad incompatible con los objetivos sociales de los servicios son consecuencias de la consentida conducta de las autoridades de regulación.

La teoría de la captura del regulador, originaria de las investigaciones de autores pertenecientes a la Escuela de Chicago, se ha ocupado de reconocer que la óptima regulación debería existir como el principal objetivo de la intervención pública, para impedir las amenazas fortuitas a la protección efectiva e independiente de los intereses públicos.

Ese control debería ser formentado por grupos de intereses, donde los fallos de la intervención estatal deberían ser minorados, o, como vaticina Posner (1974), la teoría de la regulación económica permitiría a que la búsqueda por el bienestar de los diferentes grupos de intereses podría aumentar con la regulación. En contraposición para la teoría de la captura, el regulador estaría controlado por la industria regulada y, en ese sentido elemental, la mejora de la regulación necesita imponerse como protección frente a la competencia, impidiendo que se sobresalga por intereses de las industrias por encima de demás grupos de intereses.

Esa manipulación de la industria a sus propios beneficios condujo el hilo de investigación de Stigler (1994), destacando la naturaleza, por veces, aséptica de la regulación, lo que conlleva a la captura de ese modelo por los regulados. Se el regulador asume los mecanismos de mercado hay que cambiar los mecanismos de protección de los monopolios que dañan a los intereses generales, y, por lo tanto, asegura el parcial poder coactivo del Estado que, puede ser un cutillo que corte solamente de uno de los lados.

La competición entre los grupos de presión no pueden ejercer junto a los legisladores tal influencia que los impida de implantar políticas que fomenten un creciente aumento de costes al consumidor. Pero, es evidente e inevitable el aumento de influencia política de los empresarios cuando las políticas de las agencias favorecen a los intereses de los operadores y de los políticos, adoptarán las agencias reguladoras como medios de manipulación de sus intereses particulares, lo que facilitaría a un mayor control de la industria regulada

Stigler (1994:465) profundizó ese pensamiento al establecer como parámetro dañoso para la regulación la utilización de instrumentos reguladores por las empresas

y en sus propios beneficios. Delante del Estado aseptico, la regulación es un proceso de captura sufrido por lo reguladores a favor a los intereses de las empresas reguladas.

Así, la regulación “capturada” al sustituir los mecanismos del mercado sometería el desarrollo tecnológico al proceso de monopolio natural en muchos sectores, impidiendo la competencia efectiva y protegiendo el control de algunos empresarios, sobre todo los dominantes. En este sentido, el regulador tiende a decidir por medidas que puedan favorecer la política de precios y de tarifas en beneficio de las empresas reguladas.

Depende de las agencias independientes elegir maximizar el apoyo público a los grupos de presión, en ese caso, en perjuicio de la ciudadanía y traicionando los intereses generales. De este modo, los grupos de presión siempre existirán, pero, son los que competen y determinan la esencia de la regulación deseada.

La utilización de subvenciones cruzadas entre servicios, contribuye a la redistribución de servicios de modo a beneficiar cierto y determinado grupo de consumidores, en función de su influencia y grado de interés de las operadoras. Esa es una costumbre que también es contraria a los intereses fundamentales de lo que representa ese servicio y bastante perjudicial a los avances del mercado. Lo que simboliza con se impone el proceso de captura de los entes reguladores.

En resumen, los usuarios se tornan extremadamente vulnerables cuando los regímenes de regulación se constituyen basados en criterios eminentemente empresariales, pero con decisiones administrativas donde prevalecen intereses políticos, así que precisamente el caso de las telecomunicaciones puede representar el principal ejemplo de cómo los órganos de regulación pueden estar vulnerables a ese proceso de captura y que, por otro lado, que sea un servicio que con regulación también puede superar ese entorpecimiento a favor de la mejora técnica, económica y social de los servicios, con un resultado satisfactorio y justo a los consumidores y a los operadores.

IV LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL NUEVO CONTROL PÚBLICO

Mencionamos en el capítulo anterior que la capacidad estatal para administrar los sectores económicos liberalizados, contenidos como categoría de servicio de interés general, es potestad de los organismos reguladores, pero hoy el mercado de las comunicaciones está basado en la economía global donde predomina la dinámica centrada en las inversiones y en la compatibilidad de redes para su desarrollo.

En la era de la liberalización, los países empresarios fueron sustituidos por Estados reguladores al permitir la entrada de nuevas empresas, lo que exigió del marco regulatorio de estos servicios de interés general no solamente una amplia libertad desde el punto de vista económico, sino también la responsabilidad de unir en ese modelo la máxima eficiencia y los mejores beneficios para los usuarios.

En definitiva, lo que prevaleció tras diez años de economía de escala ha podido ocasionar pérdida de eficiencia generada sobre todo por la expansión de redes de comunicaciones electrónicas que continuaron como monopolios naturales. Es decir, el contexto actual tras varios cambios tecnológicos no ha proporcionado la sinergia ideal entre la regulación y la competencia, porque no siempre contó con una Administración austera que hiciera hincapié en los mercados, lo que resultó en la formación de grandes oligopolios de multiservicios.

Al pasar del modelo de mercado de servicios (telefonía) a un gran volumen de contenidos (comunicaciones electrónicas) se produjo la transición del modelo de redes tradicionales a las redes de nueva generación, lo que despertó gran inquietud entre los empresarios e inseguridad en los reguladores (Aldana & Valejo, 2010), ante la incertidumbre de la necesidad de nuevas inversiones y del proceso de migración tecnológica hacia las redes de nueva generación. En ese contexto actual, el desafío consiste en mantener la calidad del servicio y la protección de los usuarios del sistema ajustados a mercados más amplios y a una tecnología más moderna y evolutiva.

Desde la perspectiva de los reguladores, elevar la competencia basada en la regulación ampliaría el deber de los empresarios de formentar nuevas tecnologías,

reforzando las políticas de servicio universal y posibilitando el incremento de la cobertura social. En realidad, el internet, las comunicaciones electrónicas y las redes de acceso de nueva generación, todavía no están regulados adecuadamente en muchos países porque el incremento de la capacidad tecnológica no ha sido proporcional a la adaptación regulatoria a la alta gama de servicios orientados rumbo hacia la convergencia de infraestructuras.

La necesidad de que existan diferentes regímenes de regulación para diversos grupos de servicios, con modelos regulatorios distintos, refleja resultados diversos en los que prevalecen elementos como las diferencias en el nivel de desarrollo y de la infraestructura de cada país.

Los nuevos costes derivados del traspaso tecnológico generan otras necesidades de regulación porque estos cambios exigen una adaptación permanente del mercado, pero también de las instituciones. En este capítulo trataremos de identificar las nuevas formas de organización dentro de los últimos ajustes de los marcos regulatorios vigentes a partir de las innovaciones del volumen de servicios ofrecidos por el sector.

Dentro del nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas europeas¹¹², el incremento de la competencia, que se produce con la entrada en el mercado de nuevos operadores, adquiere la misma importancia que la presencia de las entidades regulatorias, las cuales deben estar capacitadas para estimular la inversión en el sector. Por lo tanto, la ampliación de las redes necesita apoyarse en aumento de competencia.

La existencia del control regulatorio depende de la articulación de los órganos de regulación con sus propósitos fundamentales, es decir, debe ocuparse de la defensa y protección de los derechos de los usuarios de cara a los mercados empresariales.

En este mismo contexto, para consolidar reformas cruciales fue necesario hacer modificaciones en los mercados en general. Por lo tanto, el concepto de capacidad

¹¹²Reglamento CE nº. 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por el que se crea el organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), la Directiva 2009/136/CE por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios con relación a las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/legislative_framework/124216a_es.htm.

pública resultaría de la confluencia de políticas públicas para la creación de organismos reguladores más unitarios e integrados, sobre todo en el modelo europeo.

Para ello, es necesario entender el funcionamiento de las entidades reguladoras y sus relaciones con los demás actores involucrados en la ejecución de los servicios económicos de interés general en la nueva arquitectura de las redes. Aunque ninguna infraestructura disponible pueda integrar todos los servicios de manera perfecta, la Unión Internacional de Telecomunicaciones¹¹³ definió hace tiempo esa tendencia como propia de la evolución coordinada de redes que antes eran independientes, hacia una conformidad que permita el soporte común de servicios y aplicaciones (UIT, 2004).

Para que exista el avance tecnológico es indispensable que la regulación evolucione a la misma velocidad, lo cual permitirá un acceso al futuro de las Redes de Nueva Generación (NGA), donde se podrá concebir un mercado único de servicios de comunicaciones electrónicas y, en particular el desarrollo de servicios de banda ancha de muy alta velocidad, como un factor esencial para generar crecimiento económico¹¹⁴.

Entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo hay pocas particularidades discrepantes en materia de tecnología ligada a las comunicaciones electrónicas, pero sí muestran bastantes disparidades respecto al aprovechamiento, contenido, transmisión y velocidad utilizados en la práctica del mercado a partir del reglamento del sector.

Las distorsiones en las leyes para la competencia vulneran la inversión y la innovación tecnológica, multiplicando los riesgos para la ciudadanía cuando prevalece el control del mercado por parte de las industrias de alta tecnología. El futuro de la construcción de las redes de acceso y el despliegue de las redes de nueva generación tienen en cuenta principalmente la situación económica actual (Katz, 2009), muy pendiente de modelos financieros desarrollados a partir de un marco regulatorio que genere los incentivos públicos adecuados.

Hoy por hoy, muchos de esos modelos aún no están plenamente adaptados a las exigencias del mercado abierto a la competencia y a los objetivos de eficiencia y

¹¹³ <http://www.itu.int/rec/T-REC-Q.1761-200401-I/es>

¹¹⁴ Conforme Recomendación de la Comisión Europea (2010/572/UE) de 20 de septiembre de 2010.

resultados de calidad de servicios. Las nuevas posibilidades para el mercado y para los usuarios generan nuevos problemas regulatorios que tienen que enfrentar las instituciones. Existe la necesidad de creación de una nueva generación regulatoria con políticas coordinadas a nivel regional e internacional para permitir que se puedan obtener del mercado liberalizado todos los beneficios tecnológicos y sociales para la consolidación simultánea del bienestar ciudadano y de la expansión del sector.

Durante los primeros años después de la privatización, con la aplicación de la gestión privada de las actividades públicas, la formación de los marcos regulatorios en cada categoría también exigió el establecimiento de órganos reguladores que aseguraran el cumplimiento de los contratos de explotación de los servicios y, en particular, de los resultados de las inversiones realizadas en la construcción de la red tecnológica, responsable del cumplimiento de los objetivos de cada sector.

Tras ese primer paso, el criterio acerca de la intervención del Estado se estabilizó para especializarse en la formación de un marco legislativo completo y eficaz para promover la adaptación de los avances tecnológicos a la organización administrativa. La intervención también ha sido orientada hacia los resultados sociales de los servicios practicados por las empresas privadas en la elaboración y adaptación de infraestructuras ya existentes hasta ese momento.

En la mayoría de los sectores de alta tecnología, como es el caso de las telecomunicaciones, las redes tradicionales compiten con las NGA en la infraestructura anterior, por lo tanto, la función reguladora es la encargada de ajustar el sector a la formación de una red convergente, haciendo que los operadores compartan etapas de desarrollo con incentivos privados exigidos para la interconexión de redes.

La política de precios y tarifas en el sector también representa un aspecto fundamental en la definición de objetivos precisos de protección integral y universal a favor de la competencia en la actualización de las redes.

Por lo tanto, entender la capacidad de gestión pública en estos sectores, que necesitan inversión en la infraestructura de las nuevas redes en el futuro, también significa detectar los elementos que influyen en la satisfacción de los objetivos sociales ante los actuales desafíos económicos que afectan el desarrollo de los mercados. Esa

realidad puede que limite la actitud, a veces compulsiva, de las administraciones públicas, que en realidad deben ser más vigorosas y manejables.

En ese capítulo se analizan cuatro factores desencadenantes de los cambios en la estructura de regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas: la necesidad de actualización de los marcos regulatorios del sector; las innovaciones institucionales y la restauración de la capacidad de los órganos de regulación en el nuevo modelo de administración pública; las nuevas tendencias de la participación pública en el funcionamiento del sector; y el papel de los instrumentos normativos y regulatorios en el diseño de las telecomunicaciones de Brasil.

A continuación se evaluará el proceso de liberalización en la dinámica del mercado dentro de las nuevas perspectivas de las medidas regulatorias en el marco común europeo.

El desarrollo tecnológico en Europa guió la adopción de puntos fundamentales para la mejora del sector, lo que ha producido un avance más marcante de las técnicas de regulación que no se extiende a otros países no comunitarios. Por lo tanto, el nuevo control público estará determinado por la migración de las redes tradicionales de telefonía en el despliegue de las NGA. Para acompañar esa integración se necesita la implicación de los reguladores, además de la de los operadores, responsables de las inversiones, como veremos más adelante.

IV.1. Características del modelo regulador brasileño: los hitos en el proceso de cambio del sector de las telecomunicaciones

El problema principal de la asimetría entre el mercado liberalizado de telecomunicaciones y las empresas privadas siempre estuvo centrado en el desarrollo del papel del regulador en el cumplimiento de los objetivos sociales del sector. El progreso tecnológico ha ofrecido muchas alternativas aliadas a la participación de operadores privados, es decir, en un ambiente de competencia.

La sujeción estricta a las reglas de competencia prohibía la explotación abusiva de la posición del dominante en la economía de escala, con alcance a nivel mundial. Según un informe de la UTI sobre el acceso universal en Latinoamérica (UIT, 2009), ésta es una región pionera en materia de acceso universal para telefonía, así como en otros servicios de electricidad y agua, lo que es resultado de estrategias y políticas promocionadas mediante proyectos de financiación de expansión de infraestructuras de redes.

La intervención gubernamental impone exigencias a los mercados y conecta la necesidad de nuevos servicios con los incentivos de expansión tecnológica. El momento actual refleja los resultados obtenidos por distintos modelos de regulación nacidos de acuerdo con las circunstancias estructurales e institucionales de cada país y región. En algunos países la mejora en el desarrollo y en los resultados de inversiones en infraestructuras, por parte de entes públicos o privados, además de las redes de comunicaciones, ha hecho posible obtener mejores resultados sociales en el sector.

Es emblemático el ejemplo de países como Inglaterra (Renda, 2006), Corea del Sur, Canadá y Holanda, donde fue decisivo el apoyo gubernamental a la innovación tecnológica y a los consumidores, reafirmando un modelo de competencia entre plataformas que permite la sostenibilidad del sector. En esos países, los objetivos de inversión se caracterizaron por la adquisición de operadores establecidos para consolidar el sector y, a la vez, expandir el mercado.

En otros lugares, como en Brasil, ha prevalecido en la secuencialidad de los ciclos el desarrollo tardío de infraestructuras, deficientes políticas de servicio universal y poca fortaleza institucional. Las demandas de los usuarios ya no son las mismas que había al inicio del proceso privatizado; la necesidad de integración del acceso de redes que antes eran paralelas, y que incluyen nuevos accesos y mayor velocidad de transmisión de datos, demandan a los reguladores que concilien intereses públicos y privados.

Esos fenómenos tecnológicos sufridos por las comunicaciones electrónicas, propios de la ampliación y modernización del sector, son una prioridad para el marco regulador actual. Por lo tanto, uno de los principales retos de gran parte de los modelos regulatorios mundiales es interconectar redes que antes operaban por separado. Los sistemas operados por redes independientes exigen la interconexión así como la coordinación entre los operadores actuales y los entrantes, lo que ha suscitado

innumerables problemas mundiales en el entorno del control artificial del mercado por parte del Estado.

En los últimos veinte años, el modelo capitalista ha polarizado los sistemas jurídicos de tradición liberal, cuyos sistemas legislativos se han adaptado para permitir que se superara la visión tradicional de los servicios públicos. Aunque fueran privados, era el Estado el que asumía la construcción de las infraestructuras pertinentes, (Nieves de la Serna, 2009) acudiendo al sector privado posteriormente.

El pensamiento dominante en los años ochenta trataba de establecer un parámetro de aproximación entre la necesidad de retirada de la presencia pública de la economía y la urgencia en vincular la regulación económica como criterio legitimador para la consolidación de economías de mercado en sectores de servicios públicos.

Como hemos visto, una serie de políticas públicas surgió para estimular la inversión privada; esas fórmulas jurídicas fueron adoptadas por las administraciones públicas de manera regular culminando en la etapa conocida como “exuberancia irracional” (2000-2002) (Katz, 2009).

Esta realidad quedó demostrada mediante la democratización del uso de técnicas de gestión de servicios públicos y la prohibición implícita de la ejecución de prestaciones por parte de las entidades públicas.

La llamada "muerte de los servicios públicos", protestaba, de hecho, por el renacimiento de la administración pública y la nueva forma en que la sociedad civil entendía el funcionamiento de las prestaciones sociales; además los países solucionaban conflictos de carácter económico que afectaban a la marcha de las prestaciones sociales.

En la ola actual, tras un período de gran inversión privada y expansión de servicios vivida por las telecomunicaciones entre los años 2005 y 2008, muchos países siguen sin consolidar un marco regulador comprometido con la competencia, sin perjuicio hacia la convergencia tecnológica y sin estar tan afectados por el ciclo recesivo a escala mundial.

Las nuevas tendencias de regulación, para cada sector, acompañaron el nacimiento del régimen de privatización como condición imperativa y más apropiada

para que el Estado afianzara la lucha por la eficacia del nuevo modelo de prestaciones que sustituyó la propiedad pública por la competencia privada, en interés del servicio público.

Es curioso que el acceso privado a las funciones públicas también haya influido en la manera de regular de la administración pública y del régimen peculiar del derecho administrativo. Esto se debe a que se ha hecho énfasis en el uso de categorías jurídicas poco usuales del régimen público mediante la adaptación de las instituciones jurídicas a institutos jurídicos de carácter privado, como por ejemplo el principio de la eficacia y del control de la calidad en el trato con el público.

En Brasil, donde siempre ha prevalecido el protagonismo de la Administración Pública, los instrumentos de defensa de los derechos de los usuarios no estaban asegurados en la misma medida. La intervención basada en las figuras de las empresas públicas o en la perspectiva indirecta de gestión de los servicios no llegaba a sostener un régimen autonómico y, por lo tanto, los vínculos atribuidos a las empresas privadas de telefonía no podían confundirse con las tradicionales concesiones de servicios públicos¹¹⁵.

Algo muy distinto ocurre en muchos países donde el modelo de gestión indirecta de servicios públicos ha tenido que cambiar con el surgimiento del régimen de privatizaciones en sentido material, cuando la actividad se transfiere al sector privado y su cumplimiento no está bajo la tutela de los poderes públicos. En términos de infraestructuras, los poderes públicos afrontaban las construcciones (Nieves de Serna, 1996) acudiendo al sector privado para su realización, aunque con el paso del tiempo revertían luego al patrimonio del Estado.

La idea central del régimen de concesión en Brasil sigue operándose a través de la delegación de prestaciones en la modalidad de concurso público, siendo la persona jurídica o una cooperatita de empresas las encargadas de realizar la actividad por su cuenta y riesgo, en un plazo determinado, aunque en régimen de bienes reversibles¹¹⁶.

¹¹⁵ El modelo de concesión del servicio público a las telecomunicaciones de Brasil se opera según los términos de la Ley 8.987/95, conforme a la Constitución Federal de 1988 (art. 175), con criterios objetivos respecto a la temporalidad del servicio, la titularidad mantenida por el Estado y la supremacía de la Administración frente al particular.

¹¹⁶ Di Pietro (2009:15), Bandeira de Mello(2001:597).

El panorama europeo sobre las concesiones públicas de servicios como el de telecomunicaciones ha cambiado debido a la normativa comunitaria surgida de la aprobación del Libro Verde de las telecomunicaciones, de 30 de junio de 1987. Así, el sector de telecomunicaciones se desvinculó definitivamente de la cláusula tradicional de servicios públicos.

En Brasil se perciben dos aspectos fundamentales: por un lado, la sujeción muy estricta al régimen de derecho administrativo tradicional de concesiones públicas y, por otro, la preservación del concepto material de servicios públicos en las actividades liberalizadas, lo que justifica que la liberalización brasileña difiera de las circunstancias esenciales del inicio de la apertura a la competencia en Europa.

En un primer momento, el Estado liberal de finales del siglo XX estaba destinado al modelo de gestión caracterizado por la abstención de la administración, es decir, la renuncia de las funciones exclusivas de la administración gestora del Estado, proveedor directo de servicios públicos. Retortillo (1996:180) denuncia que la administración no puede funcionar mientras su actuación siga una conducta de retrasos y obstáculos para la sociedad, haciendo necesario, por lo tanto, que existan reformas y mayor flexibilidad de las normas administrativas.

Es cierto que la proliferación de normas que suponen la reducción de la presencia pública ha sido superada; ya no se conciben sistemas jurídicos que adoptan el modelo de reducción radical de la presencia del Estado (idea difundida a partir de los años 80), en el dominio de los regímenes empresariales y la eliminación gradual, y total, de obstáculos que impiden la eficiencia administrativa.

Sin embargo, la lucha por mejorar la regulación está en contra de la explotación abusiva de la posición dominante que vulnera los intereses de los ciudadanos. Las ideas centrales que prevalecen en el marco regulador actual se sostienen bajo criterios de mínima intervención pública, pero con fundamentos objetivos, proporcionados y no discriminatorios para los competidores.

En este sentido la legislación de Brasil ha introducido algunos aspectos más modernos para ajustar el derecho administrativo tradicional al modelo establecido en

los sistemas jurídicos europeos y anglosajón en lo que respecta al régimen de las telecomunicaciones. Muchos países de América y Europa definen la normativa con especial referencia al objetivo de mantener una competencia efectiva basada en el ejercicio de las autoridades nacionales de reglamentación.

La alta gama de estímulos en la oferta de nuevos servicios no deja lugar a dudas en cuanto a la expansión y calidad de las comunicaciones electrónicas actuales como consecuencia de la liberalización de los servicios.

En los años 80, mientras Brasil y otros países latinoamericanos sufrían una gran recesión, los países desarrollados empezaban ajustes para garantizar un mayor crecimiento económico y la consolidación del Estado de bienestar.

El énfasis en las políticas de sujeción del déficit presupuestario y del historial de hiperinflación brasileños asociaron los intereses económicos a los políticos al adoptar soluciones urgentes para el control de la economía.

Sin embargo, la solución definitiva a los problemas estructurales brasileños no se centraba en los ajustes de los servicios públicos. La implementación de un plano de ajuste de la economía era prioritario, así que el 1 de julio de 1994 nace el denominado “plano real”, bajo la presidencia de Itamar Franco, con el propósito fundamental de equiparar la moneda nacional al dólar a través de la indexación de la economía y un control más rígido de la inflación.

La reforma en la Administración brasileña es tardía, pero nace con el diagnóstico de exceso de costes y baja calidad de los servicios como factores esenciales para motivar la decisión de privatizar los servicios públicos. Los conflictos iniciales generados contra las privatizaciones en Brasil tienen su origen en el temor de que no exista un marco legal eficaz y en la creencia de que el gobierno pretendía generar nuevas ganancias con la venta de empresas públicas (Andrews, 2010) con el propósito de ampliar el programa de estabilidad económica y no proseguir con las medidas reformistas.

La teoría de la regulación económica acabó cambiando muchos aspectos de la administración pública brasileña y modificó definitivamente el mundo jurídico de

origen romano-germánico con la pérdida de la propiedad pública en los servicios públicos, así como el uso de métodos públicos para supervisar la eficacia de estos beneficios, que reciben ahora el nombre de control público.

En Brasil estas reformas venían condicionadas por las expectativas generadas por las organizaciones internacionales que exigieron al Estado un control estricto del gasto público. A nivel europeo, con una experiencia diferente a la de los países de América Latina, la revisión de la legislación se dio mediante la imposición de la uniformidad del Derecho comunitario. Estos hechos reunieron, por fin, a los principales sistemas jurídicos occidentales en torno a las necesidades del modelo de mercado incrustado en el sistema económico inspirado en el pragmatismo americano.

El tema se mantuvo en el orden del día con la proliferación de centros de poder normativo, dentro y fuera del Estado¹¹⁷, confirmando una tendencia generalizada a que los países dejaran de ser un regulador dominante y autoritario de las relaciones sociales y se convirtieran, para algunos, en un instrumento diligente de autorregulaciones¹¹⁸.

Las buenas prácticas¹¹⁹, englobadas genéricamente como *better regulation Police*¹²⁰, son también fórmulas reales de la autorregulación, elaboradas por y para el espacio privado, que actúan bajo la justificación del control a favor de los beneficios de cada actividad. La recepción de estas prácticas exhorta a la adaptación de las actividades administrativas de los gobiernos, reacios, en gran parte, a aceptar la retirada de la protesta pública sobre la jerarquía y el control inmediato de las decisiones económicas. En general, parece que los poderes públicos han tolerado ciertas prácticas aceptables en el mercado en determinadas circunstancias, siempre que se ajusten a los marcos normativos de cada sector privatizado.

Cuando la función pública (tarea) y los servicios públicos (conjunto de actividades) pasaron a ser tratados de modo distinto¹²¹, fue necesario un profundo y deliberado trabajo de recepción técnico-jurídica para instituir una responsabilidad

¹¹⁷ Para Figueiredo(2000:86), existen grandes órdenes normativos del poder: además del orden público tradicional, está el orden normativo público estatal internacional, el público comunitario, el privado tradicional, el privado de lo público no estatal y el privado internacional de lo público no estatal.

¹¹⁸ Canotillo (2009:670) habla sobre “la regulática” en el Estado pluralista.

¹¹⁹ Véase Esteve Pardo (2009:670)

¹²⁰ En este caso, para Betancor (2009:95), es consecuencia de la revolución conservadora de transformación del Estado surgido de la Segunda Guerra mundial, basado en ayudas sociales, superioridad de la economía mixta y necesidad de una política macroeconómica coordinada.

¹²¹ Expresión de Ponce Sole (1996:346).

pública compartida y aceptada por las administraciones públicas, las empresas privadas y los usuarios. La inevitable presencia pública reordena las normas administrativas de acuerdo con las estrategias sociales, en virtud de la necesidad esencial de regulación en todos los sectores económicos¹²², pero el servicio de interés general y las garantías de acceso universal aseguran a la población un conjunto de expectativas respecto a la calidad de los servicios.

Además de controlar la competencia, los estatutos de regulación de comunicaciones electrónicas tratan de regular la calidad aunque, en general, los responsables prefieren regular más precios que calidad, porque los precios son señales del mercado, mientras que la calidad tiene un alto componente subjetivo, difícil de medir. Aún así, que exista competencia no implica necesariamente que haya control de los precios. Con precios no lineales es más probable que se produzcan ganancias de bienestar (Armstrong & Vickers, 2010), como en los servicios empaquetados como internet o televisión por cable, que tienen una oferta con una clara fijación de precios que llevan al usuario a obtener sistemas completos de servicios. Y también, como elemento imperativo del control público, están los *Price Cap*, que determinan límites de precios máximos esenciales aceptables en la nueva política intervencionista pública.

El fenómeno de las privatizaciones de las telecomunicaciones acompañó la tendencia inicial de la universalización de regulación, centrado en la dicotomía de la modernización del sector público, e impulsó el desarrollo económico en el capitalismo en ascensión.

El primer efecto fue el amplio número de inversiones de capital de riesgo en el sector de las telecomunicaciones imponiendo la inclusión de nuevas operadoras. Ese período de expansión más reciente dotó al mercado de grandes expectativas de crecimiento, principalmente debido a la disponibilidad de crédito a partir del final de los años 90, un sector también vulnerable a los impactos macroeconómicos como la crisis mundial que ha afectado al sector.

Las razones de la privatización han tenido orígenes distintos en cada país, pero sus efectos se han mostrado de modo uniforme en procesos de consolidación en algunos factores estructurales como la alta tecnología que, sin embargo, coincide con

¹²² Para Varaz-Ibáñez (2005:207), los criterios de aplicación de reglas de derecho público o privado son variables y dependen de algunas circunstancias. Cuando sea necesaria la protección de los intereses públicos se acudirá a las reglas de derecho público, pero, cuando interese más la agilidad de los mercados sin menospreciar los intereses públicos se impondrán las reglas de derecho privado.

un modelo de competencia que en algunos países todavía es débil. Persisten algunas dificultades de carácter institucional y regulatorio como factores desencadenantes de divergencias entre los sistemas latinoamericanos y europeos y que afectan a muchos aspectos como la sostenibilidad de expansión de las redes y dificultades de mayor control del regulador.

Esa crisis de autoridad del regulador dificulta la consolidación de un modelo de libre competencia. Un ejemplo es que la mayoría de los países optaron por la universalización de los servicios mediante políticas de acceso universal hasta zonas aisladas y de menor densidad poblacional. En Brasil, el acceso de servicios no se asentó en regímenes de financiación o políticas de subsidio para operar en zonas más remotas. La intervención estatal solamente acompaña e incentiva las inversiones voluntarias como metas de universalización a los proveedores de servicios en áreas urbanas, ya que en gran parte tienen que asumir los costes y por eso la expansión de servicios avanzados sigue pendiente de la presencia estatal.

No obstante, en todos los sistemas el régimen de liberalización y su continuidad siguen utilizando el instrumento normativo como herramienta de conexión entre funcionalidad y capacidad de las redes de comunicaciones electrónicas hacia un sesgo disciplinario de los servicios privatizados, en respuesta a los intereses ideológicos, políticos y financieros de los Estados.

Esa adecuación legislativa debilitó los paradigmas más tradicionales de la intervención pública en la economía, que pasó a actuar, según Martín Mateo (1999:72-75) como un instrumento de política económica o, según Muñoz Machado (2009:119), preferiendo que la regulación surja desde el propio mercado, mediante el consenso entre los operadores o por la aplicación de las mejores prácticas o técnicas depuradas a lo largo del tiempo.

El abandono de las fórmulas tradicionales de las autorizaciones y concesiones públicas fueron inevitables para adaptar las licencias y autorizaciones al conjunto de las actividades contractuales de la Administración como formas de gestión del Estado que, manteniendo un modelo de economía de mercado, conforme a Rivero Ortega (1998:184), ejercen una intervención intensa sobre el mismo. Se trata de medidas para

desburocratizar el proceso regulatorio, las cuales pasan a pertenecer al terreno de la Administración pública económica.

El programa de modernización del sector público de finales de los 80 y principios de los 90, se inicia en Brasil con la Ley 9.491, de 9 de septiembre de 1997 (Programa Nacional de Privatización).

Según Fernández-Valmayor (2003:586), la implantación de este nuevo modelo recuperó el tema de los servicios públicos, mientras que en Europa ya se considera un término superado¹²³. Solamente se podrá utilizar como servicios identificados con las prestaciones, o los mercados, de interés general.

En el caso de las telecomunicaciones, el marco jurídico para los países de la UE permitió la creación de los servicios económicos de interés general, en sustitución de la técnica de la concesión de la autorización para el otorgamiento de derechos a las empresas privadas interesadas en la realización de servicios de telecomunicación, en los términos de la Directiva 97/13/CE¹²⁴. Ese cambio legislativo ha reducido de manera significativa, en principio, la fórmula del control administrativo de las telecomunicaciones, con el fin de asegurar al público un servicio básico a un precio asequible¹²⁵; pero el nuevo esfuerzo de la administración también implica saber valorar y verificar si la configuración o extensión de los servicios y redes está de acuerdo con los objetivos propuestos, lo que resulta de la exigencia de una capacidad técnica extra por parte de los reguladores.

¹²³ Conforme a la descripción de La Exposición de motivos de la Ley del Sector Eléctrico español, nº. 54, de 1997: “se abandona la noción de servicio público tradicional en el ordenamiento jurídico en razón de su progresiva pérdida de trascendencia práctica” y Art. III-122 de la Constitución Europea: “*Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los Estados miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante ley europea, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios*”.

¹²⁴ El Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones de 1987, establece una serie de principios y criterios para la liberalización de los servicios de telecomunicaciones en los países de la Unión Europea y rompe con la naturaleza histórica de los monopolios naturales, distinguiendo entre redes y servicios básicos, equipamientos y servicios, que deberán actuar bajo el régimen de libre competencia.

¹²⁵ Ley 31/1987, de 18 de diciembre (ordenación de las telecomunicaciones) y Ley 11/1998.

Estos cambios fueron motivados por la creencia de que los gobiernos deben tener restringidas sus acciones a un determinado límite que reside en la ley económica de la oferta y la demanda y en la libre competencia, con medidas administrativas que también se ocupan de describir las actitudes de los operadores en la oferta de servicios, lo que, posiblemente, sea más eficaz que cualquier otro régimen jurídico.

Como hemos visto, la realidad del aumento indeseable del déficit público y la política presupuestaria desequilibrada llevó a la destrucción de estructuras de monopolio estatal hacia nuevos modelos de liberalización con la creación de oligopolios de empresas. En la fase actual, la intención de implantar soluciones regulatorias es una exigencia de los nuevos ciclos de la economía de mercado.

Los mercados funcionan bajo la presión de las demandas sociales y los operadores responden según sus ganancias¹²⁶; ese es el principal factor para los cambios recientes, aunque la convergencia de elementos responsables por la integración entre servicios y bienestar ciudadano nazca de la correlación eficiente de la tecnología, de los mercados y de la regulación.

El modelo regulatorio brasileño adoptó el uso de fórmulas de gestión semi-privadas, como la subcontratación y la venta de acciones de las empresas públicas¹²⁷ en subastas reguladas por un régimen propio y originario del marco de las privatizaciones de los años noventa.

La venta de empresas deficitarias del sector público, como ha sido el caso de algunas empresas de telecomunicaciones de Brasil, generaron la necesidad de reorganización de otros sectores, símbolo clave en la innovación de la industria, y ocuparon una posición central en las reformas económicas más amplias. Asociadas a otras medidas, las ventas de empresas públicas han seguido condicionando los mercados para realizar nuevas inversiones sin vigilancia estricta ni control directo de la Administración sobre la economía.

¹²⁶ Un ejemplo son los análisis del mercado de la telefonía fija, que sufre una disminución marcada por la inversión restringida en este sector para beneficiar al sector móvil, que todavía muestra más dinamismo.

¹²⁷ Más sobre las fórmulas de gestión privadas en García Calvo (1998:172).

Los datos de estabilidad económica de Brasil en los últimos diez años demuestran que el despliegue de las inversiones en las comunicaciones electrónicas ejerció un papel fundamental, aunque las políticas gubernamentales sigan orientadas hacia el incremento (IPEA, 2010) en la recaudación de impuestos y ganancias obtenidas con las subastas y la entrada de nuevos competidores a través de fusiones, privilegiando los precios en perjuicio de la calidad de los servicios.

Por lo tanto, las medidas reguladoras tienen diferentes objetivos y también contenidos, métodos e instrumentos que comprenden una profunda influencia en las decisiones políticas, motivadas por garantizar el acceso al servicio para todos los grupos sociales con unas condiciones ideales para el funcionamiento efectivo del servicio en un ambiente que estimule la inversión y la incorporación de la tecnología, proporcionando un nivel de igualdad de condiciones entre los competidores.

Teniendo en cuenta los grandes monopolios públicos, la ruptura de la estructura plural del mercado permitió la capacidad de supervivencia de la Administración pública mediante la orientación de nuevos principios de cara a la nueva regulación en cada sector descentralizado. De ahí que el surgimiento de nuevos servicios de comunicaciones electrónicas pasara a exigir reguladores adaptados a las necesidades impuestas por el mercado a la hora de actuar a través de medidas correctivas adecuadas.

Las funciones del regulador y de las entidades reguladas señalan la tarea de velar por la eficacia de los intereses públicos generales, cuando la organización administrativa deja de estar involucrada en la ejecución directa de la gestión de muchas prestaciones fundamentales para la ciudadanía.

El acelerado proceso de modernización y desarrollo de nuevas tecnologías resultó en la superación de otra ficción; que el aparato del Estado se mueve de acuerdo con los objetivos públicos. El impacto del mercado liberalizado asociado a la dinámica evolución tecnológica genera nuevas realidades reguladoras o, por lo menos, deberá engendrar otras decisiones administrativas de acuerdo con criterios industriales, sobre todo para asegurar estímulos a las nuevas inversiones en el despliegue de nuevas infraestructuras y redes.

El historial de las políticas de actuación de la administración pública de Brasil favorece las inversiones públicas en infraestructuras que, añadido al elevado déficit comercial en los productos electrónicos, ocasiona problemas por la ausencia de estrategias en el desarrollo y acceso a nuevas tecnologías.

El crecimiento incesante en el nivel de prestaciones sociales de origen económico determina el comportamiento del regulador y de las decisiones públicas; actuando de acuerdo con las exigencias del mercado, la legislación sirve para dotar a las comunicaciones electrónicas de nuevos valores sin pérdida social, de ahí que los valores estatales no sean solamente públicos; la devolución de las actividades económicas al mercado tampoco significa el cese de todos los problemas generados por la burocracia y la ineficacia de los servicios.

En las burocracias públicas accidentales más recientes, privatizar puede significar algo más que la simple adopción de fórmulas empresariales distintas para la operatividad de los servicios públicos. Es algo que va más allá de lo que se concibe como la gestión de los servicios públicos; repercute además en la reestructuración del Estado y de sus métodos de control regulatorio, pudiendo reinterpretarse como una nueva aproximación entre el Estado y la ciudadanía.

En este sentido, la ausencia de conocimientos suficientemente adecuados a las nuevas expectativas tecnológicas anula los beneficios sociales de los objetivos de la regulación.

La centralización de las fuerzas regulatorias en el Estado restringió la participación pública a la esfera decisoria, con la ausencia de cualquier clase de control sobre la calidad¹²⁸. El surgimiento de operadores privados, cuando las actividades de interés general salen de la esfera pública, cambian el sentido de la regulación administrativa anterior, aunque la actividad regulatoria pueda ser entendida todavía, según Azevedo Marques Neto (2005,202), como un tipo de actividad administrativa.

¹²⁸ En este punto podemos considerar que la Constitución de Brasil garantiza el control de la administración pero no exige la calidad de los servicios. La actuación de los órganos de la Administración pública está sometida al control interno de la Administración (art. 71), y al control externo mediante los poderes legislativo o judicial (art.70-74).

La Constitución de Brasil de 1988 adopta el modelo de organización económica capitalista en el que impera la libre iniciativa como principio fundamental de la república (art. 1, IV) y del orden económico (art. 170, *caput*), respetando la libertad de la actividad económica independientemente de previa autorización, salvo en los casos previstos por la ley (art. 5, XIII y art. 170, único). En ese sentido, en el sistema jurídico brasileño está consagrado el principio de subsidiariedad de la participación del Estado en el con conjunto de actividades económicas, debiendo el poder público abstenerse de ejercer directamente cualquier actividad económica (art. 173).

En el estudio de los instrumentos de calificación de las funciones del Estado para ascender al mercado económico destaca el papel normativo y regulador sobre las actividades económicas (art. 174) con la posibilidad de cumplir funciones de incentivo, fiscalización y planeamiento de las actividades privadas, parte del programa de privatización inaugurado en el año 1990.

Así, el ejercicio incorrecto, y abusivo de la fuerza de la acción unilateral de la administración pública frente a los mercados también logró condicionar el surgimiento de las normas reguladoras.. Según Vital Moreira (1997:38), el proceso privatizador permitió la elaboración de métodos jurídicos destinados a disciplinar el funcionamiento equilibrado de las fuerzas económicas, a partir de reglas que obligan al cumplimiento de determinados objetivos públicos. .

Por otra parte, Fonseca (2002:102) dice que la intervención del Estado en el dominio económico actúa de forma pendular, por lo tanto, se puede justificar que la política de regulación de los servicios privatizados tiene en el control público el factor esencial y decisivo a favor de la preservación del interés público, cuando se deja de exigir que el Estado intervenga de modo directo como agente privado.

Sin embargo, la venta de las empresas públicas a grupos privados no siempre ha significado la liberación de los servicios en el mercado de modo absoluto, ni tampoco, como hemos visto, es una expresión sinónima de libertad de competencia plena asegurada a los servicios privatizados. Esto es porque, en primer lugar, la transferencia del dominio de la actividad se produce desde el sector público al sector privado, lo que puede ocurrir en virtud de la condición o conveniencia del Estado de dejar de seguir realizando la actividad durante algunos períodos de su existencia o dejar de ser

prioridad pública mantener su titularidad. En segundo lugar, porque las técnicas de las ventas de las empresas públicas o la transferencia de la explotación de las actividades públicas seguirán caminos distintos de cara a la conveniencia pública de mantener, o no, bajo su mando elementos como la supervisión periódica y el control de precios, que continuarán controlados administrativamente, aunque se califiquen como actividad económica sin ningún privilegio público.

Por lo tanto, el control sobre la economía depende del interés público y la reserva de mercado, con la restricción de la competencia para la creación de monopolios privados, es un recurso administrativo indirecto que nace de la aplicación de normas de contenido jurídico-administrativo propio de las actividades económicas que mantienen la presencia pública.

La condición de la autoridad de vigilancia del mercado supone la ruptura, primero, con la visión tradicional del Estado prestador de servicios y, segundo, con el supuesto de que no haya un derecho preexistente y superior aplicable al régimen y a la gestión de los servicios públicos tradicionales.

Aunque se entiende que la universalidad de las formas jurídicas de organización es fundamental para la estructura del modo de producción, la idea de la excelencia del mercado libre y plenamente competitivo en el proceso de descentralización rechazó el hecho de que el mercado sea, por naturaleza, institucionalizado por el Estado y posiblemente a causa de él.

El camino natural de la desregulación fue la sustitución gradual de la regulación estatal tradicional por otras formas jurídicas, reglamentarias, muchas de ellas ambiguas en cuanto a la regulación y el control. La tendencia fue el aumento de las normas no estatales que emanan de los órganos reguladores autónomos e independientes, es decir, la marca de la deconstrucción de las bases de la constitucionalización del orden económico.

En la experiencia europea, el marco de regulación de los servicios de interés general responsable del distanciamiento respecto al modelo histórico y de la expresión estereotipada de los servicios públicos fue la creación del mercado común europeo. La liberalización en Europa no solamente ha creado ese mercado común europeo, sino que

también ha generado un conjunto de medidas adoptadas desde el Tratado de Amsterdam, al tiempo que desarrolla una importante Comunicación de la Comisión "Los servicios públicos de interés general en Europa", de 1996.

Además, de la elaboración de un gran número de reglamentos, directivas y decisiones comunitarias capaces de distinguir las distintas categorías de servicios de interés general, de interés económico general y del servicio universal, esos servicios se presentan como un elemento indispensable para el desarrollo y fortalecimiento de un nuevo mercado y para el pleno ejercicio de las libertades económicas.

Por otro lado, en la experiencia latinoamericana la dosificación de la participación del Estado en la economía se produjo bajo una fuerte presión internacional para permitir el ajuste fiscal a través de la realización de las reformas estructurales en el sector público estratégico y saturado con un grave deterioro por la deuda pública, el exceso de gastos y la alta burocracia. Sin embargo, el objetivo de atraer a los inversores para asumir las deudas de las empresas públicas y administrar los servicios públicos, fue como una de las formas elegidas por el poder público para escapar de sus responsabilidades sociales mediante movimientos políticos con un fuerte sesgo neo-liberal.

En Brasil, la Ley 9.491, de 9 de septiembre de 1997, reglamentada por el Decreto 2.594 de 15 de mayo de 1998, creó el Programa Nacional de Privatización –PND, cuyo objetivo era redefinir las funciones del Estado en la economía mediante la disminución de la interferencia pública con el propósito de asegurar más dinámica y recuperación en el crecimiento empresarial. Además, uno de los principales objetivos de las privatizaciones era desarrollar el mercado de capitales y estimular la entrada de capitales de inversores internacionales. El concepto de privatización de servicios públicos (art.5), por la concesión, permiso o autorización (art. 9), incluye la transferencia, para la iniciativa privada, de la ejecución de servicios públicos explotados por la Unión directamente o a través de entidades controladas, además de aquellas bajo su responsabilidad.

De acuerdo con la leyes brasileñas, el traspaso de la propiedad de empresas públicas a agentes privados se puede producir por medio de procedimientos administrativos identificados como oferta pública de acciones en subasta, venta a precio

fijo de lotes de acciones, negociación directa con un interesado específico, venta a trabajadores de empresa y fragmentación de empresas y venta de empresas, por partes, por separado.

De todas esas modalidades, el sistema de telecomunicaciones de Brasil se ha decantado preferentemente por subastas con ofertas públicas de las acciones de las veinticuatro compañías provinciales pertenecientes al sistema Telebrás, en un proceso iniciado en 1996 y finalizado con la venta de todas las empresas públicas en 1998. Almeida (1999:9) confirmó que la mayoría de las empresas fueron compradas por inversores extranjeros.

La entrada en vigor de la Enmienda Constitucional 8/1995 que modificó la Constitución brasileña, ayudó a romper el monopolio estatal de las telecomunicaciones, según lo establecido hasta ese momento por el ordenamiento jurídico de las constituciones anteriores y allanó el camino para el despliegue de un nuevo entorno regulatorio y competitivo para el sector. Como consecuencia, se hizo posible la explotación comercial de las telecomunicaciones por parte de empresas privadas, conforme a una ley que sentó las bases del proceso de apertura del mercado y la venta de las empresas del antiguo sistema Telebrás.

Lo que se pretendía era ampliar el acceso de la población y al mismo tiempo crear un mercado competitivo mediante la inversión en infraestructuras, la diversidad tecnológica y la calidad de los servicios, además de hacer posible que bajaran los precios y las tarifas.

Sin embargo la concesión solamente tendrá carácter de exclusividad cuando sea posible. La ley específica dispondrá sobre el régimen jurídico de las concesionarias de servicios públicos (expresión del art. 175 de la Constitución), el carácter especial de sus contratos y de su prórroga, además de las condiciones de caducidad, fiscalización y revocación de la concesión. Además, una normativa específica debería tratar sobre la protección de los derechos de los usuarios de estos servicios, de la política tarifaria y de la obligación de mantener servicios adecuados para los consumidores.

Aunque la Enmienda Constitucional 19/1998 (referente a la reforma del Estado), exigía que en un plazo de 120 días tras su promulgación el Congreso

elaboraría el Código de Defensa de los usuarios de los servicios públicos concedidos (art. 27), en ese caso también de las telecomunicaciones, todavía sigue sin existir una norma específica y expresamente dirigida a asegurar los derechos de los usuarios y de los consumidores.

Después se promulgó la Ley 9.295, de 19 de julio de 1996 (Ley mínima) en la que se regula la organización de determinados servicios de telecomunicaciones, telefonía móvil, la transmisión de señales por satélite y otros servicios limitados. Poco después de su entrada en vigor, el Ministerio de Comunicaciones de Brasil inició el procedimiento de apertura del mercado para permitir que las empresas privadas pudieran explotar los servicios de la telefonía móvil.

Más tarde se aprobó la Ley de telecomunicaciones (Ley 9.472/97), que además de regular el mercado liberalizado, actualizó y consolidó las disposiciones legales contenidas en los textos dispersos sobre cuestiones relacionadas con el contenido de los servicios de telecomunicaciones. Esa ley establece también en su texto la creación de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones ANATEL, ente innovador en el ordenamiento jurídico brasileño.

La Ley 9.472/97 disciplina la organización de los servicios de telecomunicaciones y determina expresamente el régimen jurídico de sus prestaciones estableciendo un modelo de concesiones o permisos con el fin de que haya universalidad y continuidad de dichas prestaciones.

El servicio universal de telecomunicaciones, o servicios de interés colectivo, según la expresión utilizada en el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones de Brasil (LGT), pasó a representar un conjunto mínimo de las prestaciones establecidas, en un momento dado, por las autoridades públicas y con el deber de ofrecer una calidad específica y accesible a todos los usuarios, con un precio asequible para todos los ciudadanos.

Las bases de la universalidad de la prestación del servicio de telecomunicaciones garantiza el derecho de acceso a la red de telefonía fija, además de poner a disposición del público un servicio telefónico fijo, de manera que los usuarios puedan solicitar

gratuitamente los listados telefónicos y tener a su disposición un número suficiente de teléfonos públicos por todo el país en locales de fácil acceso, con condiciones especiales de accesibilidad para las personas discapacitadas.

Por otra parte, la LGT también clasifica los servicios de telecomunicaciones en servicios de interés restringido, es decir, entendidos como aquellos destinados al uso del interesado, o de un grupo de personas físicas o jurídicas, caracterizado por la realización de una actividad específica, sujetos a las condiciones necesarias para que el funcionamiento del servicio no vaya en detrimento del interés colectivo.

Así pues, con la apertura del proceso de liberalización diversos grupos se mostraron interesados en adquirir las empresas que constituían el sistema Telebrás, como citamos a continuación:

SISTEMA TELEBRÁS (antes de las privatizaciones)¹²⁹

i) Empresa "holding": Telecomunicaciones Brasileñas S/A – TELEBRÁS

ii) Empresas controladas por TELEBRÁS

a) Empresa explotadora de los servicios de larga distancia: *Empresa Brasileña de Telecomunicaciones S/A - EMBRATEL*

b) Empresas de integración regional:

1. Telecomunicaciones del Acre S/A –TELEACRE;
2. Telecomunicaciones del Amazonas S/A - TELAMAZON
3. Telecomunicaciones de Roraima S/A - TELAIM
4. Telecomunicaciones de Rondônia S/A -TELERON
5. Telecomunicaciones del Pará S/A -TELEPARÁ
6. Telecomunicaciones del Amapá S/A -TELEAMAPÁ

¹²⁹<http://www.mc.gov.br>

7. Telecomunicaciones del Maranhão S/A - TELMA
8. Telecomunicaciones del Piauí S/A - TELEPISA
9. Telecomunicaciones del Ceará S/A -TELECEARÁ
10. Telecomunicaciones del Río Grande del Norte S/A -TELERN
11. Telecomunicaciones de Paraíba S/A - TELPA
12. Telecomunicaciones de Pernambuco S/A - TELPE
13. Telecomunicaciones de Alagoas S/A - TELASA
14. Telecomunicaciones de Sergipe S/A - TELERGIPE
15. Telecomunicaciones de Bahia S/A - TELEBAHIA
16. Telecomunicaciones de Minas Gerais S/A - TELEMIG
17. Telecomunicaciones del Espírito Santo S/A - TELEST
18. Telecomunicaciones de Río de Janeiro S/A - TELERJ
19. Telecomunicaciones de São Paulo S/A - TELESP
20. Telecomunicaciones del Paraná S/A - TELEPAR
21. Telecomunicaciones de Santa Catarina S/A - TELESC
22. Telecomunicaciones de Mato Grosso S/A - TELEMAT (con servicio en los estados de Mato Grosso y Mato Grosso del Sul)
23. Telecomunicaciones de Goiás S/A - TELEGOIÁS
24. Telecomunicaciones de Brasilia S/A - TELEBRASÍLIA

c) *Empresas regionales*

1. Compañía de Teléfonos de Río de Janeiro - CETEL/RJ (control accionario TELERJ)
2. Compañía Telefónica de Borda del Campo - CTBC (control accionário de TELESP)
3. Compañía Telefónica "Melhoramento e Resistência" - CTMR – (Pelotas, Río Grande del Sul)

C. *Empresas controladas por TELEBRÁS (independientes)*

1. Compañía Telefónica del Governador Valadares - CTVG (controlada por la TELEMIG)
2. Compañía Telefónica de Paranaguá - COTELPA (controlada por la TELEPAR)
3. Compañía Pontagrossense de Telecomunicaciones - CPT (controlada por la TELEPAR)
4. Telefónica de Poços de Caldas S/A - TELECALDAS (controlada por la TELEMIG)
5. Telefónica de Sete Lagoas S/A TELESETE (controlada por la TELEMIG)

D. Empresa coligada a otra controlada por TELEBRÁS

Compañía Telefónica de Recreio - CTR (coligada a la TELEMIG)

E. Empresas coligadas al Sistema - Administración Propia

Empresa de integración regional: Compañía Riograndense de Telecomunicaciones - CRT (control accionario del estado de Río Grande del Sur)

Sin embargo, la liberalización no se agota con la transferencia del patrimonio de las compañías, tratado en el PND, pues también se incluye el traspaso de los derechos de explotación de actividades vinculadas a redes e infraestructuras, necesarias para el funcionamiento y desarrollo del sector. En ese caso, hubo oferta pública para permitir la concesión de estos servicios, juntamente con las subastas de las acciones de las empresas estatales.

En el caso brasileño, el modelo de ventas se ha clasificado en las modalidades pulverizada o concentrada. En la venta pulverizada, las acciones se ofrecen al mayor número posible de interesados, generalmente con gran participación de empleados de las empresas en este proceso. En el modelo concentrado, el número de proponentes es más pequeño, pero hay más disputa por el control accionario, así que las acciones se ofrecen a grupos clasificados previamente para la subasta.

El modelo concentrado ha sido con frecuencia el más adoptado en los procesos de privatización de Brasil. La Constitución reafirma la titularidad estatal sobre las actividades económicas, *lato sensu*, calificadas como servicio que debe ser prestado directamente por el poder público o por empresas concesionarias privadas.

En este paradójico proceso de evolución hacia la liberalización del sector, no se ha eliminado el riesgo de lesión a los intereses generales, lo que llevó al gobierno a distinguir entre las diversas actividades exclusivas, realizadas por el Estado, de aquellas consideradas actividades sociales y científico-técnica; las primeras deberían mantenerse formalmente bajo el comando público, mientras que las segundas, reconocidas como de carácter económico, podrían ser controladas por el mercado y volver a la gestión privada, preferentemente basándose en la libre competencia.

Así llega el Plan Director de Reforma del Estado y las nuevas concesiones públicas brasileñas, dando mayor independencia a sectores privatizados como las políticas y directivas del gobierno central, pero comete el terrible error de iniciar el proceso de privatización sin haber creado hasta entonces un marco regulatorio y sin definir el papel exacto del nuevo ente regulador.

En resumen, las privatizaciones se han llevado a cabo en los países por distintas razones, pero todas tienen en común la lucha por asegurar los intereses generales. Para Martín Rebollo (2003:644), la finalidad política última es perpetuar el sistema. Es decir, el modelo de Estado gestor se encaminó hacia la modernización del aparato público y el redimensionamiento del Estado.

La adopción de técnicas privadas y la superación del modelo de los servicios públicos económicos intentó, en realidad, perfeccionar el sistema competitivo privado, además de poner a salvo la confianza en las Administraciones y conseguir una mayor eficiencia a la hora de atender a las necesidades públicas.

Por lo tanto, el modelo regulatorio brasileño se construyó a partir de contradicciones legislativas y con la paradoja de que los servicios de telecomunicaciones, a pesar de estar privatizados, siguen siendo servicios públicos, bajo la tutela de las Administraciones públicas y sin la independencia normativa y reglamentaria de sus órganos regulatorios, como analizaremos a continuación.

IV.2 Las innovaciones institucionales y la creación de organismos reguladores en el nuevo modelo de administración pública

Las características de la regulación de Brasil han cambiado al igual que en otras partes del mundo, tomando como base la delegación del ejercicio privado de actividades económicas de interés público. Ese cambio ha sido posible gracias a un conjunto de reformas constitucionales y normativas que dieron paso a la consolidación de un nuevo mercado para los servicios de telecomunicaciones.

Como hemos visto, las primeras medidas legislativas no estuvieron exentas de críticas respecto a la pérdida del monopolio estatal histórico y debido a la rapidez con que se instauró un proceso de reformas que culminó con la venta del sistema de telecomunicaciones de Brasil.

Las reformas regulatorias no han sido suficientes para quitarle el protagonismo a la Administración pública ni para orientar a los mercados en cuanto al funcionamiento de los servicios privatizados. Sin embargo, el punto de vista de la autoridad del Estado se mantuvo en la esfera del poder ejecutivo bajo criterios formales para la implantación y el desarrollo de la competencia mediante la normativa general de las reformas.

La creación de los órganos de regulación¹³⁰, inspirados en los modelos de las agencias norteamericanas, aunque sin la autonomía ni la independencia de aquellas, confirió un régimen jurídico distinto a la administración pública. La ley les asegura competencia normativa y de fiscalización, con naturaleza jurídica de autarquías especiales.

Por lo tanto, como autarquías especiales¹³¹ están alejadas de la estructura jerárquica de los ministerios, gozan de autonomía financiera y administrativa, y disponen de poderes normativos que complementan la legislación propia del sector; también tienen potestad de fiscalización y responden por el control de metas de desempeño fijadas para las actividades de los prestadores de servicios, de acuerdo con las directrices del gobierno y en defensa de la población.

La autonomía administrativa de las agencias está condicionada por las finalidades determinadas por la ley de creación de la entidad reguladora, relativa a la estabilidad de los dirigentes y a la ausencia de control jerárquico externo sobre las decisiones de

¹³⁰ Órgano regulador es la terminología adoptada por del texto constitucional reformado, y fue creado para referirse a las autoridades regulatorias independientes (art. 177, §2º, III, de la Constitución de Brasil de 1988). Además el artículo 21, IX establece que compete al Estado federal explotar, directamente o a través de autorización, concesión o permisión, los servicios de telecomunicaciones, en los términos de la ley, que dispondrá sobre la organización de servicios y de la creación de un órgano regulador y otros aspectos institucionales.

¹³¹ De acuerdo con la definición de Tácito (2000:3-4)

las agencias¹³². La capacidad de administrar se refiere a la elaboración de los presupuestos y al aspecto financiero, con libertad de organizar a sus funcionarios.

En la decisión de una acción judicial de constitucionalidad (nº 2.310-1-DF)¹³³, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha reconocido la naturaleza de los servicios desarrollados por los funcionarios de las agencias, determinando que actúan con poder policial y fiscal sobre las actividades privadas y exclusivas del Estado.

Las agencias reguladoras brasileñas ejercen una reglamentación secundaria¹³⁴, no pueden regular materias no disciplinadas por ley, ni tampoco detentar poder reglamentario¹³⁵ porque no poseen esa potestad en el correspondiente sistema constitucional de Brasil, donde las actividades normativas son privativas del poder ejecutivo. Las únicas normativas que pueden establecer producen efectos internos solamente dirigidos a las agencias, bajo la dirección de las reglas contenidas en los pliegos de licitaciones de servicios, basados en leyes y reglamentos previos.

El mercado sin competición, la falta de estabilidad de la economía y el alto grado de corrupción sembrarán resultados desastrosos para el funcionamiento de los servicios públicos. Estos elementos impidieron que se superaran con agilidad las graves restricciones a la liberalización de los mercados. Eso dio como resultado procesos desiguales de privatizaciones y efectos distintos en cada uno de los países que adoptaron la descentralización como remedio para instaurar la modernización en las administraciones públicas.

Los empresarios adquirentes de los derechos de prestación de servicios de interés general, contaron con ayudas públicas para cumplir con las obligaciones de mantener el carácter universal y promover la competición en los mercados liberalizados.

Sólo las actividades de estricto interés público cuyas prestaciones no puedan ser asimiladas por el mercado estarían fuera del proceso de descentralización, ya que están

¹³² El artículo 81, II de la Constitución establece que el Presidente de la República tiene competencia privativa para el ejercicio de la dirección superior de la Administración pública, así que la autonomía de organización de las agencias es relativa en el sistema regulatorio de Brasil.

¹³³ Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. V.IX.p.433-435

¹³⁴ Expresión de Figueiredo Moreira (2000:108-109).

¹³⁵ Según Di Pietro (2000:391-392).

cubiertas por la propiedad pública y gestionada por sus objetivos universales, manteniendo su característica principal de incapacidad para la competencia.

En cuanto al volumen de ganancias derivado de las privatizaciones, la primera preocupación de los gobiernos fue determinar una amplia secuencia de empresas a ser privatizadas. El cronograma de las liberalizaciones fue compatibilizado según el nivel de las necesidades financieras internas de cada país, por lo que muchos de ellos utilizaron un modelo concentrado en la agenda de ofertas.

En ese sentido, para evitar que la alta concentración de ofertas de empresas privadas bajaran los precios de las acciones, se estableció una agenda que empezaba por los sectores que podrían proporcionar mayores ganancias, fijando unos precios mínimos del paquete de acciones mayoritarias¹³⁶, llamando así la atención de los inversores.

En Brasil, la subasta pública acompañó el ritmo de las privatizaciones, siendo el método más utilizado. Para IBOVESPA (1990), la venta de acciones mediante subasta de tipo inglés, tanto en Brasil como en otros países, ha favorecido la dispersión accionaria del capital y de las demandas, con reflejo positivo sobre el precio con el que las empresas han sido negociadas.

Ese método también garantiza mayor eficiencia en la gestión privada de la empresa; disminuyendo el número de accionistas, se concentra el comando y los intereses comunes entre ellos, favoreciendo decisiones más uniformes. Para Sachs (1992) esta también sería una forma de propiedad más pertinente.

A pesar del entusiasmo inicial por la reforma de los servicios públicos, el Estado no fue muy hábil a la hora de evitar la competencia desleal y el mal funcionamiento del sector económico durante los primeros años de liberalización de los mercados.

En los procedimientos utilizados en relación con las orientaciones prácticas del proceso de liberalización y los sistemas de control, conviene mencionar las tres

¹³⁶ Para Bandeira De Mello (1994:476), la plusvalía de las acciones, superior a los precios mínimos ofertados en el inicio de las subastas, serían mayores en aquellas ventas con más control. En contraposición, la oferta pública a precio fijo privilegiaría a los nuevos compradores porque el precio sería menor.

modalidades más frecuentes de traspasos de propiedades de empresas públicas, conocidos desde hace mucho tiempo por las Administraciones públicas. No obstante, la cesión de los derechos económicos y de propiedad sobre ciertos tipos de servicios públicos no elimina la esencia pública de la naturaleza de la actividad. Esa condición material sigue persiguiendo la categoría de los servicios de interés general, lo que autoriza a que ese proceso refleje la secuencia continua y permanente de control público sobre estas actividades, desde las formas elegidas para la venta de la propiedad, hasta la manera en que se desarrollan.

En primer lugar, tenemos las *gold share*¹³⁷, o acciones de oro, comunes en Francia e Inglaterra desde finales del siglo pasado. Esta modalidad de traspaso se produce cuando las acciones y funciones de las empresas se transfieren a particulares pero mantienen la titularidad estatal de los servicios, incluida la participación en la vida interna de la compañía privada, con la indicación de sus miembros como representantes de la administración pública en la composición del Consejo de administración. Este modelo de descentralización inauguró la representación de sumisión de empresas privadas al Estado, generando un mayor control regulador, antes y después de la transferencia de las propiedades.

El segundo modelo consiste en la transferencia de la propiedad pública mediante la adquisición de acciones o títulos de empresas privatizadas en una oferta pública; permite que, bajo el dominio del mercado, esas actividades puedan ser controladas por la entidad privada. El vínculo mantenido con la Administración Pública se convierte estrictamente en un instrumento contractual, donde se determina incluso la naturaleza del vínculo y la forma en que la entidad reguladora podrá controlar o castigar el mal funcionamiento de estas empresas privadas.

Y por último, la modalidad más común en la liberalización que tuvo lugar en los años noventa en países como España y Brasil donde, en primer lugar, hubo la necesidad de hacer cambios y ajustes legislativos para autorizar la reducción en la cantidad de empresas públicas, lo que también exigiría una innovación en el marco regulatorio del funcionamiento de estos sectores. La adaptación legislativa permitiría que las normas jurídicas vigentes adaptasen las modalidades de concesiones y autorizaciones administrativas a reglamentos menos rígidos de control público y de

¹³⁷ Sobre el tema vease Martín Mateo (2003:135).

contratación pública de empresas privadas para la realización de actividades de interés social. Tras autorizar estas permutaciones reglamentarias, se abriría a través de subasta pública la venta de acciones en el mercado bursátil, con la participación directa de la administración pública en el control del proceso.

La participación de la Administración pública debería restringirse al control del proceso de subasta y del funcionamiento del mercado para ajustarse a las finalidades públicas, sin embargo, con la venta no se produciría ningún tipo de intrusión administrativa en el control interno de la actividad de cada empresa privada.

En estos casos el control público sobre los actos y consecuencias de la negociación de la compañía es externo, en lo que respecta a la forma de realizar sus objetivos sociales e interferir en el funcionamiento de los mercados y de las prestaciones públicas, y no en la naturaleza constitutiva de la corporación. Por lo tanto, la Administración pública no podrá exigir formas predeterminadas en la contabilidad ni en la gestión fiscal interna de las empresas privadas, que funcionan sin la participación pública en sus consejos de administración, aunque mantenga sobre ellas cierto control *ex post* de sus inversiones y planes de desarrollo tecnológico siendo, por lo tanto, algo estrictamente exclusivo del ámbito de la naturaleza de la actividad que desempeñan.

En este sentido, la gran innovación introducida por la liberalización de los mercados de interés general en Brasil, como en otros muchos países, ha sido el desarrollo del control público externo y público sobre los actos económicos de naturaleza de interés general practicados por las compañías privadas que ostentan el título de concesionarias de servicios públicos. La participación pública en los mercados está restringida por las circunstancias pertinentes al grado de exigibilidad de los servicios, por la continuidad, regularidad y, en algunos casos, por el control de tarifas o precios de los servicios ofrecidos a los consumidores. Es decir, hay un control administrativo esencialmente técnico, objetivo, formal y de calidad.

Por lo tanto, la limitación de los poderes de intervención pública sobre el funcionamiento de las empresas y sobre los mercados liberalizados fue el cambio más importante introducido en el nuevo marco regulatorio de estas actividades económicas. La prestación de cada servicio a los ciudadanos constituye un aspecto en el que las

entidades públicas de regulación deben mantener su presencia, pero de modo independiente, con la determinación necesaria para asegurar la plena competencia y el bienestar de los consumidores, que es donde reside el interés público.

Las competencias de los organismos reguladores están descritas como un medio, más que como una finalidad pública. Consiste en una técnica al servicio de la vigilancia y en la fijación de parámetros de funcionamiento de los mercados. Su capacidad debe ser superior al propio mercado y su propósito fundamental debe reflejar la lucha por la gradual y total liberalización de los mercados. La libre competencia es el punto de inflexión actual y marca la diferencia fundamental entre el antiguo régimen de los servicios públicos y los principales objetivos del ejercicio de la autoridad en las administraciones públicas actuales.

Paradójicamente, la transferencia de los servicios públicos a los sectores empresariales supuso el fin de las subvenciones y ayudas públicas a las actividades económicas sujetas a la libre competencia. Otra consecuencia fue el aumento de la demanda del acompañamiento de la administración en la ejecución de estas acciones privadas, debido a su permanencia con relación a su naturaleza como prestaciones de interés público, lo que determinó el perfil de la participación estatal en los mercados económicos.

La presencia pública en la vida social es de expectación y alerta de los mercados, con énfasis en la función reguladora. Por lo tanto, la liberalización obliga a la regulación y condiciona el control al alcance de los objetivos sociales de un entorno económico equilibrado, evitando que se cometan abusos intolerables en perjuicio de los usuarios de los servicios.

Hay que señalar que desde una perspectiva contraria a la ideología del Estado mínimo¹³⁸ el reduccionismo de los servicios públicos no eliminó la necesidad de la presencia pública ni tampoco los derechos fundamentales de la ciudadanía. Las privatizaciones produjeron un efecto inverso, es decir, la ampliación de las capacidades públicas a niveles de intervención razonables. La principal función de moderador del

¹³⁸ Con referencia especial al pensamiento de Betancor (2009:52-53), cuando establece la estricta conexión que reclama entre la regulación y la teoría de los fallos del mercado al establecerse que la regulación debe ser para la competencia, sólo deberá existir cuando haya un fallo del mercado (principio de la subsidiariedad) y sólo en la medida necesaria para corregirlo (principio de proporcionalidad).

sistema bajo el control público impone un sistema en el que impera un régimen jurídico especial, enfocado en la colectividad.

Las reservas de los servicios públicos no se han eliminado por completo, aunque han dejado de ser la prioridad del Estado. Es decir, la propiedad pública o la gestión directa en el proceso de nacionalizaciones de actividades económicas son comprendidas como medidas extremadas, innecesarias y solamente admitidas en circunstancias extraordinarias. Por eso llegó a entenderse como vertedero de urgencia para permitir de manera excepcional la imposición del equilibrio entre las fuerzas del mercado y los intereses públicos.

De todos modos, la conclusión a la que se llega es que el Estado siempre estará pendiente de la economía de mercado y el mercado siempre necesitará del orden público. En este sentido, refiriéndose a las funciones de las agencias independientes de regulación, Ferraz (2000:143) reconoce esa medida como una ostensiva delegación de poderes, casi legislativos y casi judiciales, para admitir el cumplimiento alternativo de finalidades estratégicas para el Estado.

Calificar y reservar la ejecución de alguna modalidad de servicio público como esencial e indispensable en la gestión directa del Estado, o más bien estratégico en determinado momento, significa hoy en día una disposición de excepción.

La determinación formal de los derechos y obligaciones van dirigidos a los sectores involucrados en la aplicación de los servicios económicos de interés general. Las normas reglamentarias en los servicios liberalizados son más amplias respecto a los objetivos sociales y más específicas en lo que atañe al funcionamiento de cada sector, algo que no existía en el régimen tradicional de los servicios públicos, lo que implica reconocer que con la liberalización se resolvió la permanente tensión entre la superioridad que demostraba el ejercicio de libertades económicas bajo el dominio de empresas públicas y la permanente ausencia de control en la organización de esa modalidad de prestaciones sociales.

El hábitat natural de los servicios públicos económicos siempre ha sido la iniciativa privada, aunque supeditada al Estado empresario. Sin embargo, el régimen privado para la gestión de estos servicios no retira la reserva de la regulación a la

Administración pública pero le asegura la posibilidad de mejora en la eficiencia y en la calidad de las manifestaciones del Estado sobre las prestaciones de interés social.

La elección del modelo abierto y descentralizado de las prestaciones públicas, y su regulación respectiva, no siempre ha dado lugar a una política de control público efectivo sobre el entorno económico en el que están incluidas estas prestaciones públicas. La primera forma de control en este caso resulta en la confianza excesiva y fuera de lugar en el mercado y en sus mecanismos de auto regulación.

Ese mito de autocontrol de la economía ha sido estigmatizado y vilipendiado por situaciones concretas de desequilibrio e inestabilidad generados por crisis financieras cíclicas. Las consecuencias de estos momentos históricos, como las crisis mundiales de 1929 o la de 2008, han determinado intensas pérdidas sociales ocasionadas por la gestión económica pero tolerada por la ausencia de medidas institucionales eficaces de protección contra la volatilidad de la especulación financiera. Los efectos son globales y más desastrosos en los sistemas jurídicos de países donde los programas sociales no son prioritarios.

Los daños y perjuicios derivados de prácticas irregulares y abusivas contra los intereses fundamentales siguen estando vinculados a la baja calidad de los servicios, lo que, en la mayoría de los casos, se traduce en respuestas tardías del regulador, que no responde prontamente ante las necesidades públicas en defensa de los derechos de los consumidores, destinatarios de las prestaciones sociales.

Bajo la influencia de la reforma de la política neoliberal, que impregnó el ambiente de los años 90, especialmente en los países entusiasmados por el éxito económico en países que optaron por un modelo de autorregulación económica anglosajón, tuvo lugar la implantación de métodos privados en la gestión administrativa. Esa metodología de regulación más tradicional, con criterios estrictamente contractuales y de acuerdo con controles basados en el consenso de las partes, no es común, porque en uno de los lados está la Administración pública.

La renuncia a la potestad administrativa en los asuntos relativos a los intereses generales de la sociedad es algo muy peligroso, en primer lugar porque la solución de las demandas no son estrictamente de carácter privado, y las partes no se mantienen en

una situación de equilibrio. En segundo lugar, la coordinación y vigilancia de las prestaciones está dirigida a un sector privado al que pertenece un conjunto de actividades de relevancia para la sociedad en general, por lo tanto, es exigible la presencia pública en todos los sectores liberalizados.

La resolución de conflictos bajo un modelo de gestión privada requiere la presencia pública para garantizar la seguridad jurídica y la protección de los intereses de los ciudadanos, es decir, de los usuarios y ciudadanos. Esa nueva denominación de los destinatarios de estos servicios pertenece a la clasificación moderna de los llamados individuos-administrados.

Las deficiencias públicas históricas también acompañarán la dirección hacia al nuevo modelo de Administración pública reguladora, sobre todo en dos circunstancias primordiales: a) en razón de la ineficiencia regulatoria, cuando el Estado deja de actuar debido a la ausencia de un marco legal que fije los parámetros públicos para el funcionamiento de cada sector; b) la restricción legal o la falta de ejercicio efectivo de la potestad reglamentaria que confiere disciplina a los mercados liberalizados de interés general.

Por lo tanto, las fragilidades institucionales vulneran el principio de la libre competencia y, además, supone una regulación económica débil que trae inseguridad democrática, que dificulta que los entes regulados puedan lograr los resultados finales que corresponden a la buena calidad de los servicios a los usuarios.

El control no significa administrar o controlar la propia operación de cada empresario independiente. Las innovaciones institucionales presuponen el compromiso público con la condición de la prestación de los servicios de interés general.

Eso significa que las empresas privadas siempre seguirán operando conforme a sus propios fines comerciales con el fin de obtener ganancias de las inversiones en el sector. Por lo tanto, el rumbo de las transformaciones de sectores como los de las telecomunicaciones necesita de la dirección pública. El control sobre la naturaleza de este supuesto depende de la necesidad de motivación de las decisiones administrativas, comprometidas con el desarrollo ordenado de cada actividad. Además, eso no significa que la acción política pueda exceder los límites estrictos de la legalidad formal de la

operación de cada servicio. En otras palabras, es inherente a todos los servicios de interés general preservar el cumplimiento de los propósitos institucionales, con el fin de garantizar su propia existencia. Así que, dentro del respeto a las libertades y de la autonomía de gestión privada, los propósitos empresariales no pueden servir de excusa para la ausencia de vigilancia pública.

La regulación viene de la norma y el control de la acción del Estado, por razones de orden práctica y de contenido administrativo, lo que refleja la huella del precepto legal en la existencia de esas actividades económicas, definitivamente vinculadas al servicio de utilidad pública.

El dominio público, previo y vinculante, propio de las autoridades administrativas y de origen contractual da lugar a un control a posteriori, en los modelos de concesiones públicas actuales, como esencia de las actividades controladas por la regulación económica.

El trato diferenciado y la necesidad de reglamentación específica para cada servicio son inherentes a los efectos inmediatos de la liberalización de los años 90. Eso es lo que se reconoce como uno de los métodos más viables para garantizar la eficiencia en el régimen de control público aplicable a las telecomunicaciones. Se trata, en principio, de una regulación general, uniforme y poco técnica, que puede estar dentro del sistema diferenciado de las administraciones públicas. Se observa que esa característica elimina o reduce la distorsión original de las prácticas anticompetitivas y, por lo tanto, la eficiencia de los órganos de regulación puede facilitar el desarrollo de los mercados en general.

Sin embargo, las regulaciones masivas, generales y uniformes sobre un gran número de sectores de la economía, sin respetar las vicisitudes de los mercados, también distorsionan los comportamientos públicos y alimentan lagunas fundamentales en la órbita de la organización de los servicios. La impericia del Estado en conocer a fondo el funcionamiento y las exigencias de los sistemas de telecomunicaciones en general, condicionan regulaciones poco eficientes porque son incapaces de adelantarse a los problemas en la estructura de la actividad. Por lo tanto, es innegable que la regulación económica exige políticas públicas de planeamiento, con

un contenido más técnico y específico, principalmente en sectores de alta tecnología como son las comunicaciones electrónicas.

La visión equivocada de los órganos administrativos dificulta el conocimiento preciso sobre el movimiento real de los mercados que, en general, llegará a medidas extremas y desproporcionadas (o como mínimo tardías) sobre todo hacia los sectores menos competitivos. De ahí la necesidad permanente de actualización regulatoria en el nuevo modelo de los servicios de interés general.

Las telecomunicaciones son la prueba de que no se debe, por lo tanto, aplicar el mismo control regulatorio, o el mismo control sobre servicios con características tan diversas. Esa realidad es factible cuando se analizan las condiciones de ejercicio de sectores tan imprescindibles para la vida humana, distintos pero compartido,s como los de la electricidad y de las telecomunicaciones. Ambas son actividades de esencial contenido público y la razón de la supervivencia y evolución del hombre, dando lugar a altas tasas de pérdidas sociales en la medida de la incompatibilidad entre la gestión privada y la actuación de las administraciones sobre la oferta de los servicios.

La creación de diferentes fórmulas reglamentarias es una realidad fruto de la experiencia moderna de legislar servicios de interés general y deja claro que son los cambios de las necesidades sociales los que exigieron la condición del entorno económico de uno de los sectores implicados en esas reformas. Por lo tanto, las leyes de control y de regulación hacia estos cambios son, en realidad, respuestas a los mercados liberalizados.

La descentralización administrativa no es un tema novedoso en Brasil. Los instrumentos de contrataciones públicas, las concesiones públicas y la gestión privada de las empresas estatales simplemente ponen un nuevo traje a un maniquí anterior. Los viejos instrumentos fueron restaurados y se han añadido nuevos elementos entre los que están las reformas legislativas que preservan la utilidad pública de las telecomunicaciones, así como de otros sectores más sociales, porque ese es el símbolo de la compleja sociedad del siglo XXI. A diferencia de otras reformas anteriores, en esta los países optarán por guiarse por el reflejo de la globalización económica.

Los procesos legislativos incompletos¹³⁹ y mal desarrollados para un entorno liberalizado retiran la capacidad administrativa de actuar, así como la de evaluar con exactitud los servicios regulados. Eso fue lo que pasó en el proceso de liberalización de Brasil.

Las dificultades en el control son reales, porque los órganos reguladores públicos carecen de conexión con el entorno social, haciendo caso omiso de los mecanismos del mercado para eventualmente neutralizar y hacer ineficaz los abusos practicados. Ese hecho hace que prevalezcan las voluntades privadas en detrimento de los objetivos públicos.

Es evidente que gran parte de la legislación no se introdujo sólo para regular los servicios - las actividades reguladas pertenecen a un entorno económico- y, por lo tanto, la regulación ha servido para garantizar el equilibrio entre los objetivos y la práctica de los servicios, además de exigir el control administrativo para lograr el éxito social de sus contenidos.

En muchos modelos de regulación todavía no se han logrado los resultados inicialmente propuestos por los objetivos de las liberalizaciones, lo que produce alguna incomodidad en el cumplimiento de las necesidades básicas de los ciudadanos, pues no se ha dado prioridad a los derechos de los usuarios en las prestaciones públicas. No obstante, las actividades públicas históricamente deficitarias seguirán siendo ineficientes y estando encubiertas por el abuso del poder económico sin una regulación apropiada por parte de agentes independientes e intransigentes a la hora de defender la calidad de los servicios.

Las políticas de los altos precios y las bajas inversiones en tecnología son consecuencia de la manera equivocada de actuar de la Administración. Veremos que compensar la ausencia de competencia solo con regulación y sin facilitar la entrada de

¹³⁹ En ese punto, según Castro (2003:213) no se puede confundir función reguladora con poder reglamentario primario, que es competencia del jefe del Poder Ejecutivo. Figueredo Moreira (2000:132-133) distingue entre reglamentación, que es política y que pretende imponer reglas secundarias como complemento de las normas jurídicas, en la condición de actividad propia de los titulares del poder del Estado y del gobierno. La función de regulación tiene carácter administrativo; el agente regulador pondera de forma neutra los intereses concurrentes en conflictos sectoriales, sean efectivos o potenciales. También hacen esa distinción Tácito (1997:510), Canotillo (1998:818) y Marçal Justen (2002:556).

nuevos competidores es perjudicial para los mercados, sobre todo en lo que respecta a las comunicaciones electrónicas.

Para corroborar esa observación se podría concluir que con las privatizaciones la gestión particular de prestaciones económicas ha proporcionado mayores ganancias que con la gestión pública. Según Laudau (1985), ese fenómeno generado por la ineficiencia pública está centrado en la disposición de la propiedad y señala que hay una relación inversa entre la eficacia en la participación del Estado en la economía y la productividad de los sectores.

Vickers & Yarrow (1995) se contraponen a ese pensamiento pues opinan que en la estructura teórica de la microeconomía es posible que el emprendimiento público sea más productivo que el privado en muchas circunstancias; la razón es que en los sectores donde persisten los monopolios o los oligopolios las empresas privadas son tan ineficientes como las públicas. Es decir, la eficiencia se mide por el nivel de gerencia de la empresa, de las especificidades de la actividad y del ambiente económico donde esté inserida, pero también por el nivel institucional de la Administración, que varía de un país a otro. Estos autores comentan el caso de la empresa pública British Steel, cuya simple amenaza de privatización ha hecho que se obtuvieran mejores niveles de ganancias en productividad.

En otras palabras, el universo de las empresas públicas improductivas está formado, casi siempre, por una multiplicidad de factores internos y externos a la Administración. Sin embargo, la liberalización contribuye al aumento de la competencia, lo que favorece la productividad, aunque la mejora de la actuación de las prestaciones no depende solamente de la gestión privada, sino que está estrictamente comprometida por la estructura estatal que se impone como una barrera para la reordenación de los mercados.

Uno de los mejores ejemplos de adaptabilidad a los servicios económicos de interés general en los tiempos que corren ha sido presentado por el nuevo papel de la Administración pública en España. Al igual que en casi todos los países de la Unión Europea, España ha conseguido romper con la histórica política de incentivos financieros y subsidios económicos y la fuerte intervención estatal a través de empresas públicas. Esa realidad ha sido sustituida por los nuevos desafíos regulatorios, con el

desarrollo de infraestructuras privadas, la transferencia de tecnología y una red de servicios de gran productividad, incluso en empresas estatales, mejoradas para que se desplacen rumbo a gestiones más eficientes.

En Brasil, las críticas se han centrado en los efectos de las privatizaciones especialmente en los grandes sectores como el de las telecomunicaciones, en un mercado muy estrecho con serias limitaciones a la competencia, que siguen comprometidas con las voluntades políticas de los gobiernos.

La Administración Pública, en su propia medida de reforma, intentó sin éxito elaborar una renovación interna y coordinada de los objetivos públicos de las actividades, con la reducción de las numerosas entidades públicas y de la burocracia estatal y con la creación de agentes reguladores. No obstante, el sistema regulatorio de Brasil sigue sin reconocer que la razón y la trayectoria de la regulación van más allá de los intereses gubernamentales particulares.

Ferrer (2002:174) llama la atención hacia la regulación señalando que es el resultado de la intención de imponer un control en el mercado sobre los intereses públicos y los grupos fortalecidos económicamente. A cambio del apoyo político, los grupos de interés ofrecen como alternativa un modelo de regulación que puede ser más favorable y adecuado, es decir, que puede servir de principal instrumento de dominación y de captura¹⁴⁰ de los reguladores.

De hecho, en las economías más estables donde en el proceso de liberalización prevalecen reformas legislativas y administrativas con efecto catalizador frente a los mercados, predominan los objetivos técnicos en la creación de órganos independientes facultados para regular. Sin embargo, en los regímenes con un predominio de las políticas de fuerte tendencia centralizadora del poder administrativo, prevalece una actitud de dependencia de los gobiernos en la conducción del proceso de venta de las

¹⁴⁰ Captura es una expresión que retrata el vínculo de dependencia formado entre el regulador y el regulado en Brasil, ocasionados en general por la asimetría de informaciones y otros problemas asociados a costes, condiciones de operación de los servicios, etc. De ese modo, el regulador podría tomar decisiones equivocadas en actitudes contrarias a los intereses públicos, ya que también se refiere al propio gobierno, que actúa motivado por los riesgos que nacen de la propia relación con los entes regulados, siendo más vulnerables a esa captura. Salgado (2005: 9-10)

empresas públicas de telecomunicaciones por parte de los grupos financieros interesados en estos negocios.

Si bien la elaboración de las leyes del mercado son las responsables de un marco de regulación distinto, en Brasil se han procesado de manera urgente, al igual que las privatizaciones. Esa realidad no presentó apenas ningún tipo de discusión ni orientación política o gubernamental más amplia por parte de los grupos sociales.

Consecuentemente, la falta de planificación de las necesidades de los consumidores y usuarios, así como la ausencia de conocimiento básico sobre las reglas de la competencia y las funciones de regulación hacia la libertad de los mercados, hace imposible crear un marco eficiente para un nuevo servicio público. El Estado reduce su condición de empresario para ejercer sus funciones como árbitro en la mayoría de las ocasiones y cuenta con un entrenador de la evaluación del sistema en todas las prácticas.

Haciendo uso del término adoptado por Santamaría Pastor, la neo-regulación trae como principal requisito que los nuevos principios políticos y económicos se transformen en técnicas administrativas concretas.

Por lo tanto, la administración pública debe basarse, en primer lugar, en el conocimiento de las circunstancias que rodean la ejecución de cada servicio, para que después se pueda evaluar la proporcionalidad que va a ser protegida, es decir, el equilibrio entre la libre expresión empresarial y la necesidad de la intervención pública. La adaptación de la administración pública a esta innovadora forma de regular es imprescindible para la adquisición de los servicios liberalizados.

Ese control administrativo se llevó a cabo en Brasil por parte de las entidades incluidas en la estructura de gobierno que, sin embargo, arrebataron nuevas responsabilidades frente al mercado. Estas entidades fueron inspiradas por los modelos existentes en el sistema de desregulación estadounidense, pero que es completamente distinto del orden jurídico de Brasil.

Su creación intenta estructurar una función administrativa más técnica y menos interventora, con la posibilidad de permanecer ajena a cualquier injerencia política o

económica ante su naturaleza independiente y reguladora. Sin embargo, su capacidad dentro de la compleja realidad de la política de intervención pública se presenta de forma débil, porque no aportó desde el principio de la ordenación de la economía el acompañamiento del grado de satisfacción de los ciudadanos. Es decir, su calidad institucional se aproximó a los sectores regulados, pero estaba desvinculada de la construcción de una red de objetivos de defensa y protección de los derechos de los usuarios.

Por lo tanto, la capacidad de gestión estatal debería suponer, de modo imprescindible, un nivel de independencia pública y política emanada del ente regulador. En ese sentido, tendría que dirigir el mercado hacia la libre competencia, estabilizando las diferencias entre operadores. Los objetivos de obtener ganancias de las empresas privadas no pueden ser más importantes que la necesidad de respeto a las políticas de regulación. Preservar las características de cada sector implica una actuación más estable de las instancias responsables por el marco regulador.

El sector de las telecomunicaciones ha sido el más desarrollado técnica y eficazmente desde su liberalización. En todos los países donde se ha dado la venta de las empresas públicas controladoras del sistema, la situación real del funcionamiento de estas actividades sigue a un ritmo frenético hacia una competencia y una evolución incomparables, impulsando incluso a otros sectores.

Parte del éxito del funcionamiento equilibrado de los sectores de las telecomunicaciones, la electricidad, el transporte, etc., están claramente vinculados al marco de los procesos de privatización.

La regulación económica, por otro lado, ha permitido fijar las bases jurídicas de este modelo de transición, aunque sigue pendiente para su evolución la aplicación de criterios justos de regulación directa sobre cada prestación, criterios que deben ser revisados constantemente.

La presencia pública es, por lo tanto, necesaria y fundamentalmente eficaz en el resultado de mejora de la calidad en la regulación y, por consiguiente, la especificidad de cada movimiento del mercado y cada circunstancia económica deberá estar acompañado por la Administración.

Pese a que las decisiones de la administración pública hayan reducido la incertidumbre e inseguridad nacidas de la relación *actividad x regulación* y del *control x consumo*, la actuación equilibrada de los entes reguladores y su efectiva independencia frente a los gobiernos aumenta el nivel de satisfacción de los actores sociales, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, porque les garantiza a todos la seguridad jurídica necesaria y derivada de la mejor regulación.

Se hace imposible controlar las contingencias de la prestación de dichos servicios ante un alto grado de ambigüedad en las decisiones públicas y en un control más político que jurídico. En el debate regulatorio actual es un punto crucial el refuerzo a la independencia de las instituciones que componen el Estado democrático, con instituciones fuertes que actúen en defensa del interés público real, regulando con eficiencia. Esa coordinación también presupone la ampliación de la capacidad de crecimiento de la economía, pero con desarrollo social.

Por lo tanto, como conclusión parcial de este punto podemos enumerar algunos aspectos ausentes de los recientes procesos de liberalización de las telecomunicaciones en Brasil, lo que ha dificultado el proceso de transformación de estos servicios impidiendo que, incluso en la actualidad, sigan avanzando las fórmulas y mecanismos de actuación de los organismos reguladores en el nuevo marco de las administraciones públicas.

En primer lugar está la falta de comprensión de los principales problemas que afligieron al mercado económica y tecnológicamente. El complejo sector de las telecomunicaciones ejemplifica muchos de los problemas que tiene que enfrentar la Administración brasileña hacia la regularidad de los servicios económicos liberalizados. La competencia impulsora de nuevas tecnologías conlleva la necesidad de un amplio y preciso diagnóstico del desarrollo y de la expansión del mercado, lo que le ha costado a los agentes de regulación de Brasil¹⁴¹.

¹⁴¹ La autocomposición de conflictos y la coordinación de intereses entre los operadores demuestra la actitud eminentemente conciliadora de la agencia de telecomunicaciones de Brasil. En ese sentido, el artículo 153, §2º, de la Ley 9.447/1997, confiere a la ANATEL poder de deliberación sobre las condiciones para la interconexión de redes solamente en caso de que no haya acuerdo entre los interesados. Es decir, la interconexión es objeto de libre negociación entre los operadores mediante un

La inseguridad administrativa de las autoridades regulatorias, producida normalmente por fallos en la regulación o en la politización de decisiones que favorecen al mercado y a los intereses económicos en detrimento de los consumidores, implica la aparición de una profunda dicotomía entre la legislación destinada a los sectores regulados de los servicios y la satisfacción de las necesidades básicas del buen funcionamiento del sector. Por otro lado, la distribución asimétrica de la oferta, el acceso, la comercialización y la atención directa a los consumidores exige una actitud de regulación más firme y participativa en el mercado.

Por otra parte, el carácter mudable del ambiente regulatorio exige una constante actualización de los marcos jurídicos dirigidos al sector, que deben evolucionar muy rápidamente ya que se necesitan respuestas administrativas directas y urgentes. Ese compromiso inquebrantable con las constantes adaptaciones legislativas también impide la revisión y el logro de las metas y objetivos trazados en los programas de privatización.

El marco jurídico de la liberalización de las telecomunicaciones sigue progresando pero con mayor lentitud en países donde el avance de la tecnología no va acompañado de ajustes regulatorios. En la Unión Europea esa realidad conlleva una fuerte tendencia legislativa y eficientes medidas comunitarias que intentan ajustar las nuevas directrices y remodelaciones de la regulación al entorno de fuerte expansión de todos los servicios de telefonía móvil, fija, redes e infraestructuras, a ejemplo de la Directiva 2009/140, de 25 de noviembre de 2009, que modifica las Directivas 2002/21/CE, 2002/19/CE y 2002/20 CE, además de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo sobre el futuro de las comunicaciones electrónicas en Europa, COM (2010)253 final.

Brasil no cuenta con un ambiente similar al Derecho Comunitario. El soporte legislativo a la regulación de las telecomunicaciones es exclusivamente interno, lo que podría considerarse uno de los motivos por los cuales la liberalización de las telecomunicaciones brasileñas no haya dado como resultados, tras más de diez años de iniciar la aplicación de estas reformas, nuevos reglamentos que favorezcan nuevos

acuerdo para ser homologados a posteriori por la agencia, lo que le quita el atributo de control regulatorio.

ajustes. Sigue pendiente de aprobación una serie de normativas, sobre todo en lo relativo a la apertura a la competencia y de la defensa de los derechos de los usuarios, además de una previsión normativa más eficaz sobre los instrumentos regulatorios de elaboración de instrumentos de evaluación de la calidad de los servicios realizados.

Además existen problemas esenciales de fondo para la naturaleza institucional porque repercuten sobre el funcionamiento de la Administración pública. La limitada y poco eficaz participación de las agencias reguladoras en el proceso de construcción de la competencia no favorece los avances de las políticas de regulación. En este sentido, un reciente informe la OCDE¹⁴² advierte de que es imprescindible que los países reconozcan la necesidad de realizar la segunda generación más intensa de reformas regulatorias. Al referirse al mercado de las telecomunicaciones, de la Cuétara (2000:76) ya había apuntado que el momento de incertidumbre y de definición imprecisa de la función actual del Estado podría tener consecuencias en los procesos de privatización en sus fases iniciales, y aseguraba que la línea que separa la intervención liberadora de la intervención dirigista es muy delgada.

De hecho, las presiones políticas y económicas han marcado el rumbo de las reformas, especialmente desde el punto de vista del control de los precios y de la calidad de los servicios. Es decir, la mayor o menor intervención siempre ha sido una decisión política. Incluso en el marco de la regulación de los servicios liberalizados, el balance de las propuestas electorales, incluidas la financiación de los partidos políticos y las campañas políticas, siguen influyendo fuertemente en las decisiones administrativas de países como Brasil.

Sin embargo, hay opiniones diferentes. Cassagne (2002:468) desataca con entusiasmo los éxitos de las reformas de Argentina que, en su opinión, hizo que la administración pública introdujera cambios profundos en la sociedad, con gran impacto político y jurídico. El compromiso público con el funcionamiento eficiente encaminó la responsabilidad del Estado hacia dos funciones esenciales: la regulación y el control de

¹⁴² OCDE (2003), advierte de que en los países pertenecientes a la Organización para la cooperación y el desarrollo económico, la simplificación administrativa debe ser perseguida a través de la reducción y simplificación de los procedimientos administrativos, de los permisos y licencias, y de la reducción de los plazos para la toma de decisiones; además los países tienen que estipular métodos para medir las cargas administrativas. <http://www.oecd.org/dataoecd/9/62/2790042.pdf>.

la calidad de los servicios privatizados, aunque los gobiernos argentinos opten algunas veces por nacionalizar determinados servicios privatizados¹⁴³.

En un sentido formal, en el modelo administrativo de la estructura de la mayoría de los países de Europa y América del Sur, incluyendo Brasil, cada organismo regulador actúa con independencia de los poderes ejecutivos; si bien la administración pública está vinculada a ellos, deben ser equidistantes de los sectores que tiene por objetivo regular.

Es innegable que los avances regulatorios trajeron una multiplicidad de medidas de reforma en la Administración. Sin embargo, se insertaron nuevas variables en la realidad de los servicios privatizados, cambiando la forma en que el Estado se relaciona con los ciudadanos. Anteriormente, la ejecución de los servicios públicos esenciales para la vida social colocaba a la Administración en una situación de superioridad con respecto a los usuarios de esas prestaciones económicas. Los monopolios y privilegios públicos inhibían cualquier reacción contraria a la condición y calidad de la realización de las actividades por parte de las empresas públicas. Con la liberalización de los mercados, la acción estatal está sometida a ciertas limitaciones de origen orgánico de los intereses empresariales. La presión por mantener la estabilidad y el equilibrio del orden económico a veces produce resultados contrarios a los intereses de los usuarios de los servicios. Esto ocurre porque la búsqueda del equilibrio racional entre el pluralismo del mercado y la heterogeneidad de los servicios pierde importancia en nombre del progreso tecnológico. Por lo tanto los entes privados -que contribuyen a la mejora de la recaudación de impuestos-, adquieren más relevancia, cuando los objetivos prioritarios del Estado son proporcionales al mayor incentivo en la obtención de ventajas financieras.

La lucha contra la nacionalización de los servicios de alguna manera ha resaltado la limitación de la intervención pública. La Administración Pública deja de ser el motor encargado de poner en funcionamiento las principales actividades económicas de interés social. Esa limitación radical de sus funciones impulsó beneficios en la gestión independiente de los sectores liberalizados. Sin embargo, la condición de éxito de la

¹⁴³ Las privatizaciones son medidas inversas a la nacionalización. Es lo que ocurrió en julio de 2008 con el proceso de "privatización", es decir, expropiación del paquete accionario, lo que ha permitido el retorno de la empresa Aerolíneas Argentinas al Estado, 17 años después de su venta al capital empresarial español.

regulación económica deriva de la manutención de un vínculo directo entre los consumidores y los prestadores de servicios que solamente podrá preservarse gracias a la presencia de los agentes reguladores.

El error más evidente se presenta en los países que intentaron acceder a un nuevo método regulatorio utilizando como modelo los sistemas jurídicos administrativos de países como Estados Unidos y Gran Bretaña, de origen y naturaleza distintos de los países que adoptaron la fórmula de los servicios públicos. Mientras que los organismos reguladores de estos países han sido, desde que empezó a desarrollarse, completamente independientes de los operadores económicos en Europa continental y en América del Sur, el regulador había sido también previamente el titular de las empresas o el proveedor de los servicios¹⁴⁴.

Según Pardo (2009:399), lo que se intenta ahora cuando la titularidad y el protagonismo del gestor público desaparecen, es mantener los mismos objetivos que imponen los mandatos constitucionales. La función fundamental no está entonces en prestar esos servicios, sino en garantizarlos.

Rivero Ortega (2007:36) nos advierte de que el modelo anglosajón de regulación partía de una concepción empresarial de lo administrativo, aunque los objetivos de la Administración se diferencien de las empresas privadas. Incluso por esa razón, ese error de principio de la nueva gestión pública y del gobierno empresarial ha perdido fuerza para ser sustituidos por un nuevo concepto, el de la gobernanza.

En la Comunidad Europea¹⁴⁵ estos dilemas han sido superados con cierta facilidad, porque la comisión europea procedió a liberalizar la actividad, pero también impulsó, y sigue impulsado, la progresiva aproximación de aspectos esenciales de su régimen jurídico, de acuerdo con los avances tecnológicos que les exigen las comunicaciones electrónicas.

¹⁴⁴ Y, además, para Muñoz Machado (2009:133), si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia.

¹⁴⁵ Para Laguna De Paz (2007:37), los servicios de telecomunicaciones en Europa simbolizan el esfuerzo por crear las condiciones para el desarrollo efectivo del mercado interior de las telecomunicaciones, siendo fundamentales en ese proceso la armonización de leyes mediante la aprobación de normas de armonización con el objetivo de aproximar las legislaciones nacionales, y cita como ejemplo la Directiva 90/387, de 28 de junio sobre el establecimiento del mercado interior de servicios de telecomunicaciones mediante la aplicación de una oferta de red abierta (ONP).

En lo que respecta a las telecomunicaciones, con la introducción de la competencia, los servicios de interés general se han convertido en un nuevo reto para los países, incluso porque estos servicios comenzaron a imponerse a los operadores muy rápidamente con la obligación de llevar a cabo la implantación de una nueva red de infraestructuras y al mismo tiempo, cumplir los requisitos de calidad adecuada exigidos en defensa de los intereses de los usuarios.

Sin embargo, generalmente la experiencia de privatización refleja un fenómeno de masas y un método de adaptación a un nuevo mercado que exigía mayor apertura. Las experiencias regulatorias son muy similares en la mayoría de las jurisdicciones, pero los resultados obtenidos después de más de diez años de privatizaciones se miden con respecto a la apertura efectiva a la competencia, especialmente en las economías emergentes y sistemas institucionales más débiles, como en Brasil.

Siqueira & Mancini (1993:13) dice que el sector de las telecomunicaciones brasileño ha superado cinco fases distintas¹⁴⁶ hasta alcanzar el régimen actual con la privatización del sistema Telebrás.

Es importante afirmar que la competencia no nace de la mera voluntad de la norma y que los mercados liberalizados no surgen de la espontaneidad de los operadores. La eficiencia en los servicios públicos privatizados tampoco aparece como algo espontáneo en el proceso de despliegue definitivo de los mercados ya liberalizados. El ejercicio de amplias libertades empresariales no ha sido suficiente para promocionar el efectivo progreso social sin la existencia de regulación. La estabilidad económica y social no es consecuencia de la ausencia de programas públicos o de la ineficacia de la regulación (tampoco de su exceso).

¹⁴⁶ En el período de estancamiento, hasta la década de los 60, no existía una política sectorial; en la fase de reorganización, comprendida entre 1962 y 1967, surge el código brasileño de telecomunicaciones (Ley 4.117, de 27 de agosto de 1962. Entre 1963 y 1974 empieza a aparecer la estructuración administrativa que permitió el desarrollo sectorial, con la expansión de las redes. Y entre 1975 y 1985, un período considerado de turbulencia, con innumerables crisis en el sector, motivadas sobre todo por los monopolios estatales y la expansión de la burocracia y el incremento del número de funcionarios en las empresas públicas y el grado de politización de los servicios. El aumento del déficit público y las bajas inversiones marcaron una etapa de profundo estancamiento tecnológico.

En países donde el capitalismo progresaba y las políticas públicas sociales retrocedían, el modelo descentralizado no aseguró el éxito de las reformas de los 90. La propia ausencia de dirección y control hacia a los mercados tampoco es condición de competencia óptima. Asegura Reich (1985:111) que incluso cuando el control cede espacio a la economía, es posible la formación de oligopolios.

Las actividades típicamente públicas realizadas por la Administración, aunque no sean incompatibles con fines económicos, se adaptaron perfectamente a la estructura de los mercados liberalizados. Por lo tanto, la transferencia de la titularidad pública a las empresas privadas obliga a que, en realidad, sean los mercados los que deban adaptarse a los servicios de interés general, y no el revés.

La legitimidad que el mercado pretende obtener para asegurar la autonomía en el progreso económico de las actividades liberalizadas no está regida por la ausencia de normas. Si bien el mercado necesita independencia, los servicios destinados a la universalidad están potencializados por la economía y, al mismo tiempo, se benefician de los actos de regulación porque el Estado simplemente coordina las actividades que deben seguir vigiladas por las entidades reguladoras.

Como ha dicho Muñoz Machado (1998:40), Europa no abomina de los servicios públicos, pero exige su adaptación a un nuevo entorno de competencia, lo que no supondrá su definitiva liquidación.

Frente a una especie de acumulación de poder (Estado contra mercado) - un fenómeno común en las relaciones empresariales- , los servicios económicos de interés general significan un plus, es decir, la presencia de la regulación no es solamente una conducta estratégica en defensa y preservación de los intereses sociales. Significa, sobre todo la fijación de límites jurídicos, manifestados como actividades administrativas, para el control de los riesgos del mercado.

Esa sería el principal objetivo de los servicios universales, garantizar el interés general a través de la imposición de ciertas “obligaciones oblatórias”¹⁴⁷ a todos los operadores de estos servicios.

¹⁴⁷ Lo que significa, según Marínez López-Muniz (2000:51), obligaciones deficitarias, que no conllevan características económicas, ni son competitivas, lo que dificulta su integración o absorción en el

Por lo tanto, controlar el comportamiento de la actividad competitiva, no significa poner una camisa de fuerza contraria a la orientación natural de la libertad económica. Sin embargo, existe un comportamiento, un presupuesto formal o un código de conducta efectuado conforme a los resultados sociales contenidos en los procesos neo-regulatorios.

Las cláusulas de regularidad para la preservación de los servicios universales son como un dique de resistencia contra el mercado¹⁴⁸. Favorece que la libertad de competición esté legitimada por compételes que respecta a las acciones públicas. Es decir, las prestaciones que se refieren a los intereses públicos dependen de su reconocimiento jurídico como servicios económicos de interés general, lo que exige la presencia y el control de los organismos reguladores. Esa independencia metodológica entre la distinción de los servicios públicos y los servicios económicos de interés general, incluso en la confusión de nomenclaturas en la legislación brasileña, también dificulta el progreso de los intereses regulatorios.

Ferris (1997)¹⁴⁹ cita otras formas de compromiso público con la política de bienestar ciudadano cuando se refiere a los instrumentos alternativos que consideran la índole de los servicios y su naturaleza. La manera en que lleguen los subsidios a los usuarios puede contribuir a incentivar y estimular la política de precios de los servicios, pero también son formas de garantía al ofrecimiento de la prestación, sin pérdida social.

Otra posibilidad esencial para el funcionamiento regular de los servicios delegados a terceros reside en la necesidad de distinguir entre las actividades que están sujetas a la competencia y las que no. En el caso de que exista la posibilidad de competitividad, la regulación sería la actividad pública coadyuvante a las funciones del mercado, es decir, complemento y sustituto del mercado.

conjunto de la gestión común del servicio esencial. Por esa razón debe ser obligatoria su ejecución por los operadores, lo que autoriza que ellos demanden al Estado una justa compensación financiera.

¹⁴⁸ Carrillo (1997:74).

¹⁴⁹ Entre otras hipótesis como la franquicia, especie de modelo de concesión de licencia a favor de las empresas privadas o el voluntariado, que depende de la participación ciudadana, para suministrar actividades a favor de la colectividad a través de asociaciones sin ánimo de lucro. Sobre Participación ciudadana: Figueiredo Moreira Neto (1992:5) Sanchez Morón (1980:285), Muñoz Machado (1977:519).

Por lo tanto, la fórmula del éxito de la regulación de los servicios económicos de interés general depende del cumplimiento de los pactos firmados con la Administración pública y el mercado, lo que también fija las condiciones de la ejecución de los servicios dentro de los plazos estipulados y bajo la responsabilidad primera del Estado.

Según algunos comentarios realizados por Filardi (2000:20) sobre los resultados de la privatización inicial de las empresas de servicios en el sector eléctrico de Brasil, se dice que en 1999, tres años después de la privatización de la actividad, los consumidores seguían a la espera de la mejora de la calidad prometida. En los primeros dieciocho meses de la concesión no hubo ninguna inspección formal sobre el desempeño de los operadores privados, pues los compromisos contractuales no les permitían esa clase de control. En el campo de las telecomunicaciones, el surgimiento de la Anatel fue duramente criticado porque establecía como función esencial de manifestación sobre el mercado la intervención conciliatoria entre los conflictos no solucionados entre los operadores.

Por lo tanto, la regulación prescinde del control. Existe una posición preferente de los empresarios sobre las actividades de interés general, realizada por ellos mismos. Esa autonomía les asegura un control directo y absoluto sobre el servicio y sobre el mercado, pero que solo podrá ser eficaz con instrumentos normativos coordinados con la realidad del ambiente de los servicios.

Así que, la posición de los órganos regulatorios sufre una gran desventaja que puede ser suplida mediante la potestad reglamentaria contenida en los instrumentos regulatorios y dirigidos hacia cada sector. Esa especialización asegura que las agencias reguladoras reaccionen de modo más eficaz, respetando la línea estratégica de separación entre las autonomías empresariales y la distribución justa y universal del servicio.

La evolución de la neo-regulación se refleja en un modelo menos intervencionista del Estado, pero con una Administración fuerte y actuante frente a un control externo eficaz, aunque con una actitud de respeto y no de sujeción hacia las empresas privadas.

Hoy por hoy, con la mejora de los servicios, a través de la apertura a la competencia y los indiscutibles avances tecnológicos fruto de esta liberalización, la

regulación al igual que la Administración definen el perfil de los servicios económicos de interés general. Sin embargo, las decisiones empresariales siguen influyendo en las políticas gubernamentales sobre los nuevos rumbos de la regulación de las telecomunicaciones de Brasil. En realidad, el neo-regulación se mueve mucho más entre la irrelevancia (liberalización) y la necesidad (para la competencia y para la estabilidad del sistema financiero).¹⁵⁰

Las consecuencias de la evolución de los servicios de telecomunicaciones añaden críticas sobre la forma de actuar de la administración reguladora. Por un lado, el carácter permanente de observación y actuación precisa de los ajustes exigidos; por otro lado, la respuesta de la sociedad debe ser firme con respecto a la baja calidad del sector.

Sea como fuere, es el Estado el que debe asegurar que los mecanismos privados de actuación de los servicios garanticen al consumidor las condiciones de accesibilidad y regularidad. Veremos a continuación que uno de los modos de garantizar ese control ciudadano es a través de la creación de métodos de participación de los usuarios en las decisiones públicas, el incentivo a las organizaciones civiles de consumidores y usuarios para mantener acciones de seguimiento de la calidad y el cumplimiento de las cláusulas pactadas con los operadores. En cuanto a la administración, su omisión sigue asegurando libertad de autonomía a los empresarios, bajo la ausencia de un estricto control técnico de la capacidad institucional de encontrar medios para organizar y evaluar el desempeño de estos servicios.

IV.3 Las tendencias actuales en la participación pública en el sector de las telecomunicaciones: la eficacia de los mecanismos de control administrativo adoptados y sus consecuencias sociales

Cada categoría de actividades reguladas, con sus peculiaridades, encuentra en la ley los límites de la intervención pública. En gran parte de los sectores particularizados los programas de privatización exigen la adaptación de las leyes de concesión pública,

¹⁵⁰ Sobre competencia y regulación, véase Betancor (2009:43-92).

como una especie de restricción a los poderes absolutos de la Administración ante la economía. La regulación sirve, en resumen, para adaptar esas actividades privadas al cumplimiento de las necesidades sociales y, además, refleja un presupuesto formal imprescindible para la seguridad jurídica de las instituciones públicas.

En cuanto a la legitimidad del ente regulador, está asegurada legalmente; en muchos países, como Brasil y España, solo ha nacido a partir de las reformas regulatorias de los noventa. Esa figura excéntrica del ordenamiento jurídico de Brasil no es común en otros países porque solamente es inédito en sistemas jurídicos alejados de la tradición anglosajona. En su origen formal son recientes en los países con tradición en los servicios públicos y nacen con la naturaleza diversa de la realidad jurídica norteamericana. Las agencias reguladoras se presentan como entidades autónomas pero vinculadas al gobierno central; son políticamente dependientes, con poderes limitados para actuar sobre el mercado.

El estímulo para el derecho a la convivencia pacífica entre los proveedores de servicios de interés general, las empresas privadas y los consumidores, se basó en un modelo normativo más moderno y diferenciado de la Administración tradicional. Los cambios no consistían solamente en reducir el tamaño del Estado sino en conseguir un Estado eficiente.

El nuevo modelo regulatorio no podía estar basado en la tolerancia y la flexibilidad de las autonomías privadas, entre otras razones porque ese parámetro se sostiene bajo una premisa falsa que, en realidad, apoya la formación de instituciones administrativas muy frágiles y poco activas en la toma de decisiones hacia un control público efectivo.

De ahí surge el problema de la legitimidad de los órganos reguladores. Su independencia tiende a posibilitar, en parte, la mayor eficacia de las funciones de control. Para ello necesita salvaguardar el conocimiento técnico sobre los mercados para mejorar la evaluación¹⁵¹ y el desarrollo de los servicios, sobre todo cuando los

¹⁵¹ Después de diez años de vigencia de las reformas regulatorias los gobiernos buscan irse más allá de la satisfacción del consumidor, centrando la atención en la satisfacción del ciudadano, construyendo un índice de satisfacción que integra cuatro variables según Costas (2007:41): evaluación de la satisfacción ciudadana, elaboración de estudios sobre la calidad, existencia de mecanismos internos de atención de reclamaciones en las empresas y control de las demandas de los ciudadanos.

gobiernos no consiguen mantener el compromiso con los objetivos de las privatizaciones.

La retracción en la actitud de vigilancia de los reguladores, amplía el poder de los operadores privados y debilita la sociedad de consumo. La amenaza real para el desarrollo del poder de las agencias estimula la existencia de un ambiente menos competitivo y la existencia de poca supervisión por parte de las comisiones de regulación sectorial¹⁵²

Es todo lo contrario. Cuando Sappington (2005) habla de la calidad aplicable a las industrias de red, señala que la definición de calidad debe partir de la consideración de la fiabilidad del servicio, de los plazos emprendidos en la ejecución de las actividades y de la atención al cliente.

Otros estudios, como el de Le Gran (2003), recomiendan políticas públicas que incrementen el poder de los clientes sobre los proveedores a través de diversos mecanismos institucionalizados. La reforma se ha producido en el entorno económico y jurídico bajo la influencia de decisiones políticas impuestas desde fuera de la Administración pública. Sin embargo, en gran medida, la preservación de la vida económica refuerza la importancia del orden jurídico racional, debido a la existencia de límites legales al poder discrecional de los nuevos órganos de reglamentación.

La información sobre la economía y la amplia publicidad de estos actos de los agentes privados señalan a estas como herramientas fundamentales de las que pueden disponer las agencias reguladoras para cargar la eficacia de las acciones del Estado en la cobertura de los servicios privatizados.

Por lo tanto, el éxito de la gestión de nuevos servicios depende, en gran medida, del sistema institucional del entorno de los organismos reguladores. Estos, según Osborne & Plastrik (1998:136), deberán estar comprometidos y ser aptos para desempeñar bien el papel de regulador. Por otro lado, incumbe a los gobiernos realizar una cuidadosa inversión para ayudar a ajustar el conjunto de la Administración a estos nuevos tiempos, con el descubrimiento de nuevas habilidades públicas.

¹⁵² Fernandez-Ordóñez (1999:97)

Es decir, la zona de actuación de la Administración hace que exista competitividad y calidad cuando maximiza el bienestar social mediante la defensa intransigente de la regulación. La naturaleza del regulador de los servicios de interés general no se puede convertir en controlador de toda la vida económica, pero los riesgos de la ausencia de calidad es proporcionada por el principal argumento de los operadores cuando afirman que la competición incrementa los gastos y reduce las ganancias, lo que podría sacrificar los intereses de mejoras en el sector. Por eso, las funciones de las agencias son especialmente importantes y estratégicas para la configuración y el alcance de las directrices establecidas por los intereses privados.

Ariño (2007:206) afirma que no es un dilema imposible de solucionar sobre la competencia perfecta y la regulación satisfactoria. La aproximación entre esas dos realidades es factible. Con el control, pero con marcos regulatorios eficientes, se estimula el efecto de los servicios beneficiando la orientación de los actores públicos y privados en el cumplimiento de los objetivos sociales deseados.

Sin embargo, las ingerencias políticas sobre el ejercicio de las agencias compromete la función reguladora. El intercambio de favores entre los sectores reguladores y los operadores privados no responden a las demandas de regulación y control de los servicios de interés general y son fuente de desequilibrio entre las fuerzas del mercado y los objetivos sociales.

El proceso legal de la privatización ha afectado a los servicios de interés general y al propio Estado con la reforma de la administración pública, tanto en las consideraciones materiales como en las formales. El propio ejercicio de actividades económicas también dio lugar a una serie de iniciativas; sin embargo, la supresión de las participaciones estatales en el funcionamiento de muchas empresas, anteriormente pertenecientes a la estructura administrativa, impone el abandono de los prejuicios dogmáticos y de la tendencia obsesiva por calificar estas actividades como servicios públicos¹⁵³.

Esto significa que las libertades privadas se conservan, pero los mecanismos de la presencia pública en la legitimación de las actividades económicas no pueden sostenerse sobre las mismas bases. Las empresas públicas son una excepción porque

¹⁵³ Muñoz Machado (1998:213).

requieren una justificación motivada por la ausencia de competitividad así como por la necesidad de garantizar la presencia pública en defensa de temas como la seguridad nacional o la soberanía del país.

La prioridad de actuación del Estado, como regla, solamente lo legitima para llevar a cabo un liderazgo regulador sobre el medio económico y cuando existen intereses públicos que motiven esa intervención. En opinión de Tornos Más (2008:280), el proceso de privatización no supuso una pérdida real de dirección del Estado, pero tiene en el mercado y en la competencia las condiciones para promover la articulación esencial entre los servicios y las necesidades sociales estratégicas.

Una vez suministrado el servicio con plena competencia y entre empresas privadas, las administraciones independientes tendrán que ir más allá de la simple supervisión abstracta de los servicios económicos de interés general. La preservación de los intereses públicos por parte de las empresas privadas es más costoso, es decir, exige la intervención legal y significa velar por el acompañamiento de las acciones del mercado, de las condiciones económicas en que se realiza cada actividad y el empeño público en preservar la competencia efectiva de las entidades privadas, al tiempo que se ocupa de exigir la regularidad y eficiencia del servicio.

Estas actividades reguladas, llamadas así porque poseen una naturaleza marcadamente distinta de todas las demás actividades económicas, son además un conjunto *sui generis* de prestaciones, clasificadas conforme a un régimen jurídico propio que las diferencia de cualquier otra actividad productiva.

Las telecomunicaciones son, entre los servicios de interés general, los que están destinados a la competencia por su propio carácter pero que, como todos los demás servicios privatizados, no están sujetos a un marco común simplista de mero reconocimiento como actividades económicas comunes. Aunque mantengan la libertad y autonomía de la propiedad privada, su condición de actividad empresarial está limitada por factores jurídicos que condicionan algunos de los aspectos relacionados con la infraestructura y la obligación de actuar. O sea, no son la expresión espontánea de los mercados.

La utilización de esta forma de actividad económica ha desempeñado un papel relevante en el ritmo de crecimiento, no solamente en los mercados de telecomunicaciones sino también en otros sectores productivos.

Sin embargo, la gestión directa de estas actividades en beneficio de la ciudadanía no se produce dentro del contenido de la libre prestación de las actividades funcionales, lo que implica el reconocimiento de la profunda dependencia del titular privado con las principales obligaciones de los operadores, lo que exige respuestas institucionales, o no meramente normativas, de mejora de calidad y contribución al crecimiento de cada sector.

La correlación entre progreso tecnológico, crecimiento y telecomunicaciones está documentado en una serie de informes que demuestran que las inversiones realizadas en el sector favorecerán la totalidad de actividades productivas en la sociedad¹⁵⁴. La Comisión Europea sigue avanzando para conocer el grado de evaluación de la calidad y las percepciones de los consumidores de las comunicaciones electrónicas, además de conocer el nivel de funcionamiento de los servicios públicos privatizados.

En Brasil, el sistema regulatorio sigue sin orientarse por las experiencias internacionales respecto a la fijación de criterios para mejor conocer y diagnosticar el funcionamiento y los resultados de los servicios públicos económicos. La legislación sigue sin superar obstáculos normativos que impiden enfatizar los servicios en función de la defensa de los derechos de los usuarios; ni siquiera prevé como sinónimos el uso uniforme de la denominación de consumidores y usuarios.

La Constitución brasileña establece la defensa del consumidor como principio fundador del orden económico (art. 170, IV); no obstante, el artículo 175 trata de los servicios públicos privatizados, considerando que la normativa específica establecería los derechos de los usuarios de estos servicios.

Como se dijo al principio, la ley de defensa de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones, como de otros servicios privatizados, jamás ha sido promulgada en Brasil. Sin embargo, la protección a los consumidores en general está contemplada en el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078, de 11 de septiembre de 1990), que se

¹⁵⁴ OCDE (2003)

aplica al conjunto de las relaciones entre proveedores de productos y servicios y los usuarios, los denominando consumidores, considerando derechos básicos de los consumidores la adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos en general.

Por otro lado, la Ley de Concesiones públicas (Ley 8.987, de 1995) utiliza la expresión usuarios como titulares de derechos y obligaciones en la ejecución de prestaciones públicas de interés económico.

En ese sentido, es incuestionable la protección genérica de la condición de usuario-consumidor, sea o no de servicios económicos de interés general. Pero, una de las conclusiones más claras de la literatura sobre el entorno de los servicios regulados es que el incremento de protección legal a los usuarios de servicios públicos intensifica las probabilidades de resultados positivos en la satisfacción ciudadana y en otras series de dimensiones más allá de la atención al cliente, como por ejemplo en materia de calidad y mejora de información entre los usuarios y los operadores.

Además, los agentes reguladores de alguna manera tienen sus funciones agotadas sin un marco jurídico que dirija y conduzca la efectiva aproximación entre los servicios universales y los derechos de los usuarios¹⁵⁵.

Sin embargo, el sector de las telecomunicaciones de Brasil también se somete a lo que determina el pronóstico normativo global para impulsar el desarrollo de estas actividades. Mientras que factores económicos imprevisibles impiden una planificación minuciosa de cómo podrá comportarse el mercado a corto o largo plazo, los factores de la inestabilidad económica conllevan un constante replanteamiento de la actividad, razón por la que las conductas dinámicas del mercado exigen instrumentos reguladores atentos y dinámicos.

Las leyes favorecen la estabilidad institucional pero no son capaces de proporcionar mecanismos de salvación para las crisis económicas. Esas limitaciones

¹⁵⁵ Es sabido que en Europa la materia sobre comunicaciones electrónicas se encuentra más evolucionada, lo que demuestra la vigencia de la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, que modifica la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, además del COM (2010) 253final, donde la Comisión europea informa sobre el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas, con el balance del sector y las expectativas de los usuarios.

materiales también se presentan como circunstancias relevantes en la realización de estos servicios.

La más reciente actualización del marco normativo de las telecomunicaciones de Brasil, con base en la LGT, es el objetivo fundamental de la universalización de los servicios en beneficio de la población. De hecho, la Ordenanza 178, de 22 de abril de 2008, determinó directrices para la implantación de las políticas públicas en telecomunicaciones. Posteriormente, el Decreto 6.654, de 20 de noviembre de 2008 aprobó el Plan General de Concesiones de servicio de telecomunicaciones prestado en régimen público, y la Resolución 516, de 30 de octubre de 2008, actualizada el 16 de octubre de 2009, promulga el Plan General de Actualización de la Reglamentación de las Telecomunicaciones de Brasil (PGR).

Es decir, la regulación económica se ocupa de intentar asegurar la máxima exactitud en los aspectos que afectan directamente a los derechos de los ciudadanos-consumidores. En este caso, los vínculos jurídicos y las responsabilidades objetivas de cada operador son factores que intentan fijar límites de estabilidad para los servicios, de manera que no sufran radicalmente las ingerencias de los efectos económicos inesperados sobre las prestaciones.

Las garantías que deben ser protegidas de modo prioritario son los actos regulatorios administrativos, encargados de asegurar la defensa de los derechos de los consumidores-usuarios. Las actividades liberalizadas se sumergen protegidas por el sistema jurídico específico de cada sector y deben resistir de cara a permanencia de los intereses privados que, sin duda, son los objetivos de las prácticas empresariales.

En este recorrido, la Administración deberá mantener su identidad funcional, restablecida bajo el manto del principio de la legalidad como la única forma que legitima el ejercicio de las potestades regulatorias sobre los mercados.

Mientras tanto, la experiencia extraordinaria de Brasil desmistifica ese dictamen puesto que la LGT (Ley 9.474, de 16 de julio de 1997), tras más de una década de haber sido elaborada sigue en vigor, con pocas alteraciones a considerar, aunque el conjunto de directrices para los próximos años atribuyen un contenido de cierta modernidad al marco regulatorio de las telecomunicaciones.

No obstante, los intereses generales y los objetivos estratégicos del gobierno brasileño siguen prevaleciendo sobre las decisiones de la Administración de la agencia reguladora sobre el sector. En concreto, el texto de la Resolución 516/2008 señala que, el 12 de febrero de 2008, el Ministerio de Comunicaciones de Brasil recomendó a la ANATEL la realización de ajustes en la legislación para perfeccionar el Plan Nacional de Concesiones (PGO), además de otros documentos normativos necesarios para adecuar la regulación del sector. Incluso el propio Ministerio lleva a cabo las recomendaciones sobre la manera de actuar de la agencia frente a todas las reformas futuras.

En este sentido, las Administraciones Públicas, siguen manteniendo una entidad que representa un embrión y residuo del Estado, y un signo de la demanda social¹⁵⁶. Por otro lado, las posibilidades de actuar en el conjunto para los mercados liberalizados se concentran en los organismos reguladores, en la medida en que son los instrumentos regulatorios encargados de prevenir los excesos y reestructurar los sectores en dirección al desarrollo y a la continuación de la libre competencia económica.

En Brasil, la Constitución¹⁵⁷ habla de las finalidades sociales de las empresas privadas y de los contratos donde se fortalecen las voluntades privadas. En esta lectura principiológica, los intereses públicos deben seguir preservados, cuando se trata de actividades esencialmente empresariales, mientras que en sectores como el de las telecomunicaciones sus actividades estarán condicionadas a la regulación dirigida al bien jurídico que tiene que ser protegido.

En este sentido, lo novedoso es la reducción de la interferencia pública sobre los asuntos internos de las empresas prestadoras de servicios de interés general, situación que ha requerido la reconstrucción de la función administrativa del Estado para, antes que anda, conocer el funcionamiento de los mercados con el fin de impulsar adaptaciones normativas.

¹⁵⁶ En este sentido, el neo-regulación rescata el papel de la Administración pública y nos exige retornar al análisis de las características históricas de sus funciones tradicionales. Gastón Hernández (1953:35), Muñoz Machado (1977:526)

¹⁵⁷ Artículo 170 de la Constitución de Brasil de 1988.

Como hemos visto, la regulación sirve como un estímulo a la competencia y luego como instrumento legal de su defensa. Por lo tanto, el interés general servirá como una fuente permanente de renovación de las bases normativas aplicables a esas actividades económicas.

El contenido de la la reformas ha dado a los entes reguladores un mayor compromiso con los resultados de las actividades privatizadas. Para lograr metas de calidad y control, cada país ha adoptado diferentes estrategias, pero todas dirigidas especialmente al despliegue de un modelo de eficiencia conforme a los atributos de la competencia, dentro y fuera de la Administración.

Este hecho, obviamente, se refleja en el cambio de la visión tradicional de la administración burocrática. La nueva gestión pública reguladora se lleva a cabo dentro del proceso institucional de construcción de las bases del mercado dirigido al sector público.

En vista de las recientes reformas, los gestores públicos y los organismos reguladores son cada vez más audaces en la realización de las decisiones estratégicas; esta austeridad se observa en la lectura de los principios que rigen la vida empresarial en defensa de los servicios de interés general. El sistema de la administración pública se ocupa de preservar el modelo ideal de una administración privada, moderna y racional, y la gestión de los intereses públicos como imperativo de cada sector liberalizado.

Lógicamente, las privatizaciones permitirán convertir los parámetros regulatorios en una mezcla de experiencias de éxitos y fracasos en los regímenes públicos y privados. Es decir, en el mercado de los servicios liberalizados existió el refuerzo de la libre competencia y, paralelamente, la Administración pretendía defender con ello los objetivos públicos, con resultados eficaces hacia la innovación y el desarrollo tecnológico.

Teniendo en cuenta la posibilidad de que el Estado pueda seguir avanzando en las áreas de la administración interna, con un mayor control sobre el gasto público, hay un evidente incremento de la responsabilidad de los administradores en la búsqueda de soluciones de eficiencia de los servicios prestados.

Sin embargo, si las liberalizaciones aumentaran el poder de consumo de los ciudadanos, por la expansión de las redes de los servicios, permitiendo una mayor accesibilidad de servicios públicos poco universales antes del proceso de privatización, las ganancias extraordinarias también serían fuentes de poder. Por eso, es determinante en la defensa intransigente de los intereses sociales el mando de las Administraciones, que no titubeen a la hora de garantizar el buen funcionamiento y la seguridad de las prestaciones de los proveedores privados.

Ese hecho también orientó el aumento de las ganancias de los operadores privados. Las inversiones iniciales fueron rápidamente recuperadas en sectores como el de las telecomunicaciones. La plusvalía de bienes y servicios del sector llegó a índices antes impensables, lo que favoreció el progreso social pero vulneró las prestaciones al cometer abusos o fallos por el exceso de confianza pública en el mercado.

Por esa razón, los principios reguladores del marco de telecomunicaciones de Brasil está centrado en las siguientes tareas: acelerar el desarrollo social y económico, reducir las desigualdades regionales, ampliar la oferta y el uso de servicios y redes de telecomunicaciones.

La regulación económica no debe confundirse con un programa de bienestar público en sí mismo, ni tampoco con una serie de medidas para lograr un proceso colectivo de escala social plena. No es una política pública que nace del estado del bienestar, es principalmente un medio alternativo, cierta ruptura definitiva con esos ideales históricos. Significa, en realidad, un elemento clave y un instrumento esencial en defensa de los intereses públicos, pero que no llegan a los grupos sociales que carecen de medios económicos para acceder a estos beneficios.

Por lo tanto, como fenómeno social los servicios liberalizados presentan aspectos más complejos que el ejercicio de actividades esenciales a la ciudadanía, como la sanidad pública o la enseñanza gratuita. Las telecomunicaciones son, en su constitución fundamental, una actividad económica en la que está incluido el derecho de accesibilidad y regularidad del servicio, normalmente sólo al alcance de los individuos que tienen capacidad económica para pagar por ellos. Resta a la administración velar

por el buen funcionamiento del sector y la oferta justa de precios y calidad de los servicios prestados.

Por lo tanto, la participación pública en el funcionamiento del sector se limita a incentivar la demanda de los servicios, ante la ineficiencia o la mala gestión, con el uso de medios propios de la potestad sancionadora, solucionando administrativamente cuestiones relativas a conflictos derivados de las relaciones entre las empresas privadas y los usuarios de servicios.

En la búsqueda de soluciones para generar la competencia y el avance tecnológico, los principios reguladores del actual marco regulador de las telecomunicaciones se concentran en la intención de acelerar el desarrollo económico y social. Pretenden reducir las desigualdades regionales dentro de la estrategia de ampliación de oferta y el uso de los servicios y redes de telecomunicaciones mediante la creación de nuevas directrices capaces de proporcionar la ampliación del acceso a la sociedad de información a los ciudadanos y a las organizaciones.

Además su propósito es permitir la ampliación del acceso a la banda ancha como prioridad dentro de la política nacional de telecomunicaciones, siendo el instrumento elegido por el gobierno de Brasil para generar un nuevo ciclo de desarrollo.

La presente regulación asegura objetivos como la diversificación de ofertas de servicios por parte de los operadores de telefonía para atender a seguimientos específicos del mercado, sobre todo con la ampliación de las ofertas convergentes de servicios. El poder normativo es considerado como elemento clave para el tratamiento isonómico y no discriminatorio de los distintos elementos que actúan en el mercado.

Esa defensa de la regulación pública destapa un gran desafío de las administraciones de Brasil, que es mantener el carácter impersonal y técnico de las actividades empresariales, lo que implica un control aún más sólido. La actuación de los agentes públicos en esta múltiple relación deberá integrarse en la actividad, para acompañar la continuidad del negocio.

La función principal de la presencia pública es, por lo tanto, hacer que el régimen jurídico al que los somete sea eficaz, habilitar el proceso de libre competitividad,

adaptándolo a la democratización del acceso a los sectores menos favorecidos económicamente.

Por lo tanto, la masificación de los servicios de telecomunicaciones con el uso de internet y de la telefonía móvil y fija, hoy por hoy dirigen los comportamientos sociales; muchas veces se rigen por sí mismos, pero se sostienen gracias a la fuerza de la regulación económica.

Se produce otro fenómeno en las políticas hegemónicas entre los países, motivadas por la globalización económica, que trae consigo (con la apertura de los sectores y actividades privatizadas) una fuerte tendencia a la formación de oligopolios internacionales, con grupos empresariales como la telefónica que actúan en varios mercados, muchas veces con marcos reguladores distintos. Al mismo tiempo la industria de las telecomunicaciones sedimenta sus negocios en grandes empresas donde lo que menos importa son los cambios de los marcos regulatorios, porque su poder económico hace que se adapten con facilidad a cualquiera de los mercados liberalizados.

La economía abierta del sistema, con la entrada de nuevos actores en el sistema, fomenta la competencia y facilita la formación de un ambiente donde las desigualdades sociales prevalecen cuando no existe un medio institucional para garantizar el cumplimiento legal y racional de las preferencias privadas. Por el contrario, hay que ofrecerles a los consumidores-usuarios la posibilidad de la libre elección de los servicios a ser contratados, con transparencia y accesibilidad a dichos servicios.

Esta realidad también incluye disposiciones para controlar el mercado que van más allá del mero sistema de regulación económica elaborado en cada país. Un ejemplo de ello es la universalización de la doctrina de las “essential facilities”, en las que las situaciones inevitables de monopolio se contruyen a partir del control mercadológico e impone a los demás unas condiciones irracionales y discriminatorias, sin que existan razones técnicas o jurídicas que justifiquen esa autorización¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Según Villar Rojas (2004:15), esa doctrina se aplica como resultado de un lento decantamiento jurisprudencial, y, en esas circunstancias, esa doctrina legitima que la autoridad judicial competente obligue al monopolista a contratar con el competidor en condiciones razonables y no discriminatorias, independiente de las sanciones que pudieran corresponder por conducta anticompetitiva ilegal.

En muchos textos legales, el término "servicio universal" tiene un significado semejante a la técnica de garantía de las prestaciones de los servicios económicos de interés general; esa idea central condiciona la defensa pública de prestaciones indispensables, por lo que la naturaleza de estas prestaciones asimilan el contenido esencial de los servicios públicos para alcanzar el mercado.

La experiencia de privatizaciones exhaustivas permitió la transferencia de los costes de ese proceso a la política de precios de los servicios. Los aumentos sucesivos de tarifas fueron la característica marcante de esta fase inicial de liberalización de los sectores. Por lo tanto, la regulación de precios y costes sigue destacando en el marco regulador actual.

A los consumidores les tocó contribuir con el equivalente económico de las prestaciones, incrementando el sector con una cantidad cada vez más grande de usuarios. La expansión sin precedentes del número de líneas telefónicas y el salto tecnológico de los últimos años, han demostrado que la participación pública sobrepasa principalmente por la conexión administrativa inmediata y despolitizada¹⁵⁹. La perjudicial cercanía de la agencia a los empresarios vulnera los derechos de los usuarios, y, en general, prevalecen las voluntades de los mercados. Para que la libertad y la igualdad de los individuos sean efectivas, la presencia de las agencias independientes debe darse con transparencia, con publicidad informativa a los usuarios e incentivos para las negociaciones colectivas; además deben aplicarse procedimientos administrativos sancionadores, para prohibir conductas abusivas.

Por otro lado, al ejemplo brasileño hay que sumar la experiencia española y el hecho de que la Constitución española¹⁶⁰ prescribe la participación de los interesados en las discusiones, acuerdos y decisiones pertinentes a los asuntos técnicos que les conciernen, con el mínimo de interferencia política partidaria. Además la actual Ley general de telecomunicaciones española, de 2003, describe la incorporación de principios de las Directivas comunitarias de 2002, asumiendo de modo integral¹⁶¹ el ordenamiento jurídico, un régimen basado en la libre competencia, con mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los

¹⁵⁹ Figueiredo Moreira Neto (2000:80).

¹⁶⁰ Artículo 9.2 de la Constitución española.

¹⁶¹ Exposición de Motivos citada en la Ley General de Telecomunicaciones de España.

titulares del antiguo monopolio y la mayor protección de los derechos de los usuarios, con la mínima intervención de la Administración en el sector, la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores y la supervisión administrativa de los aspectos del servicio público, dominio público y defensa de la competencia.

En ese sentido, Fernández (2009:960) entiende que la normativa descrita trata de consolidar y profundizar en el contenido de la anterior Ley General de Telecomunicaciones española de 1998, y no tiene como finalidad directa incentivar la inversión en redes de telecomunicaciones, ni garantizar más rentabilidad a las inversiones de agentes públicos o privados.

Pero en Brasil, el regulador sigue confundiendo el interés privado de los inversores con el interés público y la necesidad de preservar la disponibilidad de los servicios. Además, la poca firmeza de las agencias con relación a las deliberaciones sobre el régimen de competencia, no se centra en facilitar el despliegue y perfeccionar las infraestructuras con la eliminación de obstáculos en el desarrollo.

Habitualmente las decisiones normativas y de actualización más reciente del marco general se determinan mediante estrategias gubernamentales que tienen como prioridad *acelerar el desarrollo social y económico y ampliar la oferta de servicios*, y no tanto mediante estudios sobre el mercado; ni siquiera se mencionan objetivos para generar una política de calidad o mayores beneficios para los usuarios¹⁶². Atrapó e instauró un ambiente artificial que se mantiene vigente dentro de los órganos de regulación. Esa realidad está muy presente en la jerarquía normativa en general, ciñendo la participación ciudadana en las instituciones regulatorias y otorgando a las decisiones regulatorias un carácter mayoritariamente unilateral, fruto del desprestigio de las agencias.

¹⁶² Recordemos, que la Directiva marco y las Directivas específicas está sujeto a revisión periódica por la Comisión, con el objetivo de verificar se es necesario realizar alguna modificación, habido en cuenta la evolución de la tecnología y del mercado(Directiva 2009/13/CE, que modifica la Directiva 2002/22/Ce, 2002/58, y el Reglamento (CE) 2006/2004. Citamos como ejemplo, lo previsto por la Directiva Marco trata, con destaque, que entre los objetivos prioritarios de las autoridades reglamentares está asegurar que los usuarios, incluidos los discapacitados, obtengan el máximo beneficio en términos de capacidad de elección, precios y calidad.

Es evidente que algunos perciben los avances tecnológicos como la causa fundamental de la liberalización en las telecomunicaciones¹⁶³, pero otro factor importante se ve reflejado en la posición de dominio del mercado sobre el sistema regulatorio de Brasil; las actividades de las telecomunicaciones, así como el proceso de despliegue de las redes, sigue el ritmo marcado por el predominio del poder económico de un reducido número de operadoras dominantes, lo que continúa generando movimientos de dirección artificial del desarrollo del mercado que influye negativamente en el crecimiento e innovación tecnológica. Esto significa la permanencia de oligopolios y de monopolios privados después de casi diez años de liberalización. La vocación de las telecomunicaciones para la competencia solamente ha sido paralizada por la situación de control exclusivo por parte de las administraciones independientes y motivadas por decisiones de carácter eminentemente político.

En este caso, la existencia de reglas de derecho administrativo económico podría romper el dominio y concentración de los mercados, aunque todavía no se ha conseguido. Como afirma Velasco (2009:753), cobra gran relevancia, a la hora de precisar la existencia de una posición de dominio, determinar si el mercado analizado presenta o no barreras de entrada, de tipo legal (restricciones administrativas, derechos de exclusividad), técnico o tecnológico (economías de escala), o geográfico (lejanía o cercanía con respecto a otros mercados) para el ingreso de nuevos operadores, porque cuanto mayores sean esas barreras, mayor será la posibilidad de considerar la posición de dominio.

Es función de las agencias independientes proporcionar el apoyo necesario a la intervención de los agentes reguladores, como acciones de prevención de las conductas indebidas y de la ejecución de políticas de precios abusivos que generan competencia desleal y servicios poco competitivos

Justificar el equilibrio de fuerzas del mercado y los intereses generales a través de la política de precios también simboliza una premisa falsa. Reich (2002:250) nos advierte de los peligros del dicho control, elaborado a partir de la influencia de la doctrina neoliberal, que muestra el abuso en el objetivo de la regulación, cuando el Estado utiliza como criterio fundamental en sus decisiones la fijación hipotética de

¹⁶³ Feijóo, Gómez Barroso Y Rojo (2006:90). Calvo (2008:13), Herrera González (2006:45), Calviño Santamaria (2006:59).

precios de los servicios, sin conocer la realidad del funcionamiento de los mercados. También es cierto que la competencia dirigida y el control de precios solamente pueden ser eficaces si los sistemas de información democratizan el acceso al conocimiento real de los servicios, con datos completos y precisos sobre el funcionamiento del mercado y de las empresas privadas. Por lo tanto, otro punto de relevancia en este contexto sería el papel de auténtica independiencia que corresponde a los órganos reguladores, basado en un efectivo control técnico, con información sobre los mercados que generen parámetros de calidad de servicios.

Es obligatoria una revisión constante de los marcos regulatorios¹⁶⁴, para que permitan ajustes eficaces sobre los precios y servicios; también se puede definir como un condición para utilizar control, el desarrollo y la mejora del funcionamiento de las empresas reguladas.

Corresponde a las empresas privadas decidir los rumbos de las estrategias de sus actividades, con autogestión técnica y libertad para trazar objetivos económico-financieros. Sin embargo, la legislación brasileña ha dotado a las agencias reguladoras de legitimidad restringida, autorizándolas solamente en los aspectos generales del desarrollo de la actividad regulada, siendo esencial proteger tanto la capacidad técnica de los reguladores como vigilar el desempeño de los sectores. Compete a las agencias sancionar a los medios y las prácticas empleadas de modo desproporcionado y perjudicial conforme a la naturaleza de la actividad.

Las medidas que adopten los operadores, aunque con propósitos privados, deben basarse en contenidos técnicos y apoyar sus decisiones en la naturaleza colectiva; sin embargo es obvio que los operadores disponen de más y mejor información sobre su negocio que los agentes reguladores.

Como se ve, los ideales reformistas que guiaron la dirección del proceso de las liberalizaciones en Brasil desataron una serie de medidas poco homogéneas y

¹⁶⁴En ese sentido, para de la Quadra-Salcedo (2009:665) las necesidades de la revisión del marco vigente se manifiesta en sucesivos informes y comunicaciones de la Comisión a lo largo de los años 2005-2006, en los cuales se explica la necesidad de aplicación de normas uniformes y complementarias (el paquete de Directivas de 2002), en los países de la Unión Europea. También a juicio de la Comisión, la aplicación de las Directivas comunitarias de acuerdo con la interpretación de cada país podría representar una traba a la existencia de un auténtico mercado único de las redes y servicios.

destinadas a un proyecto claro de mejora de la calidad de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, en la práctica, obedecían a las presiones internacionales para cambiar el aparato estatal y crear políticas internas y estrategias legales que motivaran la implantación de nuevas características organizacionales en la Administración con el propósito de asegurar a los inversores privados un ambiente de mayor estabilidad institucional en el país. En realidad, reordenar la posición estratégica de la Administración es un requisito esencial para permitir que la Administración pública concentre sus esfuerzos en actividades cuya presencia pública es fundamental.

Pero el marco actual de regulación de las telecomunicaciones de Brasil establece como objetivos de la actualización de la normativa¹⁶⁵ la ampliación del uso de redes y de servicios considerando el uso de las ya existentes y las nuevas, aumentando el tráfico sobre infraestructuras ya instaladas, con el fin de mejor remunerar las inversiones ya realizadas. El regulador opta por estimular el uso eficiente y la maximización de la utilidad de las redes, dentro del concepto de vías integradas de libre circulación, pero no menciona la posibilidad de ampliar la competencia a través de vías más modernas como las de autorización general, ya previstas en el mercado europeo.

Para Carlón Ruiz (2009: 573) la profundización en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones resultó de la Ley General de Telecomunicaciones de España (2003), que está basada en la simplificación de los instrumentos legales de autorización para facilitar el ingreso de nuevos operadores en el sector, así como la elaboración de nuevos procedimientos administrativos y de cláusulas contractuales menos rígidas. Como consecuencia, el régimen del servicio, sobre todo el móvil, ha experimentado modificaciones de importancia respecto a la estructura y contenido de los títulos habilitantes necesarios para su prestación.

Pero, de acuerdo con la legislación brasileña vigente, y desde su origen, en el Programa Nacional de Privatización el gobierno, según Giambiagi & Pinheiro (1992:282), ha tenido éxito en el diseño de las reglas que orientaron la alienación de empresas estatales, pero sin especificar acciones para el futuro de los sectores liberalizados. Para Tourinho & Viana (1993:3), la estructuración formal del PND es

¹⁶⁵ Ítem III.4, del Plano General de Actualización de la Regulación de las Telecomunicaciones de Brasil-PRG (Resolución 516, de 30 de octubre de 2008).

bastante rígida, lo que le confiere un elevado grado de seguridad en el proceso de privatización, pero le avala menor agilidad en estrategias, cuando la comparamos con la experiencia de la privatización de otros países.

Sin embargo, hay otros factores importantes en el desarrollo del marco regulador de Brasil, porque el incentivo tecnológico de los operadores es débil. La Ley General de Telecomunicaciones establece como forma de viabilizar la competición, la obligación de mantenerse vigentes las cláusulas de los contratos de concesión¹⁶⁶, monitorización y arbitraje de las transacciones de interconexión y de control de los movimientos de fusión y adquisición de operadores.

Además, la LGT de Brasil preveía la creación de un Fondo para el Desarrollo Tecnológico. En las metas de universalización determinadas en los contratos de concesiones, se define que los operadores deberán contar con un régimen de autofinanciación para cubrir los costes de la ampliación de las metas de universalización que no podrán ser recuperadas por la explotación eficiente de los servicios. Para eso ha sido creado el Fondo de Universalización de los servicios de Telecomunicaciones (FUST), por el Decreto 3.624, de 5 de octubre de 2000, con el objetivo de atender a zonas remotas con bajo índice de población, y proveer unidades de servicios públicos como escuelas, bibliotecas, centros de salud y ofrecer acceso individual y equipamientos de interface para deficientes¹⁶⁷.

A estos efectos, la ley considera que la financiación de este fondo sale, preferentemente, de recursos públicos previstos en los presupuestos generales del Estado y de otros créditos adicionales puestos a disposición por el Estado (art.7), además de una especie de tasa que tienen que pagar los operadores de servicios sobre cada transferencia de concesión, permiso o autorización de servicios, el uso de radiofrecuencia u otros tipos de donaciones.

El fomento de la competencia y los efectos del control sobre la economía no ejercen importancia central en los objetivos de las reformas implementadas en Brasil

¹⁶⁶ La cláusula 15.8 del modelo aplicable a los contratos de concesión de telefonía fija hace reserva de mercado cuando estipula la obligatoria elección de fabricantes nacionales en el caso de observancia de condiciones similares de precios y calidad de los fabricantes extranjeros.

¹⁶⁷ Artículo 13 del Decreto 3.624, de 5 de octubre de 2000.

en los últimos años, pero ha habido un pequeño avance institucional de la administración pública con la creación de la Anatel.

Se llega así a dos conclusiones esenciales sobre la eficacia de los mecanismos de control: a) el éxito de las reformas de la privatización depende del control público y, b) los beneficiarios directos de la liberalización son aquellos que promueven las reformas, llevando a cabo los cambios normativos necesarios para las mudanzas en el mercado con la venta de las empresas públicas.

Según Laguna de Paz (2004:170) el proceso de desarrollo de una técnica de regulación óptima implica una serie de decisiones que se complementan dentro del marco jurídico de cada sector y que están encaminadas a la consecución de fines públicos.

El informe de la OCDE de 2002, hace un análisis histórico del rumbo del proceso de privatización a lo largo de los cambios sucesivos en cada actividad para garantizar la reafirmación de los los objetivos fundamentales:

- Los reguladores del sector deben esforzarse por proteger los intereses de los consumidores, siempre que sea posible la competencia
- Necesidad de crear un asesoramiento independiente formado por consejos de consumidores, para manifestarse sobre las consultas públicas o materias de interés de los usuarios;
- La máxima publicidad y transparencia de las acciones de los reguladores, mediante la elaboración de informes con amplia divulgación en los medios de comunicación sobre la actuación de los operadores de telefonía, con la divulgación de justificaciones y razones que motivan las decisiones administrativas;
- Prioridad en la responsabilidad de los gobiernos respecto a las cuestiones relacionadas con medidas empresariales de las empresas reguladas que causen impacto tanto en los objetivos sociales de la

actividad como también en los costes ambientales de cada operación, como por ejemplo la expansión de redes de fibras ópticas, instalaciones de antenas de telefonía móvil, etc.;

- Se debe prestar especial atención a la regulación y a las normas de calidad en la fijación de estándares y patrones mínimos de servicios y control de precio
- Incentivo a las competencias para reducir precios y ampliar la accesibilidad de los servicios a los consumidores;
- Flexibilización en las políticas tributarias que, muchas veces, imponen un gravamen a los servicios y hacen inviable la universalidad por el exceso de impuestos directos e indirectos en el sector de las telecomunicaciones. Ese punto refleja la intención del Estado de favorecer la recaudación en perjuicio de las ganancias sociales de la población usuaria;
- La unificación de las acciones de los reguladores y ajustes en el modelo de fusión de empresas o cambios en los mercados que estén autorizados por la Administración

Los ajustes en la economía de mercado y en la manera en que el Estado trata las relaciones empresariales y los intereses generales de las telecomunicaciones son esenciales para apoyar la actividad de los reguladores, en el ejercicio de su legitimidad definida por la norma reglamentaria.

Para Ariño (2006:25), los entes públicos, así como la regulación, son los encargados de mantener la actividad en marcha. Por otra parte, las decisiones administrativas pueden operar un nivel de trascendencia que va más allá de cada sector liberalizado. Así que, es necesaria la regulación económica, en un sentido amplio, y no dejar solamente que fluyan las actividades económicas de interés general, sin control alguno.

Bellante (2000:37) ya advirtió sobre los principales factores implicados en el proceso creciente de la liberalización de los servicios de interés general: el mercado, el grado de desarrollo tecnológico de los sectores liberalizados y el nivel de conflictos existentes en la sociedad.

El diseño regulatorio de Brasil nos permite considerar la disparidad de enfoques reglamentarios con relación a otros países. Las distorsiones nacen de la falta de coherencia en la aplicación de la regulación y del contorno político en las decisiones regulatorias. Las reformas institucionales más profundas todavía no han sido capaces de contribuir a la estabilidad necesaria para permitir la efectiva apertura del mercado de telecomunicaciones.

Al habilitar el entorno competitivo a través de normas jurídicas claras y vinculantes, el Estado está obligado a dejar de dar respuestas a las decisiones políticas, para ser más técnico y objetivo sobre la falta de equilibrio en el sector regulado, estipulando metas de deberán ser cumplidas por los verdaderos operadores del sistema, esto es, los empresarios.

La cuestión es, ¿cómo puede el regulador inducir a los operadores regulados a emplear su información privilegiada en favor de los intereses generales, en lugar de perseguir solamente los intereses privados? Esto implica la madurez de la Administración para determinar cuál es la mejor regulación para atender los objetivos sociales del funcionamiento de los servicios de interés general.

La Administración deja de proporcionar auxilio a los mercados para exigir respuestas a los operadores, centrando sus fuerzas en asegurar la aplicación de los marcos regulatorios, prestando especial atención a las finalidades públicas y al bienestar ciudadano. Es decir, el Estado debe estar donde tiene que estar; centrarse en elementos de importancia secundaria puede traer dificultades para conservar el ambiente liberalizado y equilibrado.

Las turbulencias y las discrepancias en el proceso de privatización se realizaron en un primer momento porque los entes reguladores consideraban que la regulación podría sustituir el mercado y crear competencia. Pero, en realidad, su principal desafío

ha sido definir los precios y la calidad de los servicios, de cara a la creación de infraestructuras.

En este caso existe la tendencia a la regulación por incentivos¹⁶⁸, lo que Laffont & Tirolle llama “nueva teoría regulatoria”, donde prevalece la estructuración de la regulación con base en indicadores, con un reforzado sistema de sanciones y donde modelar los comportamientos privados implicaría condicionarlos a los objetivos de maximización de la calidad y del bienestar colectivo.

Garrido Falla (1994:36) nos recordó reliévela relevancia del carácter complejo de los servicios económicos de interés general y nos advirtió de que funcionan bajo una reserva del papel de la Administración pública, de los operadores privados, impulsados por el vínculo contractual y reglamentario.

En realidad, una intensa regulación en las telecomunicaciones podría resultar en algunos inconvenientes, como por ejemplo la reducción de inversiones en el caso de la determinación de rígidos controles de precios, como un mal diseño regulatorio pues con tales actitudes el regulador perjudica la calidad de los servicios y acaba por restringir la competitividad en el sector.

Por otro lado, durante este proceso de transformación de las telecomunicaciones en Brasil se puso gran énfasis en las bases legales contractuales, cuyo vínculo se ha vuelto más complejo y formal, con más durabilidad y una mayor autonomía en el despliegue de los programas internos y de las autonomías empresariales. En este sentido, los objetivos de rendimiento y los resultados de los operadores acabaron por traspasar los límites razonables en las barreras de regulación.

Ya en 2002, la OCDE¹⁶⁹ advirtió de que la estabilidad del modelo regulatorio debe residir en la transparencia y también en la firmeza de los ordenamiento jurídicos, debiendo el Estado dar prioridad a la protección de los derechos de los consumidores y acomodando las metas sociales al contexto de la eficiencia económica.

¹⁶⁸ Con el objetivo de inducir a los entes regulados a comportarse como si estuvieran bajo la dirección del mercado.

¹⁶⁹ OCDE (2002a:39-52) <http://www.oecd.org/dataoecd/8/39/2080169.pdf>

La lucha por un entorno de competencia efectiva todavía está viva y sigue manteniendo el sector en continua expansión, pero las responsabilidades públicas a niveles muy altos son las que deciden sobre las mayores implicaciones regulatorias para solucionar algunos paradimas más urgentes, como es el caso de los avances de las innovaciones tecnológicas, llevando al fracaso de la regulación tradicional.

Ariño (2006:29) destaca el riesgo regulatorio que surge de la incertidumbre, la inseguridad y la politización de las decisiones públicas. El comportamiento impropio del regulador puede surgir de la información insuficiente que lleva a las empresas a obtener extraordinarios beneficios que, sin duda, debe influir en la percepción del regulado.

Conviene recordar que las políticas de regulación económica no son fenómenos recientes, en mayor o en menor medida. En niveles históricos se ha producido una modificación más radical al cambiar la titularidad de los servicios económicos de interés general, pero desde su liberalización ha sido constante la vinculación del éxito de la apertura de los mercados con las políticas regulatorias.

En el caso de Brasil, el interés secundario siempre ha sido permitir el alcance pleno de la competencia. En todo caso, en las telecomunicaciones tales políticas son muy arriesgadas porque pueden dar resultados, a largo plazo, que vulneren el mercado y los intereses de los usuarios en detrimento de una regularidad asimétrica y favorable a los operadores dominantes.

En la práctica, el camino de la regulación siempre ha sido impulsado por la administración pública, aunque cuando mantenía el ejercicio de los monopolios de las empresas estatales las medidas eran proteccionistas para el Estado e imperativas para el mercado. Además, en la fase de vigencia de los “programas de desintervención”¹⁷⁰, la presencia pública ha dificultado el control efectivo y equilibrado de las fuerzas públicas y privadas en el conjunto de las relaciones productivas.

Por lo tanto, la decisión de regular es política y fruto de las elecciones derivadas de la presión de los grupos organizados que condicionan sus intereses a un tipo de protección legislativa dirigida a las necesidades de los entes con más liderazgo frente a

¹⁷⁰ DE LA CRUZ FERRER (1999:277)

los reguladores. Por eso en los llamados "mercados incompletos" la intervención pública no es capaz de minimizar los efectos de los fallos del mercado, en caso de que la ausencia de medios para permitir el alcance del ideal competitivo impida la agenda de desarrollo propuesta por las nuevas estrategias de regulación.

Por otro lado, la imposibilidad de una competitividad efectiva entre operadores no puede ser la causa exclusiva y definitiva de los perjuicios sociales para la población, pero la falta de estímulo público en la existencia de más empresas es una condición que influye en el escaso nivel de tecnología, en la ausencia de calidad de los servicios e incluso en la reducción de inversiones en infraestructuras. Por eso, la regulación deberá mantenerse en constante dinámica. En realidad, la ausencia de una política de regulación destinada a la competencia en las telecomunicaciones exige la coordinación equilibrada de ventajas jurídicas a quien entre por primera vez en el mercado, y la mejora de los servicios, sin miedo a que el Estado promueva decisiones administrativas con claridad y seguridad de propósitos.

Muchas veces, las entidades reguladoras no dejan conocer sus proyectos reales, lo que produce una gran inseguridad entre los operadores y los usuarios. Esa inestabilidad dificulta el propio desarrollo económico porque las empresas privadas no saben si pueden fiarse de los reguladores públicos. En otros casos lo que prevalece son los intereses corporativos de los operadores dominantes, que en realidad son monopolios privados, que se mantienen también a costa de la inseguridad de las agencias a la hora de impulsar una competitividad efectiva.

La ineficiencia de las estructuras organizativas públicas también paraliza los trabajos de los reguladores y ataja las bases del derecho administrativo, al igual que se presenta como una excusa común utilizada por los operadores para justificar la falta de control efectivo sobre los servicios públicos privatizados.

Proveer la regulación administrativa de garantías jurídicas y técnicas eficaces avala la eficiencia del sistema de intervención actual sobre las estructuras económicas y sociales que involucran a los servicios de interés público y, por vía indirecta, define claramente las acciones públicas alrededor de los mercados.

Esa intervención no es desproporcionada, porque en realidad es necesaria y relevante para el fortalecimiento de la Administración con el fin de que sea independiente y democrática; ahí se perfeccionará el antiguo sistema de frenos y contrapesos¹⁷¹, con el uso de nuevos límites legales para la modernización de las viejas prácticas.

Por lo tanto, el control administrativo de los servicios de interés general será ejercido principalmente por la administración pública y pondrá su propio conjunto de instrumentos a disposición de los organismos reguladores. Para ello deberá conocer el uso de las nuevas técnicas que se aplican a las telecomunicaciones, y que resultan de su permanente evolución..

Las medidas de carácter eminentemente político que desvirtúa los ideales regulatorios producen dificultades institucionales debido al exceso de las participaciones en las decisiones públicas. La prevalencia de vicios burocráticos en el funcionamiento de las agencias regulatorias y la incapacidad de los funcionarios para responder a las demandas de regulación en un ambiente tan amplio como el de las telecomunicaciones, producen efectos negativos y vulneran permanentemente el sector.

El control no puede dar la espalda a los servicios de las entidades reguladas. Sin embargo, a veces los intereses públicos no prevalecen y son los modelos económicos los que definen las políticas regulatorias y las decisiones públicas.

Las telecomunicaciones deberían ser un sector en el que se refuerce la competitividad¹⁷². Dar prioridad a la protección de los derechos de los consumidores-usuarios y a la efectiva participación de la sociedad en el funcionamiento de las prestaciones tendrá sentido cuando se hagan efectivas las técnicas instrumentales para la democratización de las decisiones administrativas a través de consultas públicas o de la actuación de consejos de usuarios. Por consiguiente, esos medios afines tendrán

¹⁷¹ Desdentado Darroca (1999:75).

¹⁷² Con regularidad y transparencia a ejemplo de lo que proponen los siguientes instrumentos regulatorios en vigor en países como Inglaterra y miembros de la Comunidad Europea: Regulatory Reform Act in Britan (Inglaterra, 2000); Libro Verde sobre los servicios públicos de interés general COM (2003)270 final-BOE C 76, de 25.3.2004; y el Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM (2004)374, final, que sugieren cómo pueden ser organizados, financiados y evaluados estos servicios.

como principal objetivo garantizar un peso mayor de la participación ciudadana en el proceso de fijación de las políticas de interés general.

Por otra parte, la definición de los niveles de calidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones es una cuestión clave para el modelo de regulación, cuyos parámetros no pueden basarse únicamente en conceptos subjetivos, y en las expectativas futuras sobre los rumbos sócio-económicos de las prestaciones. Mientras sea posible, la tendencia es que a largo plazo los precios bajen a medida que se incrementa la calidad.

En este sentido, Nevado Batalla (2003:22) nos advierte de que la calidad es un objetivo de la organización pública, que representa un medio y no un fin en sí mismo, siendo esencial para garantizar la credibilidad del sistema y asegurando así la legitimidad completa y precisa de los servicios de interés general en favor de los ciudadanos.

El uso de los instrumentos democráticos que certifiquen la participación ciudadana refleja la premisa cardinal de la defensa de las demandas y reclamos de los sectores públicos diversos.

Esa eficacia del proceso de regulación radica y repercute en la capacidad de gestión estatal del desarrollo de una red de instituciones comprometidas con la planificación de las políticas sectoriales y la independencia del comportamiento frente a los mercados, basado en los siguientes aspectos:

- Criterio económico: la intervención estatal en materia de precios, los incentivos para compensar la competencia y el equilibrio económico-financiero de los servicios;

- Criterio político: la inversión en infraestructuras, la consumación de políticas y programas de incentivos de los derechos de los consumidores, explicaciones públicas para a la población con la más alta gama de información para el ejercicio de una vigilancia efectiva, el uso de recursos humanos con capacidad técnica indispensable para enfrentarse al papel de agente público regulador y el uso de medios eficaces de resolución de quejas de los usuarios, con respuestas rápidas a las demandas. Además comprende el uso de medios

alternativos para la manifestación de las acciones colectivas como las audiencias públicas.

- Criterio social: el uso de medidas jurídicas y administrativas para asegurar el ejercicio pleno de la ciudadanía y de la participación de los usuarios en las decisiones públicas

IV.4 Los instrumentos jurídicos y otros tipos alternativos de regulación en el control de los servicios de telecomunicaciones: agencias y comisiones

Las comisiones de telecomunicaciones siempre han sido muy demandadas desde el principio, con la formación del marco regulatorio y el proceso de apertura de los mercados, hasta la consolidación de reglamentos propios y específicos sobre infraestructuras, redes y aspectos tecnológicos de la actividad.

El carácter evolutivo del servicio universal de telecomunicaciones ha hecho que su liberalización completa fuera un largo camino, aunque aún no ha llegado a su ápice. Mientras tanto, ya se puede reconocer que solamente en países con mayor desarrollo competitivo hubo mejor difusión tecnológica e innovación en el despliegue de redes y de infraestructuras. Las decisiones marcan el ritmo de la competitividad y de la calidad del regulador.

En Europa los efectos de la convergencia tecnológica se notan más debido a la regulación económica. El marco ya no se limita a las redes y los servicios de telecomunicaciones, sino que se refiere al conjunto de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Se incluyen la telefonía vocal fija, las comunicaciones móviles y de banda ancha, y la televisión por cable y por satélite¹⁷³.

En el conjunto de leyes generales de telecomunicaciones de los países que adoptaron la sistema de servicios de interés general, la tendencia es que el despliegue de las redes de nueva generación favoreza la introducción de modificaciones importantes en la economía de la prestación de servicios y en la situación

¹⁷³ Marco Regulador de las comunicaciones electrónicas.

competitiva¹⁷⁴. Sin embargo, los nuevos marcos ratifican el esfuerzo de definir el objeto y el ámbito de aplicación del servicio universal¹⁷⁵, garantizando la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso al público, de buena calidad, en toda la comunidad a través de una competencia y una libertad de elección reales a los usuarios.

Como alternativa para el viejo régimen de los servicios públicos de telecomunicaciones, la nueva política sobre el uso del espectro radioeléctrico demuestra que la supuesta adaptabilidad de las grandes tecnologías a la regulación también conlleva desafíos que el regulador deberá solucionar en los próximos años, como por ejemplo la necesidad de adecuar los efectos de la expansión de las redes de nueva generación a los nuevos marcos de regulación. En Europa ese desafío consiste en integrar frecuencias electrónicas sin herir la soberanía de los Estados comunitarios fronterizos. Respecto a eso, Fernando Marcos (2005:601) nos advierte de que la efectiva introducción de la utilización del espectro en Europa, obliga al legislador a actuar sobre algunas características tradicionales, sobre formas de contratación concesionales, presionado por el desafío de delimitar un efecto comercial. Más allá de los cambios experimentados por Europa, de la Quadra Salcedo (2009:682) pondera que en realidad las reformas inauguran nuevas políticas, por lo menos respecto a algunas de las bandas de larga distancia, cuya aplicación de las técnicas de la Directiva de autorizaciones de 2002 permite que sea suficiente una autorización general o una licencia individual para que ingresen en el sistema nuevos operadores.

Las revisiones regulatórias a partir del año 2008 en Brasil y en Europa nacieron como vía de ajuste a los modelos vigentes. En Europa, las modificaciones en el “paquete de 2002” se presentan ante un mercado ya estructurado hacia la competencia, intentando asimilar criterios jurídicos y económicos, teniendo en cuenta la perspectiva específica de la consolidación de la liberalización.

Mientras tanto, los planes de actuación para las telecomunicaciones de Brasil reconocen la necesidad de superación de la brecha digital¹⁷⁶, que exige la mejora en la transmisión de datos con alta velocidad, más capacidad y fajas de radiofrecuencia

¹⁷⁴ Recomendación de la Comisión Europea, de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/UE).

¹⁷⁵ Directiva 2009/136/CE (artículo 1, que modifica la Directiva 2002/22/CE –Directiva de Servicio universal).

¹⁷⁶ En los términos de la Resolución 516, de 30 de octubre de 2008, actualizada el 16 de octubre de 2009 (Plan General de Actualización de la reglamentación de telecomunicaciones).

dispositiva y la necesidad de masificar el acceso a la banda ancha (fija y móvil), tanto por la telefonía como por radiofrecuencia, con la mayoría de la población.

La experiencia de los dos países ha demostrado que mientras la apertura del mercado a la competencia ya experimenta nuevos desafíos regulatorios, en buena medida las más recientes modificaciones siguen intentando encajar en la regulación la mejor forma de acoplar el avance tecnológico y la alta demanda del mercado a las redes de nueva generación, sobre todo para los operadores entrantes puesto que les resulta muy difícil competir con operadores que ya pertenecían anteriormente al mercado regulado.

En Brasil todavía se intenta superar el juego inicial entre el avance de la competitividad en los servicios y la tecnología, es decir, ampliar el acceso en un marco que necesita incrementar la competencia sin dejar de administrar los intereses de los usuarios.

Por lo tanto, gran parte de la misión de regulación es asegurar el refuerzo de la competencia de los órganos reguladores, haciendo que el mercado sea más transparente y menos imprevisible. El aumento de publicidad de los actos administrativos también es resultado de la simplificación de los procedimientos administrativos, sin pérdida de autoridad sobre los operadores.

Para Pablo (2000:2855), existe una tendencia innegable asumida por esos órganos que les confieren una naturaleza de Administración propiamente dicha, imparcial e independiente. También se podría describir como un sesgo de la administración pública, no obstante, todavía llevan a cabo acciones contradictorias en cuanto a su legitimidad y al poder de autorganización.

En este sentido Varaz-Ibáñez (2001:138) identifica el momento de la liberalización de los servicios públicos como el momento del nacimiento del Derecho Administrativo privado; es decir, es el momento de una ocupación esencial dotada de reglamento especializado para dirigirse a los mercados económicos a partir de la visión regulatoria de la autoridad pública.

En el adiestramiento de sus competencias, los agentes interventores son, en primer lugar, reguladores, porque los mercados se someten a las comisiones (expresión usada en España) y a las agencias (denominación en Brasil); pero, en general son

portadoras de un peculiar sentido de potestad administrativa frente a actividades estratégicas privadas.

En la práctica, en Brasil se puede notar una tendencia a que los instrumentos reguladores se sometan a un control político anterior y vinculante. Eso significa la expresión de la voluntad del sistema legislativo después de más de diez años de creación de órganos de regulación. La sumisión de la autoridad a los dictámenes del poder ejecutivo, diverge de la autonomía propia de las agencias de modelo anglosajonas, e incluso de países comunitarios que ajustaron sus legislaciones a la constitución de autoridades nacionales de regulación.

La dificultad en adaptarse al entorno regulatorio brasileño tampoco puede ser una excusa para justificar que no se han adaptado a la estructura del derecho Administrativo tradicional debido a su carácter excéntrico, lo que podría impedir la formación completa de los reguladores.

La Administración burocrática impuesta por órganos directamente vinculados a la organización de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial estaba constituida tradicionalmente por organismos con cierto poder de autoridad independiente, como las fundaciones públicas o las empresas públicas, aunque ninguna de ellas disfrutara del poder independiente de los reguladores actuales. En ese sentido, en la organización de las comisiones y agencias, el Estado no transfiere funciones públicas sino que constituye las atribuciones a partir de la necesidad de estructurar el mercado liberalizado. Por lo tanto, ese poder debe ser más amplio que el mercado y tener más autonomía que los otros órganos de la administración pública.

En segundo lugar, este nuevo esquema regulador no permite a las agencias y a la comisión el mantenimiento de la función pública de vigilancia como una titularidad exclusiva del regulador sobre todos los aspectos del mercado de telecomunicaciones, pero, según Fernando Pablo (2003) su misión es hacer que la regulación sea transparente y previsible para que el sistema sea fiable y efectivo. De hecho, como afirma Figueiredo Moreira, (2000) se ha demostrado una peculiar eficiencia operativa en países política y económicamente más abiertos, sobre todo por su especialización, flexibilidad, independencia, claridad y proximidad a los interesados. Es decir, las otras potestades de la Administración no quedan anuladas porque los poderes públicos, a través de otros agentes de la Administración, podrán manifestarse sobre algún aspecto específico del mercado, como por ejemplo las prácticas anticompetitivas o la formación

de carteles, así como el análisis administrativo o judicial sobre temáticas relacionadas con la violación a los derechos de los consumidores-usuarios.

La regulación fue una alternativa inevitable y exclusiva para los países de la Comunidad Europea y de los países latinoamericanos para mejorar el funcionamiento de los sectores liberalizados. Es evidente que las coincidencias con el proceso de liberalización en países como Estados Unidos e Inglaterra guardan poca semejanza con aquellos. Osa (2000: 70) ya nos advertía de que no se hablaba de un sistema de regulación comunitario sino tan sólo de un marco legislativo, porque les faltaba un órgano regulador europeo¹⁷⁷.

Por otro lado, en países como España¹⁷⁸ y Brasil la experiencia de creación de los órganos de regulación ha sido muy distinta. Para Betancor (2009:105), las distinciones entre los ambientes regulatorios surgen del hecho de que el grado de la intervención del Estado en la economía trajo mayores dimensiones en casi toda Europa, sobre todo por la legislación europea y la necesidad de dar uniformidad a los mercados económicos. Por otro lado, en los países de América el intervencionismo estatal era directo, por lo tanto, prevalecía la ausencia de experiencia regulatoria en comparación con los niveles de otros países, aunque el impacto social y económico de las grandes liberalizaciones conllevan la unificación de legislaciones sobre la materia.

Esa realidad amplía el equilibrio entre los países, no solamente en el ámbito económico sino también en la regulación de los servicios de interés general. Estos

¹⁷⁷ El reglamento (CE) 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, crea el Organismo de Reguladores europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), con lo cual la Comisión tiene intención de adoptar medidas para solucionar los problemas relacionados con la disparidad de los enfoques reglamentarios y para garantizar el buen funcionamiento del ORECE. COM (2010)253 final

¹⁷⁸ En España el proceso de liberalización de las telecomunicaciones empieza imponiendo la mínima despublicación en relación con los terminales que después se ampliaron a otros servicios de telecomunicación no básicos. No obstante, el gobierno socialista español se opuso inicialmente a este movimiento recurriendo junto con Bélgica e Italia ante el Tribunal de Justicia Europeo contra la Directiva de liberalización de servicios 90/388. Para Martínez López-Muñiz (1997:119-2002), al menos hasta mayo de 1996 no hubo una política de replanteamiento de los fines y tareas del Estado español, aunque desde 1993 se deja sentir un marcado abandono de las posiciones oficiales favorables a un fuerte protagonismo público en las actividades económicas más relevantes. En la década del poder socialista, las pocas medidas despublicadoras que se adoptaron se tomaron probablemente porque no había más remedio, o porque lo exigía la Comunidad Europea. De 1993 a 1996, coincide con la necesidad de ajustar la economía española a las exigencias de la convergencia económica europea requerida por la Unión económica y monetaria diseñada en el Tratado de Maastrich.

ciclos incluyen la expansión de los mercados a niveles internacionales y amplían los efectos de la incertidumbre a escala mundial.

Es indudable la influencia de las políticas públicas norteamericanas en la hegemonía del pensamiento económico mundial, con miras al aumento de poder de los empresarios y la reducción de la presencia pública en la economía, así como la redefinición de las funciones de los servicios públicos para el Estado de bienestar.

Así, la reordenación de los papeles de los individuos y de la sociedad hace que el Estado conquiste hoy un nuevo estatus de regulador y los individuos pierdan la condición de *administrados* para lograr la posición de *consumidores-usuarios* de actividades privadas, en lo que respecta a las telecomunicaciones.

Para Carlón (2007:31) la propia teoría democrática se somete a otra ideología que pretende conciliar los postulados del libre mercado con la consecución de determinadas misiones públicas de hacer cumplir los cometidos del interés general para la colectividad.

Cuando la cuestión económica gana el debate político en los años 90, el problema fundamental es encontrar la solución para la eficiencia de los mercados de los servicios de interés general. El resultado fueron las normas de creación y funcionamiento de los organismos internos, pertenecientes a la Administración pero distintos de los entes que ya existían. Es decir, la plenitud de la libertad económica haría la globalización accesible e integrada en los ideales de la democracia y de los intereses sociales mediante órganos capaces de impulsar ese proceso.

Para Buchanan (1980:204), la formación de la teoría de economía política, surge como algo natural y debe tener como obligación primordial el restablecimiento de las distancias y diferencias entre los individuos y los resultados económicos deseados; es decir, que el desarrollo económico no impida la formación de instituciones que registren y luchen por los individuos, colectivamente, y valoren ese deber como "verdadero" y "correcto".

Por otro lado, la creación de estas entidades no representa simplemente una manera de restringir las acciones gubernamentales sino que son una derivación de la

susceptibilidad histórica en las fuerzas que actúan sobre los mercados, donde los agentes gubernamentales, excesivamente políticos, tienden a vincular los comportamientos públicos con las políticas de bienestar.

La profesionalización de la administración, sometida a criterios más técnicos y racionales¹⁷⁹, también hace posible un plus de calidad fundamentado en procedimientos menos burocráticos y poco interventores, es decir, con su manifestación vinculada a lo esencialmente necesario. De ahí que puedan primar por la eficacia en el cumplimiento de los objetivos sociales impuestos a los operadores privados. Esa realidad acaba por acercarse a lo que Adam Smith ha descrito como el orden económico ideal dentro de la economía política clásica, incluso porque, como se sabe, en el siglo XX los Estados han perdido el control que un día tuvieron sobre la producción de los bienes y servicios de la sociedad.

Por lo tanto, la huida del Estado es un tema recurrente cuando se trata de nuevas orientaciones de la regulación económica, no solamente en este sentido, porque las telecomunicaciones, al igual que otros sectores privatizados, necesitan de la libre competitividad de los agentes económicos para que estos sectores cumplan los propósitos para los cuales han sido creados. Así, los nuevos rumbos de la regulación económica reducirán el poder del Estado sobre los mercados en detrimento del aumento del poder de las empresas operadoras privadas. Sin embargo hay que reconocer que, al mismo tiempo, existe una gran cantidad de normas legales que en gran medida dirigen los comportamientos de los ciudadanos en un número mayor que hace 200 años.

Hoy por hoy, el término neorregulación es sinónimo de simplificación de actividades gubernamentales públicas y, sorprendentemente, también significa la especialización del ejercicio de la potestad administrativa, con el incremento de acciones positivas pero eficaces, simplificadas pero directas y objetivas.

¹⁷⁹ Las autoridades Nacionales de Reglamentación Europeas son responsables por la regulación *ex ante* de los mercados y no deben aceptar instrucciones de ningún otro organismo. Las ARN, la Comisión y el ORECE deben colaborar para determinar los instrumentos y las soluciones apropiadas para afrontar cualquier situación que pueda surgir en el seno del mercado interior de las comunicaciones electrónicas. En determinados casos, la Comisión tiene la facultad de rechazar las medidas propuestas por las ARN, conforme a los términos del Reglamento (CE) 1.211/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 y la Directiva 2009/136/CE.

La urgencia de las políticas públicas por encontrar una economía de mercado desarrollada y compatible con el nuevo marco jurídico de los servicios de telecomunicaciones también se refleja en las prioridades de los gobiernos, es decir, en el nivel de importancia de las necesidades sociales de la economía capitalista.

Suponiendo que hubiera más interés en la sociedad y menos en el Estado, podría darse, según Grau (2002:31-33), una economía más avanzada mediante la sustitución de la regulación estatal por las regulaciones sociales; es decir, habría una mayor participación pública en los mercados. Sin embargo, este hecho jamás ha tenido lugar en las sociedades actuales.

El nuevo orden impuesto por el modelo económico mundial no se tradujo en la eliminación de la capacidad reguladora estatal, sino al revés. Después de casi veinte años de la liberalización de las telecomunicaciones ha predominado el papel de protagonista de los organismos de reglamentación. Esa realidad es posible porque se delegaron ciertas competencias administrativas en los entes reguladores pero, sobre todo, porque el ejercicio de la autoridad política adquirió un estatus supranacional con la creación de órganos que dirigen, desde fuera de los países, las políticas de expansión de los mercados.

En el caso de España, la función primordial de impulsar la liberalización es posible gracias a las Directivas comunitarias y a las decisiones que pusieron en camino los cambios en las Administraciones públicas de todos los países incluidos en la zona euro.

En opinión de Stange, se operan dos fenómenos concretos: primero, la difusión creciente de la autoridad de otras instituciones y asociaciones internacionales; y, segundo, la asimetría creciente entre los Estados más grandes y con más poder estructural que ejercen gran influencia sobre los más pequeños, más vulnerables y débiles frente a los demás.

El entorno del desarrollo tecnológico también ha sido un gran punto de inflexión entre los Estados y los mercados liberalizados, donde ha prevalecido el ejercicio real de poder en manos privadas, pero con más influencia sobre los políticos. En realidad, la reducción del tamaño del Estado o del poder interventor público no significa que la

Administración sea menos efectiva o insuficientemente capaz de generar sus objetivos históricos.

Aunque en algunos países los mercados siguen careciendo de esta autoridad regulatoria efectiva, los sistemas liberalizados siguen pendientes de decisiones coordinadas por aquellos que se ocupan de representar el papel de dirigir el poder hegemónico, en lo que el modelo keynesiano entendía que era el combustible principal para impulsar el crecimiento económico mundial.

Pero, hoy por hoy, el poder político de algunos países sobre los demás ha sido sustituido por el poder de la economía sobre los países; es decir, para impulsar el crecimiento mundial los regímenes políticos, sean totalitarios o demócratas, no pueden frenar la expansión del poder económico y los Estados deben adaptarse a los mercados financieros.

El poder de los mercados es difuso, impersonal, intangible, imprevisible y perverso, y sólo reflejan las preocupaciones operadas por los resultados económicos; es lo que George Soros (1999) denomina "principio reflexivo". Así, veremos que la economía mundial del nuevo milenio, con el libre mercado de las telecomunicaciones, ha producido instrumentos normativos que autorizan la regulación como un control público y presentan como agente fundamental, las agencias y comisiones regulatorias.

Para analizar su naturaleza jurídica intentaremos comparar dos símbolos de identidad regulatorios de los órganos de regulación de Brasil y de España, donde el fenómeno de la liberalización, aunque iniciado casi a la par, tuvo razones y fundamentos distintos en el ejercicio de las potestades públicas entre los dos países. Es decir, España estuvo motivada por las políticas comunitarias y Brasil por la influencia emanada de las políticas económicas internacionales de Estados Unidos y Europa.

La función de las administraciones independientes consiste en velar por la competencia libre y leal y, para ello, tiene el deber de conocer los niveles de competitividad, así como las maniobras de los operadores privados. Para ordenar nuevos rumbos de las inversiones que originan los cambios en las redes e infraestructuras, también se hizo imprescindible que las agencias estuviesen atentas a las operaciones de las redes tecnológicas puestas en marcha en los mercados. Por lo

tanto, es su obligación corregir la competencia imperfecta o la concentración económica perjudicial para la regularidad y calidad de los servicios. Esa circunstancia requiere la presencia de un control legal más eficaz que permita a los usuarios acceder a estos servicios, evitando abusos por parte de los operadores en caso de ausencia de competencia.

La lucha por la simplificación de los procedimientos administrativos también dio lugar a la formación de un nuevo reglamento sobre las concesiones económicas y licencias para el nuevo sistema jurídico. En ese caso, consiste en contribuir con aspectos innovadores que podrían incentivar la estabilidad entre los operadores al mismo tiempo que proporcionar flexibilidad para la legislación administrativa.

La misión de los reguladores para incorporar tecnologías y difundir la transparencia exigió una revisión de las competencias de los inspectores de la administración pública y un compromiso no siempre fácil de cumplir, pues depende del incremento de las garantías a los usuarios antes que a los proveedores de servicios.

El monopolio estatal histórico giraron en torno a la idea de servicio público y ya en la primera etapa de la liberalización de las telecomunicaciones, el predominio de las entidades privadas con derecho de exclusividad sobre los sectores fue responsable por impedir la expansión de las redes e infraestructuras. Esa condición del mercado generó problemas entre los administradores de servicios y los titulares de las redes, los distribuidores de cables y los múltiples proveedores de servicios, comprometiendo las actividades de todos¹⁸⁰.

Por lo tanto, solamente con la ausencia de límites concretos en el mercado se puede encajar la ruptura con los derechos exclusivos de los operadores dominantes. Esta ha sido la forma más racional de que las leyes puedan controlar mejor el libre mercado de las telecomunicaciones. La regulación sería la medida capaz de acompañar el salto tecnológico y ayudar a superar barreras creadas por los titulares de esos monopolios.

¹⁸⁰ En este sentido, Pablo (1998:26) nos advierte de que los Estados están obligados, para salvaguardar la eficacia de sus regulaciones, a conceptualizar el espacio radioeléctrico y también el dominio público. Velásquez (1990), al describir esa verdadera batalla técnica comenta que ese contexto de profundas innovaciones tecnológicas implica ampliar las ideas sobre los servicios considerados básicos, con la inclusión de las infraestructuras de redes interactivas y de banda ancha.

Este choque ha sido el fenómeno por el cual la desregulación de los movimientos del mercado fue capaz de trascender el ambiente de los servicios públicos y los monopolios estatales hacia los mercados libres y al ambiente competitivo. Para entender la situación actual y proyectar las tendencias futuras, Sánchez Blanco & Soler (2009:191) concluyen que parece evidente que la regulación ha de reducirse en la medida de lo posible, que aunque siga siendo inexcusable deberá dar respuesta a nuevas necesidades, incluso para la creación de una autoridad regulatoria convergente, sobre todo en el análisis del mercado.

IV.4.1 La Agencia Nacional de Telecomunicaciones Brasileña - ANATEL

En muchos países, al igual que en Brasil, no ha existido un precedente legal anterior en el sistema jurídico para el desarrollo de las funciones de los entes reguladores, es decir, las denominadas agencias. Esa presencia es fruto de la liberalización de los mercados de servicios de interés general.

La condición de entidad regulatoria autónoma, perteneciente a la Administración pública aunque con cierta independencia, apareció por primera vez en el ordenamiento jurídico brasileño con la aplicación del Programa Nacional de Privatización - PND, creado por la Ley 8.031/90, que surgió después de la entrada en vigor de la Enmienda Constitucional 19/98 (reforma administrativa) y de la Ley 9.784/1999 (Ley de Procedimiento Administrativo).

También en Europa, el modelo de privatización total o parcial de muchos sectores públicos económicos, principalmente en las telecomunicaciones, ha hecho que ciertas actividades públicas, titularizadas por empresas públicas y constituidas bajo monopolios públicos empresariales, estuviesen indudablemente vinculadas a los conceptos de soberanía y seguridad nacional. Debido a esa concentración de poder, la ruptura con el modelo interventor público ha sido retrasada por gobiernos que preconizaban los servicios públicos y el modelo de Estado de bienestar social como

monedas de cambio para alcanzar más prestigio social. El choque de la tecnología producido por la liberalización del sector no solamente ha posibilitado la evolución más mínima como el traspaso del sistema de telefonía analógico al digital, y sus consecuencias.

Esa transformación histórica ha ido más allá de la ampliación radical de las infraestructuras, porque hoy la discusión ha abierto un debate más amplio sobre el modelo de regulación ideal, como apuntan De la Quadra Salcedo (2009), Lavilla Rubira (2008), Fernández García (2008), Laguna de Paz (2008), Fernando Pablo (2005) y Lorente (2000). Es decir, hay que ver si el regulador opta por soluciones distintas para diversas redes, conmutación y transporte IP, con la extensión del marco regulador (pero que sean suficientes), o deberá considerarlas convergentes para aplicar la misma normativa hacia al modelo de transición de las NGN¹⁸¹, tanto la red troncal como la red de acceso.

En resumen, la idea central de cualquiera de las alternativas es encontrar una solución que no comprometa la continuidad de las inversiones de los operadores.

Según De la Cruz Ferrer (1999:39), el fin de los 80 ha estado marcado por un debate en el que llamaban más la atención las innumerables contradicciones inherentes al entorno de los monopolios de las telecomunicaciones que el desarrollo tecnológico. Mientras se desarrollaban las nuevas inversiones en tecnologías, unidas a las comunicaciones electrónicas, el gran salto se produce con el surgimiento del pc (*personal computer*) y los primeros resultados de la elaboración de las bases de la red mundial de ordenadores, con la creación de la *world wide web*¹⁸², cambiando definitivamente la estructura política en todos los niveles.

Lo que también ayudó a desencadenar el proceso de privatización fue la pérdida de credibilidad en el funcionamiento del sector público para diseñar un modelo de

¹⁸¹ Denominación basada en la definición de NGN, Next Generation networks, como “la arquitectura de red que permite emplear una única plataforma basada en IP para sustituir las redes tradicionales de telefonía de conmutación de circuitos. Esta arquitectura separa la parte de provisión de servicios de la parte de transporte, que es común a todos los servicios, permitiendo así la creación de servicios convergentes, ya que todos los servicios usan la misma red”. In la Consulta Pública de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 10 de mayo de 2007.(www.cmt.es).

¹⁸² Conocido como WWW, es el sistema de comunicación que utiliza internet como mecanismo de transporte de datos.

desarrollo económico adaptado a los desafíos de los nuevos tiempos, la globalización y las nuevas tecnologías.

La mirada de Europa y de los países de América del Sur hacia el régimen jurídico administrativo norteamericano siempre ha considerado como punto de partida de reformas estructurales mantener las actividades económicas bajo la tutela de las empresas privadas y a partir de un modelo de “super éxito” concretar esa influencia a través del conjunto de las reformas políticas y legislativas de los años 90.

El amplio sector de las telecomunicaciones¹⁸³, el mayor representante de una "nueva idea fuerza"¹⁸⁴ del desarrollo económico y social, lo que en Europa y América Latina estuvo fuertemente influenciado por el modelo estadounidense de *Administrative Law*, junto con la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act-APA*), contó con la búsqueda de la mejora de los servicios y actividades, según Ariño Ortiz (1993:273) realizadas por particulares mediante la separación de las actividades de los reguladores de la Administración. En ese sentido, para ser titular de la dirección de un modelo de regulación eficiente se exige a las agencias que dispongan de un organismo más técnico, independiente y menos influenciado políticamente.

Sin embargo, para Cavalcanti (2000:253) las agencias reguladoras representaron un nuevo concepto jurídico de difícil adaptación en esos países, siendo innovador y sin ningún parámetro legal anterior respecto a su existencia en el sistema jurídico de Brasil. En muchos aspectos eran incompatibles con el marco constitucional dado para las administraciones del Estado, que les concedía un poder de actuación autónomo frente a las autoridades públicas preexistentes, con la misma independencia de la estructura federal norteamericana. En este sentido, existen para actuar de modo distinto e independiente del poder Legislativo y del judicial, con amplios poderes

¹⁸³ Los datos financieros de España informan de que en el año 2000, después de la liberalización de las telecomunicaciones en Europa, iniciado en 1996, la facturación del sector de telecomunicaciones en España se situó en torno de 3,5 billones de pesetas, incluyendo actividades de telefonía fija y transmisión de datos (con casi 50% de la facturación del sector), telefonía móvil (33%), alquiler de circuitos (4,6%), transporte de señales audiovisuales (más de 1%), comunicaciones corporativas (0,5%) y servicios audiovisuales (más de 18%), según datos del informe Anual 1999 de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, CMT(1999:29). En ese sentido, para la Comisión Europea, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general de 21 de mayo de 2003, COM 2003(270) 2, los servicios de interés general forman parte de valores de la sociedad europea y constituyen un trato esencial al modelo europeo de sociedad, enriqueciendo la calidad de vida, estimulando la competitividad del mercado e integrándose social y territorialmente.

¹⁸⁴ Expresión utilizada por Pablo (1998:21).

normativos y decisorios de una auténtica persona jurídica autónoma y, por lo tanto, más coherente y peculiar según el sistema anglosajón, como indica Figueiredo (2000).

Esta experiencia sirve para ilustrar la dificultad comparativa innata de la adopción de la potestad reglamentaria de las agencias reguladoras en los países donde las disposiciones constitucionales requieren la división y separación de poderes, donde siempre se ha dado la ausencia de representación ejecutiva y la falta de autonomía en la forma de las administraciones independientes, es decir, de modo bastante distinto del sistema norteamericano.

El entendimiento que prevalece tanto en la doctrina brasileña como en la de los españoles y portugueses¹⁸⁵, se traduce en el intento de trasladar hacia la teoría de la regulación, derivada de la privatización de los servicios públicos para el mismo ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria de los españoles, adaptando la figura del regulador para actuar con legitimidad ante los sistemas descentralizados.

También intenta realizar esa adecuación legislativa sometiendo la actividad de los entes regulatorios a ciertos parámetros de legalidad¹⁸⁶, imponiendo límites a la intervención administrativa, algo novedoso en comparación con la plena autonomía del poder público reglamentario.

La eliminación de los obstáculos reglamentarios inculpan el privilegio de crear las agencias brasileñas a partir de la estructura del Poder Ejecutivo, por lo tanto esa adaptación ha sido posible porque fue creada una especie de reserva legal en la que estas entidades se insertaban en el ordenamiento jurídico.

Por función ejecutiva¹⁸⁷ de las agencias se entiende la fiscalización y el poder sancionador, semejantes en potestad a la autoridad de los órganos de la administración

¹⁸⁵ La experiencia Constitucional y Administrativa portuguesa ha influido en profundidad en la construcción de los preceptos de la Constitución brasileña de 1988. Canotillo (1999:775) busca construir en el fundamento constitucional los medios de comprensión del poder reglamentario. En este sentido, para Cuéllar (2000) el reglamento administrativo siempre será un acto normativo, de titularidad del Poder Ejecutivo, en el ejercicio de la función administrativa y, por lo tanto, se trata de una actividad reglamentaria genérica y abstracta.

¹⁸⁶ Rivero Ortega (1998:67-68).

¹⁸⁷ El artículo 30 de la Ley 8.987/1995, de creación de la agencia nacional de telecomunicaciones de Brasil (ANATEL) estipula *“en el ejercicio de la fiscalización, el poder otorgante tendrá acceso a los datos relativos a la administración, contabilidad, técnicos, económicos, y financieros de la concesionaria”*. Y

directa del Estado. Para Juruena (2005:57) actúan esencialmente a través de actos de consentimiento de ingreso en el mercado, mediante la concesiones de licencias, autorizaciones y permisos a los operadores de telecomunicaciones. Tratan de asuntos relativos el uso de bienes públicos al servicio de las infraestructuras y redes, además de actividades económicas relacionadas con los bienes y servicios.

Trasladando esa experiencia al caso del sistema jurídico portugués, el reglamento administrativo ha pasado a ser reconocido como emanado de una autoridad administrativa, o de una entidad privada, en el desempeño de la función público-normativa, conforme a la postura de Coutinho de Abreu (1987). También en el Derecho brasileño la adaptación constitucional ha sido crucial, pero además se une a un cierto relativismo de su naturaleza¹⁸⁸. La legislación brasileña también tuvo que sufrir la adaptación constitucional necesaria para garantizar la legitimidad de las administraciones reguladoras, de ahí que se modificara el artículo 174¹⁸⁹, por la Enmienda Constitucional 8/95, cambiando el artículo 21 en los items XI y XII¹⁹⁰, “a”; además, la Enmienda Constitucional 9/95 permitió la creación de la Agencia nacional de telecomunicaciones (Anatel), en la categoría de órgano regulador que pasa a denominarse Agencia¹⁹¹, encargada de implantar la política nacional de las telecomunicaciones.

“la fiscalización será realizada por medio de un órgano técnico del poder otorgante, o por entidad con él convenida y, periódicamente, de acuerdo con lo previsto en la nueva reglamentación, por comisión compuesta de representantes del poder otorgante, de la concesionaria y de los usuarios”.

¹⁸⁸ Para Di Pietro (1999:142), aunque utilicen su personalidad jurídica autónoma como autarquías federales, no disponen de toda la independencia técnica y normativa necesarias, pues las agencias reguladoras están controladas por el agente público de la Administración central que las ha creado.

¹⁸⁹ El texto original de la Constitución de Brasil de 1988 solamente hablaba de agencias de fomento, de naturaleza financiera, como agente normativo y regulador de la actividad económica, y, por lo tanto, pasa a describirlas como órganos reguladores de conductas, con poderes más específicos, permitiendo su creación para actuar sobre cada sector.

¹⁹⁰ La redacción primitiva del artículo 21, XI de la Constitución de 1988 expresaba la determinación legal de que la prestación de los servicios públicos telefónicos, telegráficos, de transmisión de datos y demás servicios públicos de comunicaciones deberían ser explorados en régimen de monopolio por la Unión directamente o mediante concesión a empresas bajo el control accionario estatal, a excepción de los servicios de radiodifusión sonora, de sonidos e imágenes y demás servicios de telecomunicaciones, por los cuales se admitiría la explotación indirecta.

¹⁹¹ La denominación agencia está evidentemente inspirada en el modelo norteamericano, denominadas *Regulatory Agency*, aunque originalmente la discusión sobre la actividad regulatoria brasileña asumió trazos distintos, como ilustran Pinto & Melo (1941: 18-20) al comentar el informe denominado Declaración de Principios, presentado ante la comisión constituida por el entonces ministro de Justicia de Brasil, con el propósito de sugerir la necesidad de asegurar más reglamentación a los servicios de utilidad pública, cuando estos deberían prever que “la reglamentación por comisiones” serían eficientes porque serían creados para la fiscalización de los servicios concedidos y reglamentado, y, por lo tanto, podrían contener poderes de inspección, así como ejercer funciones administrativas, judiciales y normativas.

En el modelo acogido en Brasil para la instauración de agencias destaca la cordura de la regulación de la actividad en el compromiso de adecuar el ambiente liberalizado. La regulación, especializada y multisectorial, tiene en la agencia el poder, cuya autonomía se extiende a todas las unidades federales, es decir, a la Unión, a los estados miembro y a los municipios. Cada agencia se ocupa de un sector liberalizado determinado: Así surge su regulación por ley específica¹⁹², con atribuciones vinculadas a determinados sectores, con jurisdicción ejecutiva sobre medidas previamente determinadas por el Poder ejecutivo, y con un poder reglamentario sobre el mercado. Para Di Pietro (1999:130), las agencias reguladoras brasileñas asumen el papel que desempeñaba la Administración pública directa en las concesiones, permisos y autorizaciones públicas.

Hacemos hincapié en otro punto clave del sistema brasileño: la ANATEL fue creada con base constitucional y, por lo tanto, con función reguladora y competencia normativa sobre los asuntos relativos a los servicios de telecomunicaciones, única y exclusivamente sobre cuestiones relacionadas con el contenido de los contratos de concesión pública, regulando y aplicando normativas sobre política de precios, control de la competitividad, fiscalización de la actividad económica y contatos, arbitraje de conflictos, aplicación de sanciones, atención de reclamaciones de los usuarios, etc., pero no podrá innovar el orden jurídico modificando dispositivos de amparo legal ya existentes. Los límites normativos de la agencia están restringidos y deben respetar los parámetros de la legislación infraconstitucional que mantendrá su legitimidad para decidir aspectos generales sobre la infraestructura y los principios generales de interés del sector.

No existe legitimidad democrática en las decisiones colectivas del consejo de la Anatel. Aunque puedan manifestarse en la elaboración de normas, con la participación de los ciudadanos en el consejo consultivo, no poseen poder normativo, además de no tener legitimidad reglamentaria para aplicar normas expedidas por la agencia. Se trata

¹⁹² En Brasil, hay dos agencias creadas por la Constitución; todas las demás han surgido por determinación de Ley. En la actualidad existen las siguientes agencias nacionales: ANA-agencia nacional de aguas, regulada por la Ley 9.984/2000; ANATEL, agencia nacional de telecomunicaciones, regulada por las Leyes 9.295/96, 9.472/97 y 9.998/2000; ANEEL, agencia nacional de energía eléctrica, regulada por la Ley 9.427/96; ANP, agencia nacional de petróleo, creada por la Ley 9.478/97 y Medida Provisória 2.127-5/2000; ANS, agencia nacional de salud suplementaria, regulada por la Ley 9.967/2000; y ANVISA, agencia nacional de vigilancia sanitaria, regulada por la Ley 9.782/99.

del nombramiento de personas de la sociedad en general para componer ese órgano consultivo¹⁹³, pero el consejo no ejerce ningún poder de mando.

La principal crítica sobre el desempeño de las agencias hace referencia al hecho de que su inclusión en el ambiente regulatorio brasileño inauguró una nueva era para la Administración. La multiplicación de estos entes en gran cantidad también generó cierta confusión en el desempeño de sus funciones. Su carácter innovador contrasta con la necesidad de llevar a cabo una dirección regulatoria sobre el complejo mercado de las telecomunicaciones, pero desde el principio ha sido un órgano más político que técnico, con decisiones poco comprometidas con la realización de los objetivos iniciales de las privatizaciones, sobre todo en la definición de los parámetros de la apertura de los mercados, dirección y defensa de la competencia y desarrollo de mecanismos de protección de los intereses de los consumidores-usuarios.

También es cierto que las agencias reguladoras nacieron en muchos países como consecuencia directa de la modernización de las Administraciones públicas. A menudo formaron parte de la reforma del Estado y sus estructuras fueron las encargadas de elaborar un marco de descentralización de un conjunto significativo de actividades económicas, antes monopolizadas por el Estado.

No obstante, como indica Sundfeld (2000:19), las autoridades con poderes reglamentarios se sostienen en todos los sectores directa o indirectamente implicados en el conjunto de la actividad, no sólo en los mercados que sufrieron la privatización. Los sectores que necesitan de la defensa de la competencia son aquellos que sufren graves presiones de los mercados abiertos internacionales, como por ejemplo el sistema financiero.

Mientras el sistema jurídico de Brasil garantizó la autonomía administrativa y financiera a las autoridades reguladoras, la voluntad de la Administración Central

¹⁹³ El Consejo está constituido por 12 concejales que deciden por mayoría simple, siendo competencia del presidente el voto de desempate, como prevé el Artículo 36 del Decreto 2.338/97 (ANATEL). Corresponde al Consejo consultivo de la Anatel: a) opinar antes de que el Ministerio de las comunicaciones se manifieste sobre el plano general de concesiones, el plan general de metas, para la universalización de los servicios prestados en el régimen público y demás políticas gubernamentales de telecomunicaciones, b) aconsejar respecto a la institución o eliminación de prestación de servicios en el régimen público, c) apreciar los informes anuales del Consejo Director, d) requerir información y hacer propuestas respecto a las acciones referidas.

sigue determinando las directrices y el rumbo de los marcos regulatorios. Prueba de ello es que en las decisiones a las que se somete, impuestas por el Ministerio de Comunicación, está explícito un conjunto de directrices para orientar la actuación de la agencia¹⁹⁴. Por otro lado, la designación de sus líderes no siempre responde a los perfiles más técnicos al llevar a cabo los nombramientos del presidente y del consejo director por parte del Presidente de la República¹⁹⁵. Normalmente, el jefe del Gobierno da prioridad al nombramiento de personas vinculadas políticamente a los partidos aliados, o a amistades personales, para los cargos de dirección de las agencias, por eso las agencias reflejan los vicios históricos de las Administraciones públicas, porque siguen plenamente vinculadas al poder central del Estado.

Desde que salió la Ley 9.472 de 16 de julio de 1997, los reguladores están sujetos a un control externo financiero, llevado a cabo por el Tribunal de cuentas de la Unión (Ley 8.443, de 16 de julio de 1992), que actúa bajo sanción de la Ley de improbidad administrativa (Ley 8.429 de 2 de junio de 1992), porque son considerados sus funcionarios, auténticos agentes públicos.

En lo que respecta a los instrumentos alternativos o auxiliares de control social, el mecanismo previsto es la forma de participación popular en el seguimiento de los actos reglamentarios. La ley de creación de Anatel estableció que eran de su competencia los siguientes aspectos: audiencias públicas para la creación y gestión de temas relacionados con la regulación del sector; los comités de participación; y los representantes de las comunidades locales, que son los que participan en cualquier representación de la demanda específica de las comunidades locales y que actúan como organismo regulador de asesoramiento del Consejo consultivo. En este caso las funciones de los ciudadanos en la Anatel no deben confundirse con las funciones de regulación de la propia agencia, pues no son afectas al Consejo Consultivo decisiones relativas a los servicios de telecomunicaciones; solamente podrán manifestar su opinión sobre temas relativos a la expedición de normas de competencia de la agencia.

Según la Ley, los representantes del pueblo en el Consejo son nombrados por el Senado, por la Cámara de Diputados o por las asociaciones de ejecutivos y

¹⁹⁴ PGN, de acuerdo con la Resolución (Anatel) 516, de 30 de octubre de 2008.

¹⁹⁵ De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 9472, de 16 de julio de 1997 (Ley de organización de los servicios de telecomunicaciones, creación y funcionamiento del órgano regulador-Anatel).

profesionales de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como por las entidades representativas de los usuarios¹⁹⁶ y los órganos representativos de la sociedad, a quienes corresponde opinar antes de remitir las deliberaciones a la Dirección General de Comunicación¹⁹⁷. Otra forma de democratizar la participación de los ciudadanos en el funcionamiento de los organismos y de estar implicados en la elaboración de normas sería la presencia del *ombudsman*¹⁹⁸ (Defensor del Pueblo), figura que, sin embargo, no está contemplada en ninguna de las agencias existentes en Brasil.

Los medios de reclamación de los usuarios ante la agencia de telecomunicaciones son insatisfactorios: la Anatel solamente dispone de una línea de teléfono para el acceso directo de los consumidores de todo el país. También se pueden presentar reclamaciones vía internet que se pasarán a los operadores para que aporten soluciones pero, en general, no hay una respuesta eficaz ni un *feedback* para el usuario del servicio.

Aunque el seguimiento de su tarea vital, sea fijar objetivos y metas de las políticas públicas de regulación, en la práctica el sector de telecomunicaciones de Brasil representado esencialmente por la agencia reguladora, en la práctica no se ocupa de la eficacia del control público sobre el mercado brasileño que todavía requiere muchas investigaciones.

Aunque el propósito principal de este trabajo no sea profundizar en una investigación sobre los aspectos administrativos del funcionamiento de esa agencia reguladora, se puede resaltar aspectos prácticos de la política regulatória de las telecomunicaciones para demostrar que la poca eficiencia regulatória es sinónimo de la ausencia de manifestación eficaz y inmediata de la autoridad reguladora para solucionar cuestiones relevantes a la población, como mantener niveles mínimos de calidad y de regularidad del funcionamiento de los servicios. Eso significa que las respuestas urgentes de la Administración a los problemas esenciales del sistema de telecomunicaciones, también impide la mejora de las técnicas utilizadas por la agencia en la toma de decisiones regulatorias, principalmente en materia de innovación tecnológica y de infraestructuras.

¹⁹⁶ Artículo 34, de la Ley 9.472/97.

¹⁹⁷ Artículo 35, de la Ley 9.472/97.

¹⁹⁸ Una especie de auditor y defensor de los derechos de los usuarios.

La estabilización del mercado mediante la ampliación de la competitividad y la quiebra de monopolios privados se resume en este caso en la pérdida de poder de regulación. Todos estos aspectos tienen como consecuencia la fuerte tendencia a la vulnerabilidad de los derechos básicos de los usuarios, como veremos en más detalle en el próximo capítulo.

Para muchos países la lucha contra la inflación, el subdesarrollo y el atraso burocrático en las políticas sociales dirigido hacia las reformas son como una especie de defensa contra la recesión global y la inflación crónica y sistemática experimentada por gran parte de América Latina en los últimos cincuenta años. Como hemos visto, la esperanza en el desarrollo se depositó en el sector privado empresarial, responsable por el intento de rescate de la economía contra el intervencionismo público excesivo y el gran número de monopolios públicos, en desajuste con un modelo más firme y técnico de regulación.

Brasil, al igual que otros países endeudados de finales de los ochenta, debido a las circunstancias internas y la presión internacional a la que estaba sometido, se vio obligado a "tragar la píldora de las prescripciones del Consenso de Washington"¹⁹⁹, que en este caso significa tener que compartir un conjunto de medidas propuestas por el Gobierno de Estados Unidos, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

En este sentido, la solución contra la historia burocracia excesiva fue la reducción del aparato estatal, con medidas urgentes y extraordinarias en la lucha por la implantación rápida de un modelo de eficiencia en el proceso de la privatización de los sectores estratégicos de la economía. La ruptura, de la noche a la mañana, con el modelo de administración anterior, nos hace presentir las graves consecuencias del proceso de reformas, en el que todavía queda mucho por hacer. El plan maestro para las reformas brasileña de 1995 fue tan urgente y radical que se llevó a cabo con gran

¹⁹⁹ Proyecto político extendido por el mundo después de un encuentro realizado en Estados Unidos, en 1989, en el que se reunieron funcionarios del gobierno norteamericano, representantes de organismos financieros internacionales y economistas que al final formalizaron los siguientes puntos fundamentales: necesidad de disciplina fiscal, reducción de gastos y aumento de la recaudación, prioridad de los gastos públicos en educación, sanidad e infraestructura, reforma tributaria, con mayor peso en los impuestos indirectos y menor, progresivamente, en los directos, liberalización financiera, con amplia libertad para que los mercados internacionales actúen sin restricciones, liberalización del comercio exterior, privatización y venta de empresas estatales, reducción de legislaciones de control del proceso económico y de las relaciones laborales.

ímpetu y poca habilidad por parte del Estado, y estuvo acompañado de otras muchas medidas jurídicas²⁰⁰ y administrativas²⁰¹ para adaptarse al ambiente reformista. Al final, el resultado fue el Plan director para las reformas²⁰², el crearse en 1989 el MARE-Ministerio de Administración Federal y Reforma del Estado²⁰³, con el fin de mejorar la estructura de la Administración pública. Ese órgano sugiere la introducción de gestores profesionales en el Estado y la formación de la carrera de asesoramiento de alto nivel de funcionarios; también se suma a la creación de los organismos autónomos de regulación, incluyendo ejecutivos, además de la evaluación estructural de todas las funciones del Estado para determinar qué sectores deberían ser privatizados.

El proceso de privatización de las principales actividades económicas realizadas por las empresas públicas brasileñas se dio por concluido antes de que los organismos de regulación fueran creados para regular y controlar este proceso²⁰⁴.

En resumen, la liberación del sector de telecomunicaciones en Brasil refleja uno de los principales objetivos de la reforma del Estado, juntamente con el sector de la electricidad, aunque todavía no haya llegado a sectores estratégicos como el del petróleo. En realidad, el compromiso público no ha sido por las reformas regulatorias, la venta de las compañías públicas refleja principalmente el objetivo central del Estado de obtener beneficios con los resultados monetarios de las subastas.

²⁰⁰ Grau (2000:91), Grau (1998:97)

²⁰¹ La reforma del Estado no se ha limitado al proceso de *despublicatio*. Tales medidas estuvieron acompañadas de profundos cambios legislativos y administrativos, pero a largo plazo han incrementado el nivel de inseguridad social por la falta de equilibrio entre los intereses del mercado y los de la colectividad, sobre todo en países con bajos índices de desarrollo social.

²⁰² PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE BRASIL (1996).

http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/planti.htm.

²⁰³ MARE (1998).

²⁰⁴ Se expone a continuación una relación cronológica de las principales medidas gubernamentales en el período de implantación de las reformas del sistema de telecomunicaciones de Brasil:

- **Julio/95 - Enmienda Constitucional 8/95**
- **Julio/96-Ley mínima**
- **Abril/97-Subasta de la Banda B**
- **Julio/97-Ley General de Telecomunicaciones**
- **Noviembre/97-Creación de la ANATEL-Agencia nacional de telecomunicaciones**
- **Julio/98-Privatización del sistema**
- **Julio/99-Competición del Sistema de Larga Distancia**
- **Enero/00-Competición del Sistema Local**
- **Marzo/2001-Subastas de las Bandas C, D, E y Telefonía Móvil**

Para lo tanto, la propuesta inicial para las ventas ha estado acompañada de un incremento en las tarifas de los servicios con el fin de que las estatales sean más atractivas para los inversores internacionales. Los contratos iniciales con los operadores contenían como primer punto, conforme a PAULIANI (1998:45-55), la autorización de reajustes anuales, de acuerdo con los índices de inflación. Es decir, la liberalización ha tenido como prioridad los mercados más que las políticas de defensa de los derechos de los usuarios.

El diálogo entre los reguladores, la sociedad y el Poder Ejecutivo en la simplificación de los procedimientos administrativos, es esencial para que sean debatidos como punto de inflexión entre los intereses del sector y las necesidades sociales. La manera de actuar de los agentes reguladores deberá estar acompañada de la adopción de nuevos medios tecnológicos y de personal para ayudar a mejorar la evaluación del sistema, que no depende solamente de los instrumentos normativos de regulación.

Por lo tanto, además de aumentar el acceso a la información, los reguladores tendrán que recomendar las buenas prácticas empresariales, preservando la reputación del mercado de los servicios de interés general. La eficiente habilidad de las agencias prescinde de un análisis detallado del mercado con un acceso más fácil a los datos facilitados por los operadores y que sean creíbles. Hacer transparente la regulación del mercado da una mayor credibilidad al servicio tanto para los usuarios como para los operadores del sistema.

IV.4.2 El contexto regulatorio español

En España, también corresponde al Estado la legislación exclusiva sobre las redes de telecomunicaciones²⁰⁵, cable y radiocomunicación. Su desarrollo nace de los preceptos contenidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución Española de 1978.

La formación de un marco regulatorio estable para fomentar las bases de la ruptura con los monopolios del sector, el despliegue de la red, ha tenido como principal

²⁰⁵ De acuerdo con la Directiva de los servicios de la Comisión Europea 90/388/CEE, la red de telecomunicaciones es la infraestructura pública que permite la transmisión de señales entre terminales de redes definidas, o por cable, ondas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos.

reto la eliminación de barreras históricas entre diferentes sistemas normativos en Europa, exigiendo los formación de una política convergente en materia de comunicaciones electrónicas, común y universal.

La Comunidad Europea inicia en 1984 el Programa de Acción Comunitaria al establecer las bases para la liberalización del sector de las telecomunicaciones. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) fueron creadas por mandato del Derecho Comunitario²⁰⁶ con el propósito de asegurar un marco común en materia de autorizaciones generales y de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

Esa realidad se ha consolidado con “el paquete de 2002”²⁰⁷, que establece la formación de un marco regulador armonizado para todas las redes²⁰⁸ y servicios de comunicaciones electrónicas en Europa²⁰⁹, conforme al artículo 3 de la Directiva 2002/21/CE, que define los principios y características básicas de independencia, imparcialidad y transparencia.

El marco regulador de las telecomunicaciones europeas se desarrolló a partir de la transformación de la estructura monopolística de los servicios públicos y los avances en todos los sectores hacia la liberalización gradual, lo que también permitió la apertura hacia los mercados internacionales, con la misión del Estado de incentivar la libre competencia.

²⁰⁶ Creadas por la Directiva 90/388/CEE, que en el artículo 7 ordena a los Estados miembros que procedan a su creación. El concepto de ANR establece la Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio de 1992 (relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas alquiladas) y la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997 (relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y de licencias individuales).

²⁰⁷ Donde se parte de la liberalización ya realizada para formar un modelo completo contenido en las Directivas: a la de autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (*Directiva de autorización*); la Directiva relativa al acceso de las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (*Directiva de Acceso*); la Directiva relativa al servicio universal (*Directiva del servicio universal*); la Directiva relativa al tratamiento de los datos personales (*Directiva de intimidad y comunicaciones electrónicas*).

²⁰⁸ Aclara ese panorama Quadra-Salcedo & Del Castillo (2003:16-21), cuando comentan que ese proceso histórico ha sido largo, y, a principio a contado con el rechazo de muchos países en promocionaren al cambio. En el principio no abarcaba servicios y elementos muy importantes para el mercado, pero también ha generado una cierta inflación normativa comunitaria, con carácter acumulativo y problemático, lo que ha necesitado una reducción cantitativa con el tiempo, en normativas apartadas y específicas.

²⁰⁹ Pablo (1998:74) advierte que con la existencia de multiples redes, a partir de la liberalización de infraestructuras, hubo el abandono de la idea de monopolios y exclusividad, pero, además nacieran muchos problemas inherentes a los derechos de interconexión entre operadoras y la presencia de nuevas empresas entrantes que deberían actuar con las redes ya existentes.

En el caso de las comunicaciones vía satélite, de fibra óptica, así como la telefonía móvil, las primeras aproximaciones de estos servicios han sido posibles ya bajo el libre mercado de operadores privados. Más allá de la perspectiva de regulación, el progreso tecnológico solidificó las bases para la economía de mercado. Es decir, el análisis sobre la privatización del sector, después de más de diez años del inicio del proceso, nos hace concluir que esas medidas no han sido una opción entre el deficitario y el rentable, pero a partir de los hechos se hizo posible la construcción de un mercado renovado. La búsqueda de la competitividad ha transformado la naturaleza del sector, con consecuencias sobre los cambios tecnológicos.

Sin embargo, el inicio de la transición ha sido tormentoso en algunos países, como es el caso de Brasil, pero en España esa fase estuvo marcada por la estabilidad, con medidas más sistemáticas y coherentes con los objetivos de las reformas. Esa es, por lo tanto, una de las razones por las que la necesidad de convergencia legislativa comunitaria ha facilitado que la sociedad española en general asimilase con más rapidez todos estos cambios.

Esa realidad contrasta con distintas experiencias muy relevantes en varios países²¹⁰. La principal referencia entre ellos es que hubo una aproximación histórica con el fenómeno de las liberalizaciones entre casi todos los mercados de telefonía en el mundo. Así pues, la privatización hizo posible, en primer lugar, la separación de los servicios y las infraestructuras; además llevó a la reducción de los costes operativos de los servicios públicos mediante la transferencia del impacto de las inversiones al sector privado. Por otro lado, la lucha por la competencia atrajo nuevos inversores, ampliando muy rápidamente los efectos de la tecnología sobre los servicios.

En el período de transición inicial, con las empresas compartiendo una red heredada de la época de los monopolios anteriores, el impulso comunitario sirvió para que Europa sobrepasara el mercado de Estado Unidos, pero, según De la Quadra

²¹⁰ Citamos como ejemplo la experiencia de Estado Unidos, teniendo por base el mismo sector de telecomunicaciones donde, en una decisión ilustrativa ocurrida en 1975, la Federal Communications Commission, es decir, la agencia federal norteamericana actuó en el caso Specialized Common Carrier Service, cuando la empresa AT&T prestaba servicio como operadora dominante y estaba iniciando el proceso de adaptación a las nuevas tecnologías y retrasó deliberadamente el proceso con el fin de recuperar las inversiones realizadas. A posteriori, en 1984, por determinación de la propia FCC se produjo la disyunción de la misma AT&T en siete compañías independientes, pasando cada una de ellas a ser la encargada de realizar actividades en áreas geográficas independientes, las llamadas "Baby Bells", con la consecuente liberalización del segmento de larga distancia. Puede consultarse al respecto Esteve Pardo (2009:324) y, Stone (1998).

(2009), el éxito de la telefonía GSM llevó a una política de progreso con respecto a la telefonía de tercera generación. Hoy día parece poco probable que los entes reguladores tengan tanto poder para modificar los mercados porque la autonomía tecnológica camina más deprisa que los actuales marcos reguladores.

Por lo tanto, la función reguladora de la Administración en el mercado liberalizado depende, en última instancia, de la potestad reglamentaria de las comisiones independientes y ésta deriva de la legitimidad original del Poder Ejecutivo. Es decir, al fijar el marco normativo de actuación dentro del reglamento en el que se introducen las competencias, las comisiones y agencias podrán salvaguardar, de modo concreto, la libre competencia, pero evitando la inseguridad jurídica que resultaría de mantener los mercados bajo la tutela de meros preceptos generales.

Como complemento ideal del desplazamiento de los servicios de interés general hacia la mejora de la eficiencia, la lucha contra la burocracia estatal debería estar favorecida por una mayor agilidad en las decisiones administrativas hacia los mercados. De ahí que el fácil acceso a una mayor fuente de información sobre el funcionamiento de los servicios y redes, después de su liberalización, sea un elemento esencial, además de un gran desafío para la legislación europea.

Para lograr los resultados esperados, la Directiva marco ha sido cambiada²¹¹ para unir una normativa horizontal al conjunto de las infraestructuras, incluyendo la telefonía vocal fija, las comunicaciones móviles y de banda ancha y la televisión por cable y por satélite. En ese sentido, para fomentar la competencia y como misión de carácter general, las ANR²¹² deberán velar por la defensa de los usuarios, objetivando

²¹¹ Directiva 2009/140, de 18 de diciembre de 2009, Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y a los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

²¹² La Directiva marco 2002/21/CE fija las misiones de las denominadas Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR), instaurando una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Unión. Además, más recientemente, para garantizar una mayor seguridad de la regulación, la Comisión Europea a través de la Recomendación 2010/572, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de nueva generación, se refiere al objetivo de mejorar la coherencia de los enfoques reguladores adoptados por las ANR, elaborar medidas correctivas para dar respuestas a los retos que plantea la transición de redes de cobre a las de fibra. Informa además que es extremadamente importante que las autoridades reguladoras proporcionen seguridad jurídica a todas las empresas inversoras. Procede facilitar orientaciones a las ANR a fin de impedir inoportunas divergencias en los enfoques reguladores.

proporcionarles el máximo beneficio en elección, precio y calidad; además deben promover un uso eficiente y una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración, fomentar el establecimiento y desarrollo de las redes transeuropeas y la interoperabilidad de los servicios panaeuropeos, cooperando mutuamente y con la Comisión Europea y el ORECE para el desarrollo de prácticas reglamentarias coherentes y aplicar como corresponde el nuevo marco del sector de las telecomunicaciones.

Algunos componentes han sido relevantes en el modelo europeo para la mejora en los servicios, con los objetivos de eficiencia y racionalización de los recursos invertidos, una mejor gestión, la innovación tecnológica y un amplio abanico de posibilidades de servicios prestados por el sector de telecomunicaciones. Así, la mejora en la forma de financiación del sistema favoreció la madurez de los negocios y la estabilidad institucional. El modelo aportó credibilidad al sistema, generando más inversiones privadas y dando un impulso eficaz a la competitividad como el más importante motor del crecimiento económico. Es notable la propulsión de las telecomunicaciones después de que la Comisión Europea declarara éste como uno de los servicios públicos de interés general y pilar fundamental para el desarrollo del modelo común europeo de sociedad.

Dentro del papel que deben cumplir las autoridades nacionales, la CMT ejerce las funciones públicas que le son atribuidas, con autonomía orgánica, funcional y económica²¹³. Es el organismo sectorial español en materia de telecomunicaciones con más independencia con relación a la creación de instrumentos normativos de derecho interno, si bien los organismos reguladores de otros países comunitarios, como resaltan Sánchez Blanco & Pere Soler (2009:222) tienen alcances distintos de sus competencias.

Europa decidió incorporar un sistema de protección de los derechos de los consumidores y usuarios con mucha más fuerza a través del compromiso comunitario de lograr el estímulo de sus ciudadanos, el derecho universal de acceso a los servicios a precios asequibles, con la seguridad material y la protección de la continuidad y

²¹³ Apartados 4, 9 y 14 del artículo 48, de la Ley 32/2003.

transparencia mejorada gracias a la mayor transparencia y acceso a la información²¹⁴ prestada por los operadores.

Esa política universalizante seguida por los países comunitarios hizo que, en primer lugar, se creara una autoridad reguladora independiente en cada Estado, dotada de potestad para imponer sanciones administrativas al sector. Por otra parte, eso permite la representación y participación activa de los consumidores y usuarios en desarrollo evolutivo de cada prestación.

Por lo tanto, existen los organismos reguladores, con poder autónomo, la propia Comisión Europea y las autoridades nacionales de reglamentación. Sin embargo, se producen contradicciones entre ellos que desfavorecen la formación de un marco estable de regulación positiva e impulsora del sector, sobre todo por la necesidad de permanente reforma para adaptar el marco a las modificaciones indispensables. Para De la Cuétara (2009:674) esa realidad actual no significa un cambio de modelo sino un perfeccionamiento del existente. Eso es posible por las distintas formas de actuar a través de múltiples políticas sobre el espectro radioeléctrico, desvinculándolo de concretas tecnologías o de concretos servicios.

La declarada estrategia de ayudas a las compañías sometidas a políticas de tarifas controladas, en algunos casos insuficientes para controlar el sistema, genera un profundo alejamiento entre las políticas de liberalización, incentivadas por las directivas comunitarias y el avance de las redes de nueva generación en el mercado.

La preservación de las huellas de las prácticas administrativas discrecionales en algunos países deriva de su propia reserva de soberanía que, además colisionaría con la apuesta por la innovación tecnológica y el desarrollo estratégico de las telecomunicaciones de esos países comunitarios.

Los fallos principales surgen muchas veces, de la sencillez de las políticas públicas para establecer condiciones y precios²¹⁵ que incentiven las inversiones con

²¹⁴ La definición de lo que son las obligaciones específicas de cada servicio univesarl representó algo esencial dentro del marco del proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones, según los términos del apartado 39 de los Servicios de interés general de Europa. Bruselas, 2000.(COM 2000)580final.

nuevos entrantes en mercados ya consolidados, lo que además incrementa la inseguridad respecto a los niveles de progreso en la eficacia de la neutralidad y separación funcional del sector, hoy en permanente cambio. Además, el compromiso con la innovación y el desarrollo estratégico no alcanza los objetivos debido a la falta de políticas públicas que establezcan las condiciones y precios que estimulen la inversión, aunque esa situación de incertidumbres favorece la permanente necesidad de ajustes propios de la madurez que conlleva el paso del tiempo y de las vivencias experimentadas.

El progreso de las telecomunicaciones en Europa se inició con la STJCE de 20 de marzo de 1985 (British Telecomunicaciones) y con el Libro Verde de las Telecomunicaciones, publicado el 30 de junio 1987 por la Comisión Europea. Así, al inicio con carácter consultivo se incorporaron los principios fundamentales para la liberalización y armonización del sector, ejecutando una transición profunda y silenciosa²¹⁶ hacia una nueva dimensión social del proceso económico en un sector donde la liberalización ha sido la más amplia, con excepción de la supremacía del Derecho comunitario, cuyas disposiciones se aplican con preferencia sobre las normativas nacionales²¹⁷.

También hay que considerar los objetivos que se pretende alcanzar a partir de la normativa regulatoria, que es distinta en cada país y que va dirigida a cada sector especializado, lo que puede generar una situación concreta de predominio de monopolios o de gestión compartida entre los sectores público y privado con un bajo nivel de consolidación de normas de incentivo a la libertad de plena competencia

²¹⁵ Laguna De Paz (2007:239): el procedimiento de *Price cap* que supone una alternativa al establecimiento de cada precio por parte de la Administración, fue incorporado en España, en el año 2000, para determinar un conjunto amplio de servicios minoristas del operador dominante (telefónica). En el año de 2006 la CMT concluyó que el número de cuotas del mercado de telefónica correspondía a un 72% del mercado, y la proliferación de ofertas en paquetes de voz y datos eran caras con respecto a otros países europeos, pero difícilmente serían rebajadas porque había un flagrante estrechamiento de márgenes que se subordinaban al propio criterio del regulador. En julio de 2007, la CE sancionó a Telefónica de España teniendo como cauce el estrechamiento de márgenes. Es decir, la fuerte cuota del mercado y su favorecimiento penaliza los demás competidores en detrimento de los dominantes.

²¹⁶ Expresión de Ariño Ortiz & De La Cuétera (2003:33)

²¹⁷ Conforme comunicación de la Comisión europea en la cual establece las Diretrices relativas al "concepto de efecto" sobre el comercio, contenido en los artículos 81 y 82TCE, DO C n.101, de 27 de abril de 2004. Laguna De Paz (2010:582) en este sentido, entiende que está estendida la aplicación de la doctrina de los efectos (effects doctrine) en la cual se permite a las autoridades comunitarias reaccionar frente a actuaciones empresariales que traigan efectos en su propio territorio, con independencias del país del establecimiento o de donde se desarrollen prácticas anticompetitivas.

En el modelo de la UE, los objetivos principales conseguirán la eliminación de las primeras barreras tecnológicas entre las distintas redes que se encuentran en los países comunitarios, así como la implantación de un régimen de competitividad entre distintos operadores y en todos los servicios de telecomunicaciones, fijos y móviles. Para ello, la Comisión Europea sacó en 1990 un segundo *Libro Verde* que trata más específicamente el tema de las comunicaciones por satélite²¹⁸ y propone la liberación completa de las infraestructuras terrestres. Ese cambio ha permitido el acceso libre y la libertad comercial para los proveedores con el objetivo de disponer de las condiciones necesarias para la armonización del mercado, facilitando la prestación de servicios a escala europea, muchos de ellos ya producto de una innovación tecnológica profunda anterior.

Las constituciones europeas, así como las de América Latina de los años 90, han dejado de representar un obstáculo legal para la delegación de competencias normativas a entidades independientes. Su ordenanza y la redistribución de las capacidades administrativas han sido determinantes en la liberalización del sector de las telecomunicaciones, ya casi concluida.

En Europa la etapa de armonización de la legislación bajo los hitos establecidos por la liberalización de los mercados se inició en el año de 1998²¹⁹. Sin embargo, en el Derecho Español la defensa de la competencia no estaba entre las materias expresamente reservadas al Estado por determinación del artículo 149.1 de la Constitución, lo que hizo que por determinación comunitaria el país tuviera que aplicar reglas sobre la descentralización y defensa de la competencia.

Por eso la liberalización de los mercados de terminales de comunicaciones en España sólo se produjo con el Real Decreto 303/1991 de 8 de marzo de 1991, cuando la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, de 13 de febrero de 1990, confirmó plenamente la legitimidad de la Directiva respecto a la eliminación de los derechos exclusivos. Para Laguna de Paz (1995) esas primeras Directivas y las que siguieron, establecieron un sistema de control comunitario de regulaciones.

²¹⁸ COM(90)450final

La existencia de comisiones independientes significó la creación de un instrumento normativo que aportó flexibilidad y libertad a los servicios de las múltiples operadoras pero que también fue responsable por mantener un enlace de estabilidad y de seguridad entre la administración pública y las empresas privadas, Al conservar las potestades normativas se puede lograr mayor eficacia funcional en la labor de las comisiones

La manifestación explícita de esta división de funciones asocia la obediencia de los operadores a la vigilancia de los reguladores como instrumento de garantía de los objetivos públicos. De hecho, la integración europea para los servicios de comunicaciones electrónicas ha contado con las comisiones de regulación de los países para que respondan por el sistema de regulación²²⁰.

La Comisión Europea, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de España –CMT²²¹, y el Servicio de Defensa de la Competencia - SDC son los órganos que actuando en conjunto, en ejercicio de sus funciones reglamentarias, empezaron a facilitar la aplicación del marco europeo al mercado español de telecomunicaciones. De ahí que esa concentración fuera una alternativa eficaz de regulación basada en resultados satisfactorios en la aplicación de la norma europea sobre la calidad de prestaciones, la cantidad de servicios y los ajustes de precios y tarifas .Otra medida fue establecer condiciones para prevenir comportamientos no competitivos, y fijar aspectos económicos de la operación e interconexión de transporte y conceder permisos de operación y de servicios de inspección.

La Ley general de telecomunicaciones (Ley 32/2003) establece en el artículo 46 la composición de la Administración de las Telecomunicaciones en España²²², formada

²²⁰ OSA (2001:70) comenta que no se puede hablar de la existencia de un sistema de regulación comunitario y solamente de un marco legislativo porque en Europa no existía un órgano regulador europeo. Se ha discutido mucho sobre la posibilidad de creación de un órgano regulatorio en el modelo del sistema norteamericano, aunque ni siquiera en las sucesivas revisiones sobre la materia se incluye la posibilidad de creación de una institución que se le parezca.

²²¹ Creada por el Real Decreto-Ley 6/1996 y la posterior Ley 12/1997, con el objetivo de acomodar la legislación española a la normativa comunitaria europea y constituir un órgano independiente encargado de velar por la aplicación en los mercados de telecomunicaciones españoles de los principios de la libre competencia, transparencia e igualdad de trato de los operadores. También se rige por el Texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, de 20 de diciembre de 2007.

²²² Aunque desde la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) 31/1987, de 18 de diciembre, hubo la necesidad de establecer un marco jurídico básico para el sector, como actividad esencial y de titularidad estatal, reservado al poder público.

por el Gobierno, los órganos superiores y directivos del Ministerio de Ciencia y Tecnología (ahora Industria, Turismo y Comercio), los órganos superiores y directivos del Ministerio de Economía (Ministerio de Economía y Hacienda), la CMT, y la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones (que hasta estas fechas no se ha constituido). La misma ley regula la naturaleza jurídica y las funciones de la CMT (art.46) como el establecimiento y la supervisión de las obligaciones específicas de los operadores y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, además de la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos. Sin duda la CMT está investida de la potestad reglamentaria²²³ necesaria, desde su creación por el Real Decreto-Ley 6/1996 y por la Ley 12/1997 de 24 de abril, hasta la completa liberalización de las telecomunicaciones en España. Su mayor reto, con base en el Informe Anual de la CMT para el año de 2007²²⁴, según la interpretación de Sánchez Blanco (2009:189), es establecer unas adecuadas decisiones regulatorias dirigidas a disciplinar el despliegue de los operadores de las nuevas redes de fibra óptica y el acceso a las mismas.

En el campo de la defensa de los usuarios, es función primordial de la CMT²²⁵ servir de árbitro entre los operadores, promover la concesión de los títulos y, sobre todo, vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los servicios de interés general, la identificación de los operadores, la adopción de medidas para garantizar la efectiva competencia, la presentación de informes sobre tarifas propuestas, establecer los precios máximos de interconexión en el ejercicio público de la potestad sancionadora, etc. Por lo tanto, la CMT tiene una responsabilidad precedente en todos los aspectos del mercado de las telecomunicaciones y para ajustar el mercado a la libre competencia, tanto en infraestructuras como en servicios. Podrá intervenir en las relaciones entre entidades privadas y con relativa competencia ante la administración del Estado, pero con funciones que la distinguen de un mero órgano de dirección, en la medida en que no posee legitimación para definir finalidades y cambiar medios para la realización de sus acciones. Es decir, significa un *modus operandi* de intervención pública, coordinada con las funciones desempeñadas por el Tribunal de defensa de la competencia.

²²³ Pablo (2000:2894)

²²⁴ www.cmt.es

²²⁵ La Ley 32/2003, ha derogado la Ley 12/1997, que trató de la liberalización de los servicios de telecomunicaciones en España, la cual, con la Ley 11/1999 (Ley General de Telecomunicaciones) ha pasado a regular el mercado.

En este sentido, la capacidad variable de la administración del Estado también debe considerar el nivel de intervención prestada por todos los demás actores estatales y sociales involucrados en el funcionamiento de un determinado programa o tarea específica. Es decir, la estructura resultante del entorno de las políticas públicas hacia los mercados determina la efectividad de los sistemas regulatorios. No podría ser distinto con el sector de las comunicaciones en Europa. Aunque en la práctica los organismos o comisiones independientes no sean los protagonistas principales, sin duda son esenciales para el control y la estabilidad del sistema.

Al hacerse cargo de todos los aspectos relevantes para el mercado de la libre competencia, corresponde a la CMT preservar el conjunto de relaciones con los operadores privados, con una jerarquía inspectora sobre los mercados.

Los problemas asociados a la regulación son en gran parte mutantes²²⁶, como han puesto de manifiesto los casi veinte años de cambios y adaptaciones normativas, y su carácter dinámico, como resultado de la construcción de realidades objetivas. Pero, sobre todo, provienen de la red de intereses de los agentes reguladores, especialmente en las entidades reguladas que se mueven con bastante facilidad en el campo de las políticas internas de cada país. Sea como fuere, los que tienen más poder de negociación asumen el liderazgo del mercado y tienen capacidad real de imponer sus valores e intereses, que influyen en las decisiones sobre las políticas reguladoras.

También hay que señalar que los reguladores no son capaces de introducir instrumentos hábiles para incitar a la competencia²²⁷, y mucho menos en actividades relacionadas con las grandes infraestructuras (*network industries*). La competencia surge de forma espontánea, al amparo de las normas liberalizantes²²⁸. El poder reglamentario y la actuación de las comisiones tiene como consecuencia el logro de los objetivos de la regulación: controlar el funcionamiento y la calidad del servicio, autorizar prácticas empresariales y realizar actos administrativos que no limiten la libertad de comportamiento, ni siquiera la autorización de nuevos entrantes en los mercados en

²²⁶ Prevé el artículo 24 de la LGT(Es) que, como regla, existe la libre prestación de los servicios, pero el regulador puede imponer deberes que generen prestaciones obligatorias y que, por otra parte, la calificación de operador dominante hace que el empresario así calificado esté obligado a facilitar el acceso a sus redes, en condiciones objetivas y no discriminatorias a todos los usuarios y demás prestadores de servicios de telecomunicaciones que los soliciten.

²²⁷ Fernández Ordóñez(2000:123).

²²⁸ Laguna De Paz (2010:313).

general. La regulación sectorial, por lo tanto, asume una tarea primordial de promocionar y salvaguardar la competencia²²⁹.

Resulta creíble que las claves para el funcionamiento de los mercados están en la independencia efectiva de las comisiones regulatorias, a través de las cuales es posible crear un sistema de regulación con unidad y coherencia que permita un progreso tecnológico óptimo. Hoy por hoy, los retos vienen marcados por el gran desarrollo de las redes y la dificultad para regularlas al mismo ritmo de su evolución, y, además los derechos de los usuarios parecen ser más vulnerables con el despliegue de las redes de nueva generación. La condición primordial para la mejora de la labor técnica de los reguladores²³⁰ las vuelve más eficientes gracias a las experiencias de los últimos años, a la madurez de los operadores privados y al avance de las políticas de defensa de la competencia; también aseguran a los consumidores una mayor atención del conjunto de sus reivindicaciones más necesarias y reincidentes. Además, en la definición de los medios de financiación de nuevas inversiones privadas el papel de la comisión es capital²³¹.

Como hemos visto, las comisiones y agencias jamás dejaron de tener un *status* de órgano político, lo que les exige, debido al poder que detentan, posicionarse fuera del mercado, pero en un lugar estratégico sobre él.

Los actos de la Administración central muchas veces impositivos y discrecionales van en contra de los criterios técnicos que dan prioridad a la oferta de servicios²³², pero la regulación de la Ley General de Telecomunicaciones de España ha conseguido ajustar el modelo de los agentes reguladores a los objetivos de liberalización. En opinión de Fernando Marcos (2003), esto se basa preferentemente en la simplificación de los trámites administrativos para el ingreso de nuevos operadores, en la vigilancia

²²⁹ Strel (2003:496).

²³⁰ Varas-Ibáñez (2001:138-140), aclara respecto a la Ley General de Telecomunicaciones de España que los servicios de telecomunicaciones son de interés general y que se prestan en régimen de libre competencia, así que lo que persigue es garantizar la protección del interés general en el mercado liberalizado.

²³¹ Vease al respecto Pablo (2000:2888).

²³² Cornejo (1995): en el caso norteamericano se observa que las agencias se reservan un mayor poder de decisión, con independencia respecto al Poder ejecutivo, cuya organización administrativa está basada en la descentralización efectiva de sus funciones y ejercen sus atribuciones propias de acciones previamente reguladas. Por su parte en Gran Bretaña existe un grado menos relevante de discrecionalidad ya que las agencias solamente poseen autonomía funcional, estando sujetas a una mayor dependencia gubernamental.

de la libre competencia y en el papel del órgano de regulación que procederá a analizar periódicamente los mecanismos del mercado.

Además de intervenir en los contenidos, la regulación se apoya en los medios de articulación entre el regulador y las empresas reguladas. Las consecuencias del nuevo régimen en Europa supusieron la supresión de las licencias individuales y autorizaciones generales como condición jurídica para asegurar un título de calificación de la actividad. En este caso, se pierde la categoría de actos administrativos. Esta restricción se impone como una especie de base jurídica que garantiza, a menudo, una regulación que fomente la competencia en detrimento de los intereses particulares de ciertas entidades reguladas.

Ese diseño tiene como objetivo evitar los procesos de captura²³³ de las entidades reguladoras por parte de los operadores, debido al pleno ejercicio de la supremacía económica y del dominio de la tecnología en manos empresariales que oponen resistencia a las acciones de los organismos y comisiones.

Se suma a ese escenario el déficit de información²³⁴ sufrida por los organismos reguladores y, por otro lado, el conocimiento privilegiado de los profesionales del mercado en la gestión de activos de infraestructura y de tecnología que de alguna manera puede reprimir la entrada de nuevos competidores, expulsar otros del mercado o, incluso, impedir la libre competencia.

²³³ Stiglitz (1986). Señal utilizada por primera vez por Bernstein y alertada por otros economistas pertenecientes a la “escuela de Chicago”. Algo que la OCDE (1999) reconoció en este aspecto es que las autoridades regulatorias sectoriales están más capacitadas, en comparación con las autoridades de competencia, debido a la experiencia que acumulan y a que parecen estar mejor situadas para proteger la competencia frente a las conductas anticompetitivas de los operadores privados

²³⁴ Ariño (2000:35-53) advierte que si no hay autoridad independiente, la legitimidad de la agencia se verá constantemente amenazada y acabará naufragando. Esto significa que toda transición en dirección a la libre competencia exige mayor dosis de regulación pero, en todo caso, las medidas adoptadas deberán ser transparentes para que no induzcan a la incertidumbre regulatoria al ser asumidas por los agentes, para que se les permitan su adaptación individualizada y sean una garantía de la continuación del proceso de inversión. Coherentes con el modelo competitivo, con una regulación promotora y no discriminatoria de la competencia, surge de ahí la necesidad crucial de este proceso de lucha por la existencia de una autoridad reguladora independiente. La transparencia informativa parece ser, hasta ahora, *conditio sine qua non* para una correcta regulación mediante la eliminación de subvenciones cruzadas entre distintos servicios realizados entre los operadores de comunicaciones, siendo, “la red, la clave del mercado”.

En cuanto a los destinatarios de los servicios, los daños provocados no derivan tanto del desconocimiento del funcionamiento del sistema sino por la falta de información sobre sus derechos y obligaciones. A esto hay que sumar la imposibilidad de elegir un proveedor en particular o incluso otras formas disponibles para contrastar mejor las ofertas ocasionando una serie de demandas individuales o colectivas en contra de las operadoras de telefonía y sus segmentos.

Siguiendo esa tendencia global de la protección de las organizaciones colectivas y de defensa individual a favor de los consumidores y usuarios, la celebración periódica de audiencias públicas para "asesorar a la población" y "mediar en las quejas", es un procedimiento informal pero que ofrece resultados concretos, pues es una forma de evaluar la eficacia de estos servicios, además de servir también como una especie de mecanismo de control a disposición de la administración pública. Por lo tanto, el nivel de acción de las entidades privadas puede estimular o no ese control, reduciendo o intensificando las barreras a la competitividad y a la innovación en las telecomunicaciones, pero esencialmente influye en las decisiones sobre políticas reguladoras.

Para la configuración de un entorno de mercado liberalizado favorable a la libre competencia, la política legislativa diseminada por la Comunidad europea deja claro que es esencial la desintegración vertical de las actividades competitivas y no competitivas, distinguiendo entre las diversas fases del seguimiento de las telecomunicaciones como las infraestructuras, instalaciones y servicios. Ese procedimiento autoriza no sólo la aplicación de un régimen jurídico diferente a cada uno de ellos, sino que también tiene más probabilidades de conservar las metas implícitas de los objetivos de regularidad y universalidad, así como facilitar la misión de control, como misión directa, obligatoria y definitiva de los poderes públicos²³⁵.

²³⁵ En este sentido, los artículos 2 y 5 de la Ley General de Telecomunicaciones de España menciona expresamente que las telecomunicaciones como servicios de interés general se prestan en régimen de competencia y se caracterizan por la liberalización del sector, que solamente mantienen la consideración de servicios públicos reservados a las redes, servicios, instalaciones y equipos de telecomunicaciones los que desarrollen actividades esenciales para la defensa nacional e integren los medios destinados a ella. En todos los demás casos, los títulos habilitantes para realizar la actividad serán simplemente una autorización administrativa o mero acto administrativo que compruebe la existencia de competencia para la realización de esta actividad. Y, según los artículos 18.3 y 55.3 de la CE los operadores de telecomunicaciones deben garantizar, mediante la adopción de medidas técnicas, el derecho constitucional al secreto de comunicaciones (artículo 49 de la LGTEs).

La reciente experiencia de la privatización de los servicios públicos demuestra que la aplicación del concepto tradicional de las reglas de propiedad de los servicios universales de las entidades privadas distorsiona el perfil competitivo del mercado; es decir, impide la posibilidad real de división de atribuciones propias y distintas entre los proveedores de servicios. La existencia de pocos competidores hace que sean los dueños de la transmisión y responsables por la creación de redes; además son los que fijan los precios y estipulan los niveles del estado de la competencia, simulando o no los costes de las prestaciones, alejando cualquier posibilidad de un eficaz control público.

La regulación total de estas actividades hace que esten más controladas, lo que no ocurre cuando el regulador no establece previamente los servicios que corresponden a cada competidor. La ausencia de estipulación de derechos fijados previamente sobre una explotación determinada, con determinación de plazos y precio, en las fases iniciales a la liberalización, también han servido de estímulo para la competencia.

En un primer momento, el mercado no genera competitividad, y eso se ha ocurrido tanto en España como en otros países. En resumen, en las primeras etapas de liberalización, los conceptos de libertad en el mercado carecían de sentido porque no existía una tradición jurídica o práctica en el concentrado sector de los servicios económicos bajo monopolios estatales.

Hoy por hoy, estos servicios ya se han incorporado al conjunto de actividades empresariales, confundándose muchas veces con categorías que no se ajustan siquiera a regímenes de autorización administrativa, aunque después de la liberalización muy poco ha quedado de las antiguas obligaciones de los servicios públicos.

El Estado es el encargado de fijar esos parámetros de libre competición so pena de que los servicios de interés económico se sometan solamente a las características de las actividades reglamentadas, lo que elimina la carga de responsabilidad administrativa para el cumplimiento de los objetivos de interés general²³⁶ y de las obligaciones impuestas a cada prestación. Estos criterios estan basados en márgenes

²³⁶ El Libro Verde de infraestructuras COM (94)682final, de 25/01/1995, dice en la segunda parte que, después de la liberalización, el servicio universal se mantendrá como una de las principales exigencias políticas en la Unión Europea. Es decir, basado en este principio la UE elaboró una propuesta de directiva, COM (95)379final, de 19/2007, en la cual se pronuncia sobre los deberes de financiación y mantenimiento universal de servicios.

esenciales y comunes a todos los servicios públicos liberalizados, es decir, objetividad, universalidad y no discriminación.

En efecto, tanto la normativa comunitaria como la Ley General de Telecomunicaciones han transformado esta categoría de servicios en actividades de interés general, imponiendo una serie de cargas para el operador afectado, como la no discriminación y la igualdad de condiciones en la prestación de los servicios. Lo mismo ocurre con los principios de transparencia, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad, permanencia y calidad, cuyo control del cumplimiento de estas obligaciones sigue a cargo de la comisión del mercado de telecomunicaciones.

En resumen, la globalización, un proceso masivo e integrador, ha promovido la aproximación de legislaciones haciendo que los dos grandes sistemas jurídicos de Brasil y de España permitieran el surgimiento de nuevos fenómenos mediante la participación de empresas privadas en el mercado de las telecomunicaciones, despejando por completo el pragmatismo de los Estados Unidos respecto a la imposibilidad de que las actividades económicas puedan estar suficientemente controladas bajo la obligación de defender el bienestar del ciudadano.

V LAS REFORMAS Y TRANSFORMACIÓN ALCANZADAS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES: PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS USUÁRIOS

Según Muñoz Machado (2001:90), la función reguladora, más amplia que la simple facultad de producir normas, se extendió más allá del control exclusivo de los excedentes económicos para ofrecer una nueva perspectiva de la Administración Pública. Ha servido como una especie de artificio al servicio del conjunto de prácticas jurídicas, técnicas y de decisión para la defensa de los servicios universales.

Desde el punto de vista de los usuarios, el desarrollo de nuevas tecnologías en la evolución de los derechos de acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas impulsó la progresiva ampliación de la regulación normativa vigente en Europa, pero la legislación de Brasil avanzó muy poco desde el surgimiento de la Ley General de Telecomunicaciones.

Hemos visto que la teoría de la regulación económica ha adquirido otro sentido a partir de la liberalización de sectores como el de las comunicaciones electrónicas. La progresiva ampliación de regulación nos indica una tendencia muy marcante en el sector, así como la ampliación de los servicios a partir de las transformaciones sufridas en las redes de nuevas generaciones.

El presente capítulo está estructurado a partir de la perspectiva de las nuevas estrategias normativas y administrativas más recientes sobre las formas de intervención de los agentes reguladores en defensa de los usuarios. Además se intenta explicar la posición que ocupa en la actualidad la agencia de regulación brasileña en la mejora de las relaciones entre los operadores y los usuarios.

En el marco teórico y metodológico de este trabajo se puso de relieve que la evolución de las comunicaciones electrónicas²³⁷ es el principal fenómeno derivado del proceso de privatización masiva de servicios públicos. Es decir, que es obvio el acercamiento entre la capacidad de gestión estatal y la regulación de los servicios privatizados como resultado de la integración de los principales sistemas jurídicos occidentales. Ese acondicionamiento proporcionó a la Administración Pública un plus

²³⁷ Sobre el tema véase Carrasco Pereira, Arroyo Jiménez Y, Mendonza (2005:185 y ss.)

de racionalidad y calidad, con un mayor protagonismo de los mercados económicos mediante la creación de agencias de regulación.

La lógica de la eficacia de la intervención pública ha tendido que cambiar para servir de apoyo a las decisiones sobre los servicios universales, sobre todo en la construcción de las nuevas redes de fibra óptica en la red de acceso o de cable, que requieren nuevas inversiones. El sector de la telefonía pasó por períodos con tendencia a un gran desarrollo, sobre todo hasta 2001 cuando, según Kats (2009) la industria entró en un ciclo recesivo a escala global y la tasa de crecimiento se desplomó entre un 8 y un 14%.

Con la explosión de la demanda, consecuencia del libre mercado y de la falta de competencia, se empezó a exigir más regulación, sobre todo para que el aumento de oferta en telefonía móvil y banda ancha también estuviera acompañado de más seguridad jurídica para los ciudadanos. Esa realidad fue paralela a la caída de consumo del sector de líneas fijas, fenómeno observado en todos los mercados, con reducción de ingresos en las compañías, y comprobada en el progreso de la redes de fibra óptica que favorecía la expansión de nuevas redes y precios más bajos de la telefonía móvil

Era inevitable que se produjera el desarrollo de políticas de atención a los sectores implicados, en lo que De la Cruz (2002:138) llama la regulación civil o institucional, incluyendo el reconocimiento y la definición de los derechos, más allá de la articulación de vías que faciliten el ejercicio y el establecimiento de sistemas de coacción para hacer cumplir esos derechos en caso de cualquier violación de los mismos.

De hecho, la calidad institucional se ha convertido en sinónimo de la capacidad de gestión estatal para administrar la inestabilidad cada vez más severa de los mercados, suponiendo que se trate de la propia naturaleza de la potestad de las entidades de regulación, responsables por cumplir con los objetivos de los intereses generales, esto es, mediante las tres ramas distintas de poderes identificadas por Lasheras (1999:16): establecer normas, supervisar su aplicación y resolver los conflictos.

Dentro de esta nueva dimensión de la regulación económica en dinámica evolutiva, las limitaciones a determinadas libertades de los empresarios no pueden

suponer la pérdida de poder de decisión de los mercados, estableciendo, por el contrario, una especie de intervención al servicio de la vigilancia. Esa nueva realidad justifica que se lleven a cabo acciones que aumentan la regulación y revisión del marco legal de las telecomunicaciones en muchos países, como una especie de intento del Estado de anticipar los comportamientos de los operadores de servicios. De ahí surge la necesidad de reflexionar sobre el nivel de seguridad de las redes a partir de las nuevas tendencias regulatorias y si estas van a ser necesarias para satisfacer las peticiones de protección de los consumidores-usuarios.

La dificultad para efectuar el control exige conocimientos técnicos especializados por parte de los órganos de regulación estatal, que también son los encargados de adaptar los nuevos marcos regulatorios y tecnológicos. Edificar la base de la protección de los derechos de los usuarios de los servicios esenciales implica que el Estado establezca cuáles son las obligaciones de los operadores de servicios ante el marco de las libres competencias sin perjudicar su carácter de servicio universal.

Con el desarrollo de los capítulos anteriores fue posible anticipar que las características institucionales básicas son, en definitiva, las zonas fronterizas entre un buen y un mal servicio. La realización eficiente o frágil de la conducta regulatoria puede generar mayor o menor responsabilidad de los organismos reguladores en sus diferentes grados de atención a los derechos de los consumidores y usuarios.

Después de trazar un paralelismo entre la liberalización de los servicios de telecomunicaciones y la misión de los reguladores, es posible destacar el desarrollo de una nueva asimetría entre la participación ciudadana y los procedimientos administrativos en vigor. La nueva perspectiva de la prestación de los servicios cambió la naturaleza de las relaciones entre los individuos y los prestadores de servicios, con la introducción de empresarios privados y la competitividad, lo que ha definido los nuevos rumbos de este fenómeno administrativo.

El enfoque en cuestiones como la eficiencia y la calidad de los servicios privatizados es la consecuencia del inquebrantable vínculo entre la naturaleza de actividades de interés social y el éxito económico siempre buscado por los operadores privados de esos servicios. Es decir, en las actividades de interés general esas características solamente existen cuando se establece un régimen jurídico de los

mercados. Por eso las nuevas características institucionales de los organismos llevaron a la elaboración de distintas formas de protección de los usuarios de estos servicios.

El derecho de todos los ciudadanos a tener un servicio de telefonía a un precio asequible, independientemente de la zona geográfica es, según Pablo (2003:2) un derecho universal. Aunque la gestión privada de estos servicios sea sólo una elección de un método de prestación determinada, no es el único posible para lograr la universalización de los servicios económicos. Para Sendín García (2003:59) no es tampoco irreversible. Por lo tanto, ante las innovadoras características del servicio y del régimen de gestión, las prestaciones de los servicios de telecomunicaciones no deben tener como principal objetivo la rentabilidad de los operadores, sino la atención a los derechos de los usuarios. Las actividades económicas no pueden romper con los elementos primordiales de su carácter esencial.

La experiencia con el funcionamiento de la nueva industria de las telecomunicaciones también adoptó una nueva perspectiva para que las administraciones públicas implementaran un nuevo método de regulación y tuvieran un papel en la protección de los consumidores, manteniendo en el orden del día la intervención pública.

No obstante, la protección de los usuarios no parece ser el único aspecto de la transformación del papel de las administraciones públicas. Los organismos independientes, especialmente las agencias y las comisiones, se ven duramente afectados por problemas de demandas futuras, lo que sugiere que la tendencia es la constante renovación de las líneas maestras para trazar las directrices de las futuras regulaciones. El tono principal de los mercados acarrea la eficiencia operativa de los reguladores pero también exige su mayor flexibilidad y celeridad en la toma de decisiones.

Así que a partir de ahora nos centraremos en algunos aspectos relevantes para desvelar la actual estructura de las telecomunicaciones en Brasil. Los efectos de la liberalización, con nuevos entrantes y operadores dominantes, son consecuencia del estricto vínculo entre los empresarios y la Administración. Esa realidad acentúa los problemas de la regulación. La presevación de los modelos tradicionales de los contratos de concesión pública (en lugar de las autorizaciones del modelo europeo) en

los moldes más tradicionales, señalan que todavía hay un excesiva intervención que limita la competencia; quizás por eso sea mayor la dificultad del Estado en preservar los intereses de la ciudadanía

La construcción del mercado de las telecomunicaciones refleja la madurez del regulador, lo que también afecta al sistema de competencia. Por lo tanto, el rendimiento de los órganos reguladores define e influye en los hábitos de los mercados y no solamente en la cadena de protección de los usuarios de estos servicios. Sin embargo, Betancor (2009:29) nos advierte de que los problemas de regulación no se resuelven con más regulación; además, esa solución se puede convertir en una carga arbitraria e injusta. Si la regulación es efectiva, la competitividad no se resiente del control normativo, que asume un verdadero punto de inflexión entre la plena garantía del cumplimiento de los objetivos de los servicios económicos de interés general y la delimitación del área de intervención pública sobre los mercados liberalizados.

Es cierto que la disminución de los riesgos regulatorios es mayor cuando la normativa aplicable a los mercados está ajustada a niveles adecuados; es más eficaz tanto para los mercados competitivos como para las acciones destinadas al control institucional. La calidad del servicio proviene del control de la prestación, o por lo menos del intento del regulador de procurar cumplir los objetivos del mercado y compatibilizarlos con la satisfacción de las necesidades de interés general. En ese sentido, la explosión de tecnología ha creado muchos problemas al regulador, ya que lo más importante es acomodar los rumbos casi imprevisibles de las redes a la progresiva necesidad de apoyo de los derechos de los usuarios.

Es cierto que los consumidores de comunicaciones electrónicas, es decir, toda la humanidad, están sometidos a nuevas proposiciones tecnológicas que muchas veces ni siquiera las autoridades administrativas conocen. La legislación se ve atrapada por nuevos servicios, nuevas opciones de prestación dirigida al usuario (el más vulnerable en la cadena operativa), por eso se encuentra metido en el proceso de cambio a la fuerza haciendo que con frecuencia reaccione muy tarde.

Cuanto más débil sea la reglamentación, más imprecisos serán los parámetros fijados para la ejecución de los servicios, y mayor el nivel de aproximación de los

objetivos sociales en la realización de los servicios por parte de los operadores. Es decir, si la inversión es débil, la universalidad y calidad de los servicios será poco eficaz.

El papel del regulador no se limita a fijar las tarifas y controlar las cuentas de los operadores, sino que va más allá. Para todos estos interrogantes deberá existir por lo menos la buena intención del regulador de solucionar, mediante la normativa u otros instrumentos como las consultas públicas o las investigaciones de mercado, la brecha originada por la presión de los empresarios y las necesidades de los usuarios.

Sin embargo, no podemos olvidar que el factor determinante en estos mercados es definir las mejores prácticas de mercado aceptadas por el regulador y la transparencia de los criterios utilizados por la Administración en la definición de los parámetros regulatorios. La dinámica de este proceso es evidente y, por lo tanto, la autoridad reguladora no podrá mantenerse alejada de la estructura del sistema, lo que implica la necesidad de conocer e intervenir en el mercado; en este caso, según Carlón Ruiz (2007:65), se trata de encontrar una solución proporcional a las demandas presentadas por cada servicio individualizado.

V.1 Estrategias para el control de la prestación estatal efectiva de las telecomunicaciones: criterios rectores para la intervención pública en la defensa de los usuarios

En esta sección nos proponemos definir las estrategias que consideramos indispensables para el mantenimiento de la estabilidad y la preservación de los ideales de la regulación de los servicios de telecomunicaciones a partir del grado de compromiso de los responsables normativos de la administración del Estado en la defensa de la cobertura universal, directamente vinculante a la protección a los derechos de los usuarios.

Según Arroyo Jiménez & Mendonza Losana (2009:238), los derechos de los usuarios de telecomunicaciones se dividen en dos bloques: el primero, como derechos

subjetivos a los que se vinculan obligaciones de servicio público²³⁸, y que se imponen a los operadores como una categoría del Derecho Administrativo; el segundo, vinculado a la función institucional, referente y garante del cumplimiento de los objetivos de los servicios públicos, que siguen operantes.

La evaluación y revisión de los conceptos disponibles en la ejecución de los servicios y de las condiciones de funcionamiento de las comunicaciones electrónicas como interés general, permitieron ajustes que aún siguen siendo el punto de partida para la construcción y estabilización de las bases de un sector libre que debe ser dirigido por el control público; en ese sentido el usuario es más que un consumidor común. Como ya ha dicho Rivero (1998:67), la potestad organizativa debe estar por encima de la potestad administrativa incluso porque cuando no existen potestades ilimitadas, esa representa también la lucha contra la arbitrariedad de la Administración.

En este punto la peculiaridad de la intervención administrativa practicada por organismos independientes exige que sea tan intensa como necesarios los buenos criterios de desarrollo de los servicios económicos de interés general, en un grado más intenso de al que se sometían los servicios públicos, en general poco condicionados por el control público más técnico e imperativo.

El insuficiente y poco eficaz autocontrol público marcó la fase de la gestión directa de los servicios públicos en muchos países, dado que se puede observar que el régimen de monopolios público empleado en las telecomunicaciones generalmente no exigía a la propia Administración el cumplimiento de parámetros de calidad y eficiencia. Por otro lado, los destinatarios de los servicios, aunque eran titulares de servicios de interés público, no estaban sometidos a la condición de consumidores o usuarios de ese servicio.

Ese fenómeno aliado a la mala venta de las empresas públicas y a pocas alteraciones en los vínculos de concesiones entre operadores y administración, contribuyó a que, ya en la fase de transición hacia los servicios liberalizados, el Estado

²³⁸ En ese sentido hay mucha discusión en torno al término servicio público para definir el actual contexto de los servicios liberalizados; como hemos visto, muchos autores interpretan esas prestaciones relativizando los cambios legislativos sobre cuestiones fundamentales como la titularidad de los servicios o el régimen de prestación, si bien con el proceso de la liberalización muchas regulaciones dejaron de usar la expresión servicio público. En Brasil, la expresión adoptada es servicio público de interés económico. En Europa, se utiliza la expresión servicios de interés general.

tuviera que edificar la estructura regulatoria de protección de los derechos de los usuarios de las comunicaciones electrónicas. Esa realidad prevaleció en Brasil y todavía se mantiene el régimen jurídico que se resiste a considerar la protección a los usuarios como elemento prioritario dentro de las estructuras, lo que es reflejo de la anterior constitución del régimen de los servicios públicos.

La poca tradición normativa de imponer obligaciones materiales para proteger a los usuarios y la alta diversidad de prestaciones mediante la inclusión de la competencia entre operadores, generó en el ambiente regulatorio de Brasil una experiencia distinta a la de otros modelos, como el español. El desequilibrio entre la información y el déficit de conocimiento se considera un fallo del mercado liberalizado, circunstancias de la baja calidad regulatoria. En ese sentido, el equilibrio entre las condiciones de cada prestación y la mejora de la relación entre el operador y el usuario son el principal motor para la mejora de la regulación y de los mecanismos de sanción y defensa contrarios al incumplimiento de deberes funcionales de los operadores

Las funciones del ejecutivo y la supervisión directa del aparato administrativo sobre la ejecución de actividades privadas reflejan la sustitución de presupuestos jurídicos en un escenario de poca protección legislativa de los usuarios de servicios públicos, si bien los sistemas democráticos evolucionaron hacia los derechos de los consumidores con el avance del modelo del Estado de bienestar social.

Sin embargo, la superación de las barreras en términos de inconstitucionalidad²³⁹ de agencias en Brasil permitió el nacimiento de esta nueva organización administrativa con funciones inusuales dentro del sistema jurídico brasileño²⁴⁰, conocido protector de monopolios públicos e histórico interventor de empresas públicas en asuntos de telecomunicaciones. Así, la Ley 8.987, de 1995 (Anatel) estipula el rol de derechos de

²³⁹ Bandeira De Mello (2002). Una parte de los discursos técnicos iniciales en el campo del Derecho procuraba encuadrar el nuevo modelo institucional brasileño no como una adaptación del régimen jurídico existente, sino como la creación de nuevas bases con la adaptación de la administración como órgano impregnado de ilegalidades e inconstitucionalidades. Las reformas serían convertidas en la implantación del régimen neoliberal, incluidas en la normativa vigente, vulnerando la doctrina de la separación de los poderes, con mayor independencia de las agencias reguladoras. Esa decisión iba en contra de la Constitución brasileña al incluir órganos que no existían antes en el ordenamiento jurídico.

²⁴⁰ Algunos autores sostenían que la validez de la adaptación del modelo propuesto estaba justificada por la búsqueda del modelo de bienestar y del interés público, con la armonización de los objetivos económicos de la reforma y el ajuste del ordenamiento jurídico de Brasil. En este sentido, véase Ferraz Junior (2000:143), Sundfeld (2000:17).

los usuarios de servicio público concedido, y el artículo 7 y 7ª de la misma ley establece que el usuario tiene derecho a recibir un servicio adecuado, considerando que sea una actividad con continuidad, regularidad, eficiencia, seguridad, actualidad, generalidad, cortesía en la prestación y con precios módicos.

En ese sentido, el control de las agencias tendría el propósito de recibir del poder otorgante y de la concesionaria (operador) informaciones para la defensa de intereses individuales o colectivos, así como obtener y utilizar servicios con libertad de elección entre distintos prestadores: Sin embargo, el mercado liberalizado de telecomunicaciones de Brasil no está hasta hoy plenamente consolidado, principalmente porque la legislación rígida respecto a las concesiones de servicios no favorecen la entrada de nuevas operadoras, dificultando la competencia y el ejercicio de la voluntad de los usuarios.

También compete a la autoridad reguladora hacer saber al poder público y a la concesionaria las irregularidades de que tengan conocimiento, referentes al servicio que se va a prestar. Ese derecho previsto por ley no es de fácil cumplimiento porque, como veremos, los usuarios no tienen muchas alternativas a la hora de presentar una reclamación; las vías más directas para ello son mediante internet o por una única línea telefónica de la Anatel a disposición de los usuarios. La ausencia de campañas de esclarecimiento y la falta de conocimiento técnico de la población sobre las buenas prácticas y de sus derechos, o incluso de los medios de reclamación disponibles, dificultan y desaniman a los ciudadanos a presentar denuncias sobre las irregularidades cometidas. De nada sirve que sea un derecho de los usuarios comunicar a las autoridades competentes los actos ilícitos practicados por las concesionarias en la prestación de los servicios si no pueden ejercer ese derecho.

Por su parte, como característica básica de todas las comisiones y agencias, la Anatel también posee la misión esencial de desarrollar mecanismos de vigilancia y de arbitraje, dentro del régimen de reglamentación. Respecto a la potestad sancionadora, puede que vulnere el sistema de derechos de los usuarios de Brasil al no contar con una disposición legal de protección dirigida a cada uno de los servicios de interés general; La normativa existente es genérica pero deficitaria respecto a las nuevas demandas de tecnología y presenta cada vez más expectativas acerca de la protección de los usuarios.

Es evidente que los cambios más notables en cada país en cuanto a las telecomunicaciones dependen de lo rápido que el Estado promueva la ruptura con la cultura de los monopolios públicos de estos servicios. Es decir, el déficit de la capacidad pública para controlar los cambios tecnológicos y el mercado financiero es constantemente observado y, la razón es que la preservación de la estructura tradicional y la deficiencia técnica se perpetúan como necesarias en la actividad de la Administración, incluso ante los sectores ya liberalizados.

Por eso, la implantación del sistema de regulación de las telecomunicaciones se impuso como un proceso largo de consolidación de las estructuras normativas y administrativas, legitimadas para formular los principios que tenían que ser preservados por el mercado. Según de la Cruz Ferrer (1999:137) el origen histórico condiciona el control de precios de los servicios practicados por los proveedores de servicios y la necesidad de mayor integración entre los operadores y los usuarios. Pero ya hemos alcanzado una meta más lejana, pues es necesario facilitar el acceso de los usuarios con discapacidades y tratar temas esenciales para las redes a través de la fijación de nuevas normativas horizontales sobre nuevos conceptos de peso significativo en el mercado, o de la posibilidad de revisión del régimen de concesión de servicios esenciales.

Hoy día, la competencia también ha cambiado en Brasil a pasos agigantados. Los fenómenos casi unánimes en los mercados en la actualidad, como la reducción de líneas residenciales o la sustitución del teléfono fijo por la banda ancha móvil, es una realidad que también tiene lugar en sistemas con menos competencia, como es el caso de Brasil²⁴¹, lo que demuestra que el progreso tecnológico intenta superar las barreras reguladoras que retrasan la innovación eficiente. Por lo tanto, la natural aceleración de la industria móvil y de televisión por cable, con la expansión de redes de nueva generación, definen los comportamientos de los mercados. Por eso los derechos de los usuarios se ven duramente afectados por los nuevos movimientos de la economía y necesitan medios facilitadores para mejorar el avance hacia un marco armonizado y dirigido en una conjuntura coherente entre las libertades de los nuevos miembros y la transparencia de los ordenamientos consolidados a favor de los intereses generales.

²⁴¹ Véase Relatório Anual 2010 Anatel (www.anatel.gov.br) y el Informe 2010 CMT (www.cmt.es).

Los movimientos cíclicos de la economía de mercado, sobre todo de actividades tan dinámicas y estratégicas como las comunicaciones electrónicas, conducen a un problema crucial de las Administraciones. Redefinir los parámetros regulatorios presupone contar con la incertidumbre con respecto a las demandas, pero también en cuanto a la vulnerabilidad del mercado bursátil en el mundo, que sigue descontrolado, y donde la mayoría de las empresas de comunicación aportan sus inversiones y ganancias (los movimientos de los mercados financieros desde 2008 han contribuido al desplome en las olas de inversiones del sector).

La agenda digital en Europa²⁴² es distinta, sobre todo porque fija objetivos y recomendaciones muy técnicas y directas para los mercados, mientras que en Brasil²⁴³ los enfoques regulatorios son empíricos y expresan un mercado idealizado con una serie de conjeturas poco razonables, de ámbito incluso externo a la competencia de la agencia, como por ejemplo *acelerar el desarrollo económico y social* (ítem II.1 del Plan General de Reglamentación de las Telecomunicaciones de Brasil, Resolución 516, de 30 de octubre de 2008). Otras veces el propósito esencial y actual es revisar los contratos de concesión y ampliar la oferta de servicios, sin consolidar las bases formales de definitivos cambios en los vínculos regulatorios vigentes entre operadores y Administración.

Ese quadro refleja las consecuencias de años de regulación, es decir, que la norma se ha modificado para modernizarse con el propósito de atender a las circunstancias. El mercado madura de forma natural y ordenada cuando existen los instrumentos regulatorios adecuados para dimensionar las acciones de los empresarios. Los nuevos artificios técnicos de control más efectivo son el resultado de sensibles alteraciones, tanto en la situación de los mayoristas como de los minoristas.

En el caso de España, el discurso comunitario convergente hizo que los mercados europeos impidieran prácticas abusivas a través de la propia fiscalización del regulador que alimenta el sistema y oxigena las ideas y objetivos de los operadores. Sin embargo en Brasil la formación precipitada del marco regulatorio y la permanente

²⁴² Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/CE)

²⁴³ Plano General de Atualización de Brasil (PGR), de acuerdo con la Resolución 516, de 30 de octubre de 2008.

necesidad de reformas más contundentes y coherentes para servicios e infraestructuras, sigue molestando tanto a operadores como a usuarios.

La ausencia de un mercado plenamente competitivo ha condicionado ajustes poco amplios con medidas inexistentes para permitir la adaptación legislativa con la inclusión de requisitos esenciales como el régimen de autorización y licencias en sustitución del sistema de concesiones tradicionales. La poca flexibilidad en la normativa impide que el ente regulador establezca vínculos jurídicos menos rígidos con operadores entrantes. Lo que se produce entonces es una especie de reserva de mercado que privilegia a los operadores dominantes, con poder de mercado significativo, o que simplemente se perpetúan en el mercado, dificultando la inclusión de nuevos entrantes.

Los cambios normativos se hicieron sobre la marcha y los resultados acompañan los rumbos de la economía desde entonces. Esto demuestra que no evolucionaron tanto a lo largo del camino, especialmente porque las medidas de información manipuladas por la entidad reguladora son muy débiles. Además, no se han manejado debidamente los instrumentos de evaluación de los mercados para perfeccionar la técnica regulatoria y permitir las adaptaciones necesarias en las comunicaciones electrónicas. Por lo tanto, aún existen contradicciones que constriñen la práctica.

Es imprescindible e irrenunciable la función pública de regulación y la dirección de los mercados liberalizados. Según Pablo (2000:2894) en la calidad del titular de este poder está la responsabilidad por la preservación de la utilidad pública de los servicios de telecomunicaciones. La salvaguarda del cumplimiento efectivo de las cargas y obligaciones de ese servicio universal también exige una regulación *ex-post*, en lugar de la preventiva y más tradicional, anteriormente más común en el modelo habitual de la transición hacia la competencia.

El uso de términos tales como las telecomunicaciones en lugar de las comunicaciones electrónicas, sugerida por la política comunitaria para el año 2002, muestran que en los últimos veinte años, la legislación española no solamente ha proyectado los cambios necesarios sino que ha diseñado nuevas estructuras orgánicas con base en los rumbos del mercado y su desarrollo tecnológico más reciente. Para

Muñoz Machado (2009:179) los documentos y normas comunitarias lo dejan claro al afirmar que la noción de servicio público es sustancialmente evolutiva.

Esa atención especial de la modernización de la normativa europea respresenta el ejemplo más evidente de que en Europa prevalece el instinto de preservación de los objetivos públicos de los servicios; también se llega a la conclusión de que los resultados alcanzados por las primeras privatizaciones operaron a ritmos distintos de los de la economía.

Se sabe que los procesos regulatorios están bajo constante evaluación de los mercados. Es necesario revisarlos porque son fruto de las exigencias de continuas adaptaciones de las prestaciones a las nuevas realidades tecnológicas y mercadológicas. No obstante, prevalece el instinto de preservación de los objetivos de la privatización del sector público. De hecho, los progresos en la construcción de un mercado libre deben atribuirse al Estado en la medida en que necesita fijar constantemente nuevos parámetros de ajuste para cada actividad, teniendo en cuenta la realidad de los operadores y las necesidades sociales.

La Ley General de Telecomunicaciones de España es un ejemplo de esos ajustes necesarios que surgen a lo largo del tiempo. En lo fundamental, la ley española se distingue poco de la ley de telecomunicaciones de Brasil, sobre todo en lo que respecta a las bases para la explotación de redes o al hecho de ser servicios de interés general, cuya naturaleza necesita ser preservada por el Estado en un sistema de competitividad. Somos conscientes de que aunque la esencia normativa sea casi idéntica, en la práctica las decisiones administrativas para fijar criterios concretos de los servicios, redes e infraestructuras se presenta de modo bastante distinto en esos dos sistemas jurídicos.

Los instrumentos necesarios para el ejercicio de control público en el sector de las telecomunicaciones provienen, por consiguiente, de la eficacia de los mecanismos institucionales para el acceso a estos servicios, según lo entiende Carlon (2007:46), como técnica de servicio universal dentro de la normativa sectorial. Pero también es imprescindible para la existencia de espacios públicos en los que los ciudadanos puedan acceder de modo rápido y eficaz a la resolución de sus solicitudes y que sus reivindicaciones sean atendidas prontamente. El sistema exige la interacción constante

entre los agentes del sector y la administración independiente, teniendo como estrategias esenciales las que veremos a continuación.

V. 1.1. La extensión de la cobertura

La universalidad es el principio rector de la liberalización de los servicios de telecomunicaciones; esa característica es imprescindible en el progreso de los objetivos sociales de esas prestaciones, con el fin de que la cobertura del servicio atienda a toda la población. Es, según Katz (2009:15), la consolidación sectorial y expansión del mercado. La ampliación de líneas y servicios ha experimentado niveles de ampliación que en los últimos años han condicionado el comportamiento de los usuarios, por lo que la competencia exitosa entre operadoras tiene que estar determinada esencialmente por las condiciones regulatorias y adicionalmente por las condiciones macroeconómicas de los mercados.

Los fenómenos endógenos orientadores del cumplimiento de los objetivos sociales que se pretende alcanzar por las comunicaciones electrónicas a lo largo de la última década han exigido una contrapartida de los poderes públicos para fijar parámetros de estímulo a la estabilidad y al crecimiento de la economía.

Los operadores privados, pueden ejecutar un conjunto de inversiones proyectado por el regulador, pero el contexto de la autonomía impide el control público absoluto sobre el volumen de esa inversión y de las propias consecuencias de los planes de inversión de los empresarios.

La actuación del regulador sirve sobre todo de estímulo para el cumplimiento de las necesidades esenciales de la población, si bien concreta los mercados hacia la cimentación de infraestructuras más amplias y estables que favorezcan la universalización y accesibilidad a nuevos terminales. Es decir, los entes reguladores jamás podrán sustituir a los mercados ni las voluntades de las empresas reguladas. Son ellas las inversoras, y, por lo tanto, la verdadera encrucijada de la liberalización de las comunicaciones electrónicas se produce cuando el Estado reconoce que debe retroceder o avanzar, cuando define los rumbos para la futura estructura de las redes (o de la proyección que el Estado hace de ellas).

Sin embargo, el despliegue definitivo con inversiones masivas no depende del Estado; por eso los planes de inversiones deben estar dirigidos a mejorar la infraestructura y la calidad de los servicios, pero no pueden disponer de la capacidad financiera de los operadores privadas.

La crisis financiera mundial actual ha afectado en gran medida a la dimensión económica de las comunicaciones electrónicas, generando una especie de parálisis estratégica de los mercados para ajustar las redes de nuevas tecnologías a los progresos vividos por la mejora de las infraestructuras en todo el mundo. De hecho, en los nuevos tiempos que nos toca vivir, lo que marca el rumbo de las comunicaciones electrónicas en Brasil y en el mundo es la baja o alta rentabilidad de cada inversión empresarial.

El entorno de los mercados liberalizados define cuestiones como la brecha digital o la universalización de servicios y el alcance en zonas remotas. La rentabilidad de las empresas, más que los objetivos sociales, definen el marco estratégico de los últimos dos años.

De la Sierna (2009:460) nos recuerda que en principio todo operador tiene reconocida la posibilidad de obtener derechos de uso sobre el dominio, pudiendo instalar y desplegar sus propias redes, pero no se trata de un derecho absoluto, compabilizandolo con otros usos o necesidades; de modo que parece normal que en las nuevas recomendaciones del “paquete sobre telecomunicaciones” en el marco europeo de 2009 se haya añadido a la política del espectro radioeléctrico las expresiones “legislar mejor” y “derechos de los ciudadanos” y, preferentemente, optimizar el uso compartido de radiofrecuencias, con el propósito de integrarse en la cooperación para el desarrollo de redes transeuropeas y servicios panaeuropeos.

Son medidas²⁴⁴ que deben imponerse principalmente a los operadores poseedores de peso significativo en el mercado (PSM) sobre la base de un procedimiento de análisis del mercado, con la obligación del Estado de imponer a las empresas que

²⁴⁴ Conforme a las Recomendaciones de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/UE).

explotan una red de comunicaciones electrónicas las obligaciones de uso compartido recíproco de las instalaciones, a fin de impedir divergencias de enfoques reguladores.

Debido a estos incentivos iniciales, comunes tanto a Brasil como a España, la condición de servicio universal se consagró como la esencia de las comunicaciones electrónicas²⁴⁵.

En ese sentido los monopolios privados han sido utilizados como una de las estrategias del principio de universalidad, así como otras indeterminadas formas de subsidios, incentivos y obligaciones que en un período extraordinario deberían suplir la necesidad innegable de expansión en la cobertura del servicio. De ahí que para Sierra (2007) el principio regulatorio del acceso universal esté regido por una lógica igualitaria, es decir, que se trate de un principio de igualdad.

En general, a principios de los años 90 prevalecieron criterios como la reducción significativa en los valores de las líneas telefónicas que, por el contrario, ofrecían una ventaja a los operadores por la compensación promovida mediante el aumento financiero de la cantidad de suscriptores de servicios, lo que también sirvió para preparar la apertura del mercado a la competencia.

Hoy por hoy, es la convergencia tecnológica la que sostiene el futuro de la universalidad. Feijóo, Gómez y Rojo (2006:98) identifican las características del marco evolutivo de la regulación a través de una metodología de definición y análisis de los mercados en la cual se observan dos elementos fundamentales: primero, debe ser tecnológicamente neutral y ha de realizarse con independencia de la tecnología; y en segundo lugar, hay que dejar al margen la regulación de transición diseñada para la apertura de los mercados, lo que, sin embargo, aún caracteriza algunos sectores hoy en día.

La posibilidad de entrada de nuevos operadores casi una década después del inicio de la liberalización, dio paso a un mercado ya casi totalmente liberalizado y

²⁴⁵ En ese sentido, el borrador del Anteproyecto de la Ley General de Telecomunicaciones de España establece en el artículo 33 el concepto de servicio universal como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y un precio asequible”.

altamente rentable, preparado para la transición hacia la libre competencia gracias a la doctrina de las *esencial facilities*²⁴⁶.

No cabe duda de que todos los marcos anteriores han sido fundamentales para preservar el acceso a las instalaciones, incluso buscando la reducción de los costes de cada operación. Esta intervención y su permanente revisión pretenden distinguir la actividad de red y servicios, acompañar la evolución de la tecnología y ajustarla con la apertura de inversiones efectivas de la competencia a las prestaciones, pero sin romper totalmente con la convergencia de las infraestructuras.

Las ventajas económicas derivadas de la transición hacia el mercado competitivo también dieron lugar a la concentración tecnológica de los operadores dominantes, facilitaron el acceso a los conocimientos y hábitos de consumo e hicieron predecible la recuperación y arranque del mercado. Fue posible sacar provecho de las inversiones efectuadas durante los períodos de exclusividad contractual, incluso con la inversión de los operadores en la construcción y el uso de la infraestructura, antes exclusivas. En este punto, Gonçalves (1999:29) nos recuerda que el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones ha sido objeto de monopolio (donde se identifica la etapa anterior sufrida por la trasposición hacia la competencia regulada); la liberalización fue una decisión que rompió el privilegio natural y exclusivo de las empresas públicas en las telecomunicaciones.

En el caso de Brasil, el control dominante de la Administración sobre los operadores públicos de telecomunicaciones - empresas públicas mantenedoras del sistema Telebrás - ha invertido las prioridades. Según Siqueira & Mancini (1993:13) la imposición de límites poco realistas a los mercados no ha dado casi ningún resultado práctico en la mejora e inversión pública del sector.

A esa realidad histórica hay que añadir los problemas de la red, con centros industriales y tecnológicos poco desarrollados, situación agravada por el retraso en los servicios de telefonía móvil, redes de valor añadido, comunicaciones de datos y sistema de satélites.

²⁴⁶ Conforme a los comentarios de Sendín García (2003:132), la doctrina procedente de Estados Unidos y diseminada por Europa y América de Sur dice que para la implantación del proceso de liberalización ha sido necesaria la definición de las infraestructuras o facilidades esenciales sin las que el operador no podría acceder al mercado.

Así pues, según Souviron Morenilla & Pablo (1998:74) se supone que para generar competencia en las telecomunicaciones sería imprescindible el reconocimiento de un derecho de acceso y de interconexión de redes.

Sin embargo, con la liberalización el alto coste de los servicios admitiría un título exclusivo habilitante para la gestión de infraestructuras o de servicios integrados, lo que ha sido exigido por fuerza del Derecho europeo de telecomunicaciones, aunque la política de monopolios no hace inviable la universalidad ni la calidad de los servicios.

Un proceso similar ocurrió en Brasil con la legislación brasileña, donde la liberalización ha seguido la tendencia inicial al monopolio, pero, en realidad, la decisión de iniciar las actividades de oferta de red abierta y de los servicios de valor añadido con la transmisión de datos se produce mucho tiempo después del comienzo de las privatizaciones.

Un grave problema que tuvo que enfrentar Brasil fue la expansión de la red a solamente unas pocas zonas territoriales y la necesidad de expandir su malla a las franjas más alejadas de los grandes centros urbanos. De ahí que esa realidad haya justificado, en principio, la implantación del sistema de concesiones como el modo más eficaz de que las Administraciones controlen el régimen de gestión indirecta, pero que todavía hoy es una cuestión que no se ha solucionado por completo, ya que sigue sin convertir la estructura del vínculo jurídico que une el operador a la prestación con la autonomía necesaria.

Por otro lado, la Ley General de Telecomunicaciones española es, sobre todo, una norma identificada por Pablo (1998:63) como *despublificadora* porque actúa como un estándar y de modo radical sobre el elemento central de los servicios de interés general que es la competencia.

Sin embargo, la sumisión a un sistema basado en la autorización de servicios no implica que se trate de servicios esencialmente privados, con sujeción a los términos de la reglamentación común; en realidad, ese *ius variandi* de la Administración se incrusta dentro de un sistema análogo al de los servicios públicos indirectos.

En España se produjo la intensificación de la competencia, garantizando el funcionamiento del mercado abierto debido a sus características particulares y técnicas estructurales, lo que obligó a establecer en el Derecho comunitario los métodos para prevenir la acumulación de las actividades a pocos operadores y el abuso de la posición dominante. Así, se ha establecido la separación entre las actividades competitivas y no competitivas mediante el denominado *unbundling*, en el cual están disociadas las actividades sujetas a la competencia y los que se benefician del monopolio.

Obedeciendo a la misma tendencia europea, la ley brasileña²⁴⁷ también se dirigió al propósito de liberalización del sector al exigir el despliegue y la operación de redes de comunicación, con la obligatoriedad de la interconexión y el intercambio de redes y de infraestructuras necesarias a la aplicación del principio de la libre competencia, conforme establece el artículo 170, IV de la Constitución Federal de Brasil, cuyo estatuto también establece que “ la ley reprimirá el abuso de poder económico cuyo objetivo es la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios” (Artículo 173, apartado 4 de la Constitución).

La interconexión obligatoria²⁴⁸, con la necesidad de compartir e integrar las redes²⁴⁹ (artículo 146 del LGTBr), se convirtió en un requisito previo y fundamental para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, debido a la incapacidad de los agentes privados de obtener individualmente la posesión de una infraestructura propia, por absoluta imposibilidad material y económica.

²⁴⁷ Ley General de Telecomunicaciones de Brasil (Ley 9.472/97) establece que el poder público tiene el deber de adoptar las medidas que promuevan la competencia y la diversidad de los servicios de interés público en beneficio de la población brasileña.

²⁴⁸De acuerdo con el apartado único del artículo 146, la interconexión significa la unión entre redes de telecomunicaciones funcionalmente compatibles, de modo que los usuarios de servicios de una de las redes puedan comunicarse con los usuarios de servicios de otras o acceder a servicios disponibles en ella.

²⁴⁹ La interconexión aparece regulada en el Derecho Comunitario mediante la Directiva 97/37/CE, de 30 de junio de 1997, que la define como “*la conexión física y lógica de instalaciones de redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo organismo o por otro distinto, de manera que los usuarios de un organismo pueden comunicarse con los usuarios del mismo o de otro organismo distinto o acceder a los servicios prestados por otros organismos*”. Además, la Ley General de Telecomunicaciones de España “*reconoce la obligación de interconexión*” (art. 22.1) al determinar que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de estas con las de los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles para el público que lo solicite, debiendo realizarlas (art.22.4) en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos.

Correspondió a la administración pública construir las bases del principio de la función social de la propiedad, en opinión de Konder Comparato (2003:75), como un poder dirigido a otorgar a un objeto determinado (las telecomunicaciones) objetivos específicos (universalidad), vinculados a su propósito fundamental (el interés público). En ese sentido, la International Telecommunication Union (ITU)²⁵⁰ ha definido el acceso universal a las telecomunicaciones como parte del derecho a comunicarse, y se ha referido a la necesidad de que la regulación asegure la disponibilidad geográfica universal, la igualdad de trato mediante un acceso no discriminatorio y un costo accesible.

Por lo tanto, lo que mueve el organismo regulador es la obligación de imponer respeto a los bienes públicos y a aquellos destinados al uso público en general. En Brasil representa el derecho a que los proveedores utilicen los servicios de telecomunicaciones en interés de la colectividad, el uso de postes, conductos y servidumbre de propiedad o controlada por el proveedor de servicios de telecomunicaciones o de otros servicios de interés público, en condiciones no discriminatorias y a precios justos y condiciones razonables (art. 73, de la LGTbr), respetando el derecho a una indemnización si el concesionario sufre los efectos de expropiación o imposición de servidumbre de sus bienes muebles o inmuebles, (art. 100LGTbr

El plan general de los objetivos establecidos por el gobierno para universalizar la industria de telecomunicaciones en Brasil (Decreto n °. 4769, de 27 de junio de 2003) permitió un mayor número de terminales con la disminución de precios operados en el sector, sobre la base de los siguientes parámetros:

- Facilitar el acceso a teléfonos fijos en lugares con más de 600 habitantes.;
- Instalar teléfonos en un plazo máximo de dos semanas después de la solicitud;
- Disponer de servicios de teléfono público a una distancia no superior a 300 metros desde cualquier punto dentro de los límites de las ciudades con más de 300 habitantes;
- Facilitar el uso público e individual de las personas con discapacidad.

²⁵⁰ <http://www.itu.int/itu-news/manager/display.asp?lang=es&year=2007&issue=07&ipage=universal-access&ext=html>.

A su vez, el servicio universal en España sobre la base de la nueva Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, con especial referencia a la integración de todas las Directivas comunitarias, refuerza mediante el llamado "paquete Telecom", la regulación dirigida a satisfacer las necesidades de los servicios públicos, en palabras de Sendín García (2003:35). Además de la LGtel, el marco regulador integrado por la Directiva 2009/140/CE y por otras cuatro directivas específicas, incluyó tres elementos distintos, pero fundamentales: "legislar mejor", que existan "derechos de los ciudadanos" y la necesidad de instaurar un organismo de reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

Las telecomunicaciones, por lo tanto, reflejan en gran medida los efectos del cambio técnico en las instituciones y puntos de vista políticos, económicos y jurídicos, cuando, según Gonçalves (1999:35) en la misma red se pueden proporcionar diversos operadores pueden ofrecer varios servicios y diferentes niveles de publicación, que Souviron (1999:246) llama "*escala de publicatio*"; se podría utilizar diversas técnicas para cada actividad privada, pero con el fin de satisfacer las necesidades públicas.

Una vez que la infraestructura y los servicios fueron liberalizados, las bases del sistema cambiaron mucho desde entonces porque contaban, y siguen contando, con la aparición de nuevas normas jurídicas y de un aparato legal más técnico para dar apoyo al uso eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración, para una cooperación donde no se falsee la competencia.

La relación de causalidad entre el requisito de la interconexión, el uso compartido entre las redes y la necesidad de fomentar el entorno competitivo ha disparado la evolución del concepto de servicio universal.

Esa realidad supuso que el regulador controlara mejor el acompañamiento del nivel de progreso tecnológico en el sector, pero aún tiene que mejorar este nuevo método de regulación de las nuevas necesidades de usuarios de los servicios. Un buen ejemplo de ello es la obligación que tienen las ANR europeas de realizar el análisis de los mercados y, cuando se identifique que un mercado no es realmente competitivo, establecer qué empresas tienen un peso significativo en ese mercado e imponerle las obligaciones reglamentarias adecuadas.

Como se observa en los datos comparativos entre el inicio del proceso de privatización y el período posterior, cuando se instauró la consolidación de los fundamentos del nuevo mercado regulado, fue esencial la aparición continua de nuevos reglamentos y la adaptación de las leyes vigentes en el modelo impuesto por la Unión Europea. Eso significa que España ha incorporado y, en seguida superado, con gran facilidad la fase inicial del nuevo modelo regulatorio, lo que ha permitido que se ajuste al actual régimen de la Ley 32/2003 (LGTEs). Según Chinchilla (1997:37), no se ha acabado la fase de aparición de nuevas leyes y afirma que todavía se vive en una secuencia de hipermotorización normativa.

En el caso de Brasil, la legislación ha cambiado poco a pesar de que ha cumplido los objetivos iniciales para el período inmediatamente posterior a la privatización, con la apertura de los mercados. El ambiente regulatorio sigue sin superar el período de exclusividad de determinados operadores y continúa sometido al régimen de concesión pública, con la formación de oligopolios de operadores dominantes, lo que también dificulta la posibilidad de ampliar las inversiones.

Concluida la primera etapa de liberalización, todavía hay problemas de falta de cobertura en grandes áreas de extensión territorial de Brasil. La expansión de redes es una asignatura pendiente en el marco jurídico de las telecomunicaciones, lo que podría favorecer el suministro de redes compartidas y el uso de recursos y servicios asociados. Además, la Ley General de Telecomunicaciones de Brasil sigue usando su texto original, el de 1997, aunque sectores más tecnológicos de las telecomunicaciones, como la banda ancha, las comunicaciones por satélite y los servicios de comunicaciones de fibra óptica sigan evolucionando.

La universalización del acceso a Internet recibe en los últimos años inversiones que todavía no han sido suficientes para ampliar el contorno de los servicios y de las infraestructuras. La ampliación de las prestaciones es expresiva sobre todo cuando en las estadísticas se incluyen datos sobre la telefonía básica, como por ejemplo el número de líneas y de domicilios atendidos.

El régimen regulador y los procedimientos administrativos solo pueden alcanzar objetivos notables para la expansión de las actividades de comunicación electrónica a través de la cooperación de nuevas modalidades de interconexión, con mayor capacidad

de transmisión, el uso compartido, el acceso y el uso de las redes de los operadores. La universalidad de propósitos y objetivos sociales de las prestaciones también deben servir para las instalaciones esenciales de la competencia.

En ese contexto, de la Quadra-Salcedo (2009) entiende que la interconexión de redes (que antes eran paralelas) es indispensable para garantizar la conectividad, por ello el resultado es la regulación diseñada con una visión prospectiva, es decir, un paso por delante para adaptarse a las dinámicas futuras. Incluso es posible admitir medidas extremas de las autoridades reguladoras²⁵¹ como cuando hay que utilizar la separación funcional y el operador dominante tendrá que separar a nivel organizativo sus actividades como proveedor de redes y servicios.

Con el mismo carácter objetivo y comprometido con las estructuras jurídicas se creó la universalidad para asumir la obligación de servicio de interés general. Para Sierra (2007:43), el acceso universal tiene un contenido normativo asociado a una relativa igualdad de las personas, frente a la posibilidad de emitir y recibir contenido simbólico mediante los medios de telecomunicación.

Las instituciones también mejoran con nuevos instrumentos como la integración horizontal y la desagregación física de redes, y el propósito de completar la propia red a partir de políticas de subsidios a nuevos miembros, incentivando la inversión y el mercado único de las telecomunicaciones.

Sin embargo, la necesidad de reestructuración económica se nota y tiene efectos preocupantes en el ámbito social; por eso el carácter normativo de la igualdad se cristaliza como una tendencia que merece ser preservada en ténalo que respecta a la demanda por nuevas inversiones para el despliegue de redes de fibra y la orientación de esos costes sobre el precio de los servicios, sin perjuicio para la competencia real y sostenible.

Se observa ese cambio cuando los nuevos parámetros regulatorios de Brasil consienten en asignar como principios esenciales la urgencia en acelerar la reducción

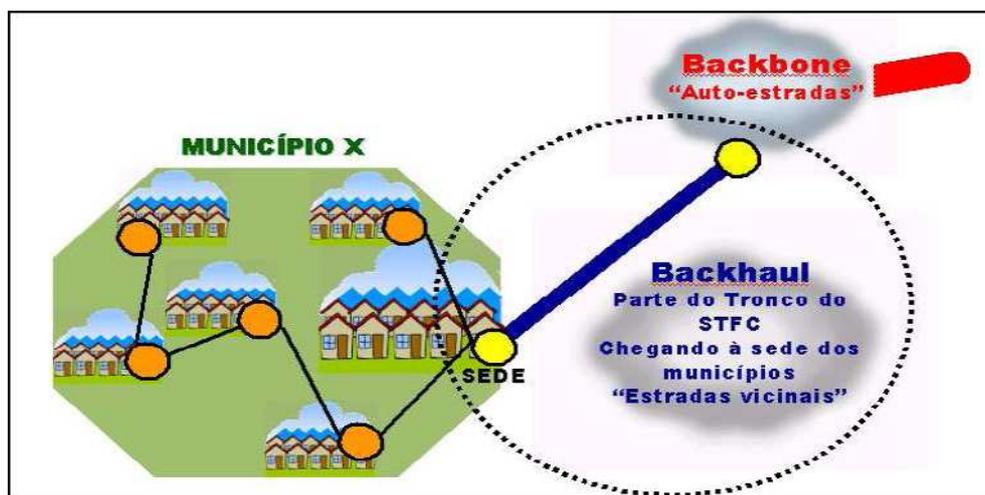
²⁵¹ Cuestiones transversales como la separación funcional son tratadas en la Comunicación de Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones COM (2010)271final. p.5

de desigualdades regionales ampliando la oferta y el uso de servicios y redes en todo el territorio nacional.

El Plan de metas de universalización –PMU, regido por el Decreto 6.424 de 4 de abril de 2008, cuyos programas, proyectos y actividades están definidos por el Ministerio de Comunicaciones. Ese plan, al ser implantado por la Anatel estableció que la inclusión digital sería costeadado con recursos del Fondo de Universalización de los servicios de telecomunicaciones –FUST (creado por la Ley 9.998, de 17 de agosto de 2000).

De acuerdo con el informe de Anatel 2010²⁵², el propósito primordial en Brasil es llevar los servicios de telecomunicaciones principalmente a las áreas de urbanización precaria y a regiones remotas, además de atender a las personas con deficiencia. Para ese intento el gobierno de Brasil determinó el *Backhaul* como meta de implantación de infraestructuras de red de soporte del servicio telefónico fijo comutado (STFC) para conexión o banda ancha, es decir, la conexión de redes de acceso al *backbone* de cada operadora. El gráfico que hay a continuación describe el *backhaul* previsto en el plan de metas:

Figura 1: Backhaul



Fuente: Informe ANATEL 2010

La meta de la universalización es el aumento del número de accesos, pero también asegurar la autoridad regulatoria que está comprometida con la calidad de los

²⁵² De acuerdo con el Informe de Seguimiento de Metas de implementación de infraestructura de red de soporte del STFC para la conexión o banda ancha (*backhaul*) 2010. www.anatel.gov.br.

servicios y la eficiencia en la atención al consumidor. Entre las medidas adoptadas está la alteración del Reglamento de ampliación de áreas locales, que a partir de 2011 amplía los criterios de definición de áreas locales y pasa a referirse a 39 regiones metropolitanas y tres regiones integradas de desarrollo, en las que las llamadas telefónicas tendrán costes locales.

En lo que respecta a la meta de extensión de la cobertura, el informe concluye que en 2010 el número de abonados se incrementó un 16%, mientras que el número de reclamaciones se amplió en un 3%, resultando, según la Anatel²⁵³, una reducción de demandas porque hubo una mejora del grado de satisfacción de los usuarios.

Los derechos de los usuarios a participar e intervenir en las decisiones sobre asuntos de su interés también abren la posibilidad del acceso no discriminatorio²⁵⁴, incluso por el uso de instrumentos democráticos de reclamación.

La participación ciudadana contribuye con el propósito de controlar las decisiones administrativas que al fin y al cabo se refieren al funcionamiento de las prestaciones de esos servicios. Pero los canales de comunicación deben ser eficaces, lo que no ocurre con la agencia de regulación brasileña.

La mayoría de la población brasileña tiene dificultades para acceder a los medios de atención al cliente. La figura representada a continuación demuestra la visión particular del regulador, ya que la central de relacionamiento se produce exclusivamente por vía telefónica y es sorprendentemente inferior a la cantidad de usuarios de telefonía en Brasil, que en el año 2011 alcanzaba más de 200 millones de líneas móviles.

En el Plan de metas de las telecomunicaciones de Brasil no existen estadísticas para medir el nivel de satisfacción de los usuarios; ni siquiera la Anatel realizó jamás encuestas de opinión entre los consumidores brasileños.

²⁵³ Redacción de acuerdo con el Informe Anual 2010 (ANATEL)

²⁵⁴ La Recomendación de la Comisión Europea, de 20 de septiembre de 2010 (210/572/UE) también nos habla de la necesidad de las autoridades independientes efectuaren los controles de precios *ex ante* destinados a mantener la competencia efectiva entre operadores que no disfrutaban de las mismas economías de escala y tienen diferentes costes de red unitarios.

Figura 2: Cuadro de información sobre la atención al usuario de telecomunicaciones (Informe 2010- Anatel)

Canais de Relacionamento	2009	2010
Central de Atendimento	3.460.776	4.915.928
Carta e fax	8.153	6.280
E-mail	632	614
Atendimento eletrônico	237.225	226.398
Sala do cidadão	10.526	10.940
Sistema de Ouvidoria da Anatel (SOA)	161	647
Total	3.717.473	5.160.807

Fuente: Informe Anatel 2010

Datos comparativos de los acontecimientos en España y Brasil durante la primera etapa del proceso de desarrollo de la privatización de la industria de telecomunicaciones.

Tabla 1: Cronología de los acontecimientos en la evolución de la industria de telecomunicaciones *

España

LOT	Privatización Telefónica	Nuevos servicios de valor adic.	CMT	RD6/96 Liberalización		LGTe	Licencias Teléf. móvil		Nueva LGTe
-----	--------------------------	---------------------------------	-----	-----------------------	--	------	------------------------	--	------------

| Año |
|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 1987 | 1992 | 1993 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 2000 | 2001 | 2003 |

Brasil

			Enmienda Const.8/95	Ley mínima 9.295/96	Licitación Banda B -LGTBr -ANATEL	Privatización	Competencia Banda ancha	Licitación Teléf. móvil	
--	--	--	---------------------	---------------------	-----------------------------------	---------------	-------------------------	-------------------------	--

*Fuente: elaboración propia

Como se desprende del análisis de la tabla de arriba, al comparara brevemente los eventos más importantes ocurridos en España y de Brasil, con sus respectivas fechas, la apertura legal de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones en Brasil, con la creación de la Ley General de Telecomunicaciones y la ley de creación de la Anatel

se produjo al mismo tiempo que las privatizaciones, mientras que en España todo ha sucedido en un espacio de tiempo más amplio.

Tengamos en cuenta que antes de esto, la ley mínima surge solamente para trazar reglas generales de la reorganización del sector, mientras que después de la promulgación de esta ley el Ministerio de Comunicaciones inicia los trámites legislativos para la elaboración del marco jurídico para las telecomunicaciones.

La subasta de las empresas públicas que componían el antiguo sistema Telebrás, ha sido casi inmediatamente posterior a la elaboración de la Ley General de Telecomunicaciones y a la Ley de reglamentación de la agencia reguladora. De ahí que esa aproximación temporal entre la venta y la elaboración de la ley colapsara el proceso de mejora del marco regulador.

La evolución después de la privatización (en millones de terminales)

Tabla 2: LA EVOLUCIÓN DE LA LÍNEA FIJA EN BRASIL después de la privatización (en millones de terminales)

Año	Instalados	En servicio
1998	22,1	20
1999	27,8	25
2000	38,8	30,9
2001	47,8	37,4
2002	49,2	38,8
2003*	49,6	39

**hasta junio*

Fuente: Anatel

Tabla 3: EVOLUCIÓN DE LA TELEFONÍA MÓVIL (BRASIL) DESPUÉS DE LA PRIVATIZACIÓN (millones de terminales)

Año	En servicio	Instalados
1998	7,4	-

1999	15	-
2000	23,2	-
2001	28,7	-
2002	34,9	-
2003*	37,4	45,5

*hasta mayo

Fuente: Anatel

Como se observa en los cuadros anteriores, las acciones de la liberalización en Brasil confirman que la inversión privada en el sector presentara resultados positivos con consecuencias como la ampliación de su red y la oferta de servicios.

En el actual proyecto de extensión de la cobertura la propuesta fundamental para el futuro de las redes de Brasil es promover la universalización a través de los recursos originales del Fondo de Universalización de los servicios de Telecomunicaciones (FUST), creado por la Ley 9.998, de 17 de agosto de 2000.

En el segmento de telefonía fija, el número de terminales aumentó de 17 millones a más de 40 millones de terminales en funcionamiento, mientras que en el sector móvil la expansión cuantitativa real en la primera etapa supuso un incremento de 7,5 millones de operaciones en 1997 a más de 40 millones de líneas en Brasil a finales de 2003.

Tabla 4: Cobertura de la red de telecomunicaciones de España en millones de líneas

Año	Telefonía fija	Telefonía móvil
1995	15.774	944
1996	16.200	2.996
1997	16.798	4.337
1998	17.556	7.051
1999*	18.316	15.005

*El número de líneas se duplicó en apenas cuatro años, representando un aumento exponencial que superó las expectativas de crecimiento

Fonte: Informe Anual de telecomunicaciones y tecnología de la información 1999

La constante evolución del sector en Brasil matiza una tendencia mundial que llevó a la creación sucesiva de las normas de mantenimiento y ajustes de las nuevas

inversiones a los medios tecnológicos para ampliar la regulación, lo que proporcionó un fenómeno bastante común en muchos países, pero que también se aplicó a Europa, en lo que de La Quadra-Salcedo & Del Castillo (2003:17) denominaron “inflación de la normativa comunitaria”, con innumerables leyes y muchas referencias y recomendaciones con modificaciones que necesitaban ser más comprimidas. Por otro lado esa multitud de medios se justifica porque, como el progreso científico es impredecible, la competencia no es el resultado de un mercado puro, sino de un “mercado de laboratorio”, custodiado y protegido por la Administración para que pueda ofrecer condiciones socialmente mejorables.

Como puede verse en los tabloneros de anuncios de la cobertura de las redes domésticas de telefonía de Brasil y España, el aumento del número de teléfonos es considerable, lo que demuestra que existe una mayor oferta. Comparando los domicilios cubiertos por la ampliación de las redes, antes y después del proceso de privatización, llegamos fácilmente a la conclusión de que la orientación de esta expansión se centró también en asegurar el acceso a las capas con menor poder adquisitivo de la población. Eso pone de manifiesto un esfuerzo en el carácter de interés público de perpetuar esos propósitos en las futuras prestaciones cuando se trata de la progresión del porcentaje de redes y servicios. Por consiguiente, ampliar el número de abonados, con nuevos accesos y líneas telefónicas multifuncionales, con la expansión del espectro radioeléctrico, refleja la facilidad de entrada de la población a la era digital; ese resultado se establece como principal estrategia para justificar el éxito de las privatizaciones y el hito de las comunicaciones electrónicas.

V. 1.2. La dinámica de competencia

El modelo estructural adoptado en el mercado de las telecomunicaciones de Brasil se ha adaptado muy rápidamente a la economía abierta, pero la presencia de empresas privadas en el sector todavía no se asemeja a otros mercados más evolucionados en materia de libre competencia. Sin embargo, después de una década y media de experimentación y exceso de confianza del regulador, Costas (2007:37) entiende que hoy impera en los países una actitud más prudente y realista respecto a la competencia, por una cierta fatiga y determinadas paradojas que afectan al rumbo y al despliegue de los servicios.

En los mercados latinoamericanos la ruptura con la condición de monopolio de los servicios no se llevó a cabo completamente, con empresas controlando cada sector por regiones geográficas, con serias restricciones a los derechos de los usuarios respecto a la portabilidad o al uso del roaming dentro del propio territorio nacional. Como resultado de la poca competencia, la calidad de los servicios no avanza²⁵⁵ y los precios no se reducen según la proporción estipulada en las metas de desarrollo de nuevas tecnologías y el uso de redes compartidas. La estrategia de concatenación de acceso a infraestructuras y el progreso del internet de banda ancha aumenta el número de abonados pero no reduce el margen de precios ofrecidos a los consumidores porque la restricción prolongada a la competencia favorece el control de los mercados en un proceso de captura de los operadores. Eso dificulta la eliminación de la regulación de precios.

La multiplicación de ofertas minoristas todavía no es una realidad muy presente en la actual etapa regulatoria de Brasil. Las promociones son puntuales y no significan una respuesta comercial a otras ofertas de la competencia. En sectores que todavía no han podido liberarse por completo los organismos reguladores de Brasil pasan de puntillas y optan por no asignar licencias y otras formas de autorización con criterios legales menos rígidos que en la época de la explotación mediante los monopolios estatales.

Según Escrigano Sáez, García & Rodríguez (2009:85), aunque con recursos regulatorios diversos, las tendencias del sector apuntan hacia el aumento de la transmisión de datos en las redes móviles y al empaquetamiento de servicios de voz y datos, donde la televisión desempeñará un papel fundamental debido a la banda ancha disponible. Para ello, el espectro de mejor calidad está sometido a una presión creciente, aunque la baja competencia no conseguirá acompañar esa tendencia.

La vigilancia de las agencias reguladoras no es capaz de prevenir o dificultar el desarrollo de la competencia efectiva. No se trata de una causa aislada, sin embargo es evidente que la vinculación de la estructura jurídica actual con el anacrónico régimen

²⁵⁵ Un ejemplo de ese fenómeno ocurre con el despliegue de la fibra óptica, VoIP y el ADSL en general, ya que a partir de la innovación tecnológica y la libre competencia se produce un cambio radical en la estrategia de los operadores de cable y les dio opción a nuevos servicios antes inaccesibles a todos los competidores.

de los servicios públicos dificulta que el marco de las comunicaciones electrónicas en Brasil se desarrolle en dirección a la competencia. El vínculo entre la Administración Pública y los operadores se mantiene en modelos contractuales, menos estrictos que la concesión y autorizaciones por bandas o por sectores del modelo europeo. Por lo tanto, esa circunstancia hace que pocos empresarios controlen el mercado y que el ejercicio de la autoridad reguladora sea débil. Como consecuencia, la vulnerabilidad de la agencia de los operadores, además de suponer la concentración de los mercados ha impedido la efectiva competencia, con la limitación de nuevos entrantes.

En la actual fase de liberalización del sector de telecomunicaciones, la dinámica competitiva supone la búsqueda de la armonización de las fuerzas que crean un equilibrio razonable entre la libre competencia y la innovación tecnológica. De la convergencia de esos dos factores prevalecerán no sólo la inversión, sino sobre todo la investigación y el desarrollo de modelos más complejos e innovadores con la formación de nuevos productos y servicios.

Para Carlón Ruiz (2009:573), la profundización del proceso de liberalización de las telecomunicaciones españolas se traduce en la simplicación del proceso autorizatorio, tanto en términos de procedimiento como de cláusulas. La mejora en la oferta de servicios es real cuando estos condicionantes favorecen la multiplicidad de opciones para los usuarios y además reflejan una tendencia, en la práctica, de estímulo a la política de reducción de precios, pero con un mínimo nivel de interferencia pública.

Para facilitar el proceso de desarrollo de los servicios a niveles favorables para los usuarios se ha hecho imprescindible el inicio de los cambios en el mercado a través del conocimiento de las prácticas empresariales, para después firmar las bases de la separación de los marcos regulatorios de cada sector.

La privatización por sectores también ha establecido restricciones a la posibilidad de concentrar todo el mercado en un solo operador. Estas conexiones de orden normativo permitieron introducir un grado razonable de competencia en un sector donde anteriormente existía sólo la reserva de la titularidad pública y la explotación a través del monopolio. La consecuencia inmediata de las privatizaciones ha sido la concentración moderada del mercado a través de los operadores exclusivos o dominantes. Esa realidad, aunque ha sido transitoria en muchos países como España,

Fuente: Anatel/2000

Gráfico 1a: Relación de empresas privatizadas del sistema de telecomunicaciones de Brasil y los nombres de los consorcios empresariales que adquirieron los servicios (2000).

<i>Empresas privatizadas</i>	<i>Consortios</i>
Telesp	Telefónica de España, RBS, Iberdrola, Portugal Telecom y BBV
Telemar	Andrade Gutiérrez, Br Telecom, Inepar, Lafonte y otros.
Tele Centro-Sul	Telecom Italia y <i>Opportunity</i>

Fuente: Anatel

Como se ve en la descripción anterior, los grandes grupos de empresas extranjeras asociados a empresarios nacionales fueron los protagonistas del proceso de privatización de las telecomunicaciones en Brasil. El contorno del mercado fue asumido por esos grupos bajo un propósito común, en un sistema de derechos exclusivos sobre grandes espacios territoriales del país.

Dice Andrews (2010:110) que muchas de esas empresas, además de tener facilidades para ingresar en el mercado interno, recibirán incentivos financieros, subvenciones públicas y préstamos a bajo interés a través del banco estatal BNDES (Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social de Brasil), siempre que puedan atender las condiciones propuestas por las normativas de las convocatorias de las privatizaciones.

De este modo, en el caso brasileño, incluso el proceso de liberalización en su primera etapa ha estado dirigido a favorecer la exclusividad de las concesiones de determinados grupos empresariales, además de que el propio sector público capitalizó las empresas interesadas en las subastas de las empresas públicas. Esas decisiones no sólo condujeron a la concentración del mercado sino que también facilitaron la creación

de oligopolios privados debido a la dependencia del sistema respecto a los operadores dominantes que preservaban sus privilegios al refinanciarse con el dinero público resultante de sus ganancias operativas.

Esas concesiones otorgaron el monopolio de las telecomunicaciones de larga distancia y retrasaron la ampliación de los mercados y la expansión del proceso de liberalización. La prohibición de nuevos entrantes aplazó la competitividad. Así, agotada la primera etapa de venta de las empresas públicas, el mercado siguió manteniendo los mismos privilegios, tanto en la telefonía fija como en la móvil.

La realidad de la experiencia de Brasil contrasta con las circunstancias de liberalización del mercado europeo. En primer lugar, según Muñoz Machado (2009:147), el desarrollo de las agencias europeas ha ido acompañado de procesos de liberalización acordados respecto a algunos sectores económicos; además estuvieron motivados por una especialización técnica y de seguimiento continuo de la evolución económica.

En España la dinámica competitiva ha sido considerada en la justa medida del potencial del sector, por normativas europeas definidoras de marcos jurídicos en la fijación de límites de cada aspecto relevante de las telecomunicaciones como tarifas, servicios, redes, interconexión y otras infraestructuras.

Al contrario de lo que ocurrió en Brasil, en España el impulso inicial privatizador dio pie a la exclusividad de la empresa Telefónica de España, ya privatizada, con un plazo determinado de duración para el ejercicio de ese derecho. Después de que esa fecha inicial expirara, el organismo regulador dio el paso a la libertad de competitividad, permitiendo la inclusión de nuevos operadores. Por el contrario, en Brasil, al transcurrir el plazo inicial de la explotación en régimen de monopolio, la agencia reguladora ha autorizado la prórroga de los contratos, manteniendo las ventajas operativas de las empresas dominantes.

En el gráfico que hay a continuación se muestra la descripción de la distribución del mercado de telecomunicaciones brasileño basada en regiones territoriales donde, conforme a la regla general, solamente puede existir una única operadora de telefonía en cada una de ellas.

Gráfico 1b: Regiones del plan general de concesiones (2008) Decreto n°. 6.654/2008

REGIÃO	ÁREA GEOGRÁFICA CORRESPONDENTE AO(S) TERRITÓRIO (S)
I	dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima.
II	do Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre.
III	do Estado de São Paulo.
IV	nacional

Fuente: Antatel

Sin embargo, en el caso de la telefonía móvil, el proceso inicial de privatización obedeció a un criterio similar al de Europa, con más libertad competitiva. Después de cumplido el período de exclusividad, otras operadoras pudieron competir entre ellas; es decir, la autoridad reguladora introdujo una dinámica más competitiva para ese sector, conforme se observa en el gráfico siguiente:

Tabla 5: Fase inicial de privatización del servicio de telefonía móvil en Brasil-1998

<i>Operadora</i>	<i>Cobertura territorial (estados miembros)</i>	<i>Grupo de control de las acciones</i>
Tele Norte Celular	Amazonas, Pará, Amapá, Maranhão, y Roraima	<i>Opportunity y Telesystem</i>
Tele leste Celular	Bahia y Sergipe	Iberdrola, Telefónica(ES)
Telenordeste Celular	Ceará, Piauí, Río Grande del Norte Paraíba, Pernambuco y Alagoas	Globopar y Bradesco
Tele Centro-Oeste celular	Acre, Mato Grosso, Mato Grosso del Sur, Tocantins, Brasilia-DF, Goiás	Splice
Telemig Celular	Minas Gerais	<i>Telesystem Opportunity</i>
Tele Sudeste Celular	Río de Janeiro y Espírito Santo	Telefónica, Iberdrola, NTT, Itochu
Telesp Celular	São Paulo	Portugal Telecom
Tele Celular Sul	Río Grande del Sur, Paraná y Santa Catarina	Globopar, Bradesco, Telecom Italia

El gráfico de abajo identifica el control del mercado con la cantidad de empresas y la descripción de las posiciones de liderazgo por cada zona territorial hasta el año 2009.

Tabla 6: Posición después de la liberalización de la competencia de la telefonía móvil. Año 2009

	<u>Operadora</u>	<u>Controlador</u>	Móviles (Millones)	Market Share
1ª	Vivo	Telefónica/Portugal Telecom	60.823	29,65%
2ª	Claro	América Móvil	52.241	25,46%
3ª	Tim	Telecom Italia	51.814	25,26%
4ª	Oi	Telemar	39.553	19,28%
5ª	CTBC	CTBC	622	0,30%
6ª	Sercomtel	Prefeitura Londrina Copel	79	0,04%
7ª	Aeiou	Unicel	19	0,01%

Fuente: Anatel.

Como hemos visto, la liberalización del mercado de telefonía móvil en Brasil siguió dos fases distintas: el primer paso fue crear un mercado que antes no existía para ser operado bajo el monopolio de algunas empresas privadas; en una fase posterior, se presentó una competencia más amplia (pero con mucha concentración de mercado) con el otorgamiento de nuevas concesiones a otros grupos o consorcios y con el consentimiento de la expansión territorial a través de la expedición de nuevas licencias (vía contrato de concesiones) a las mismas empresas que ya funcionan en áreas más pequeñas.

Así pues, la expresión que usa De la Quadra-Salcedo & Del Castillo (2003:29) "la tierra prometida de la competencia" es relevante para las telecomunicaciones, pero exige una práctica constante y mejora constane por parte de las autoridades

reguladoras para que no cejen en el firme propósito de imponer medidas concretas de liberalización hacia la apertura definitiva de los mercados. También es cierto que paulatinamente la apertura del sector ha ido acompañada de medidas administrativas responsables por el aumento del número de competidores en cada sector, aunque continúa la concentración de los mercados, como se verifica en los cuadros de abajo.

Tabla 7: Participación en el mercado de empresas dominantes, número y porcentaje de domicilios y municipios con acceso a banda ancha por unidades federales de Brasil/año 2008-2009

UF	Domicilios Con banda ancha (2008)	Total de domicilios (2008)	% de domicilios con banda ancha	Municipios con banda ancha (3T2009)	Total de municipios	% de municipios con banda ancha	Part.de empresa dominante
Acre	28.600	186.748	15,3%	14	22	63,6%	99,3%
Alagoas	70.646	884.135	8,0%	10	102	9,8%	94,7%
Amapá	1.044	165.097	0,6%	-	16	0,0%	N/A
Amazonas	63.826	797.134	8,0%	1	62	1,6%	81,2%
Bahía	595.190	4.232.440	14,1%	53	417	12,7%	61,1%
Ceará	247.918	2.377.863	10,4%	27	184	14,7%	93,6%
Distrito Federal	386.779	755.130	51,2%	1	1	100,0%	42,2%
Espírito Santo	294.160	1.064.608	27,6%	38	78	48,7%	63,4%
Goiás	342.817	1.860.237	18,4%	207	246	84,1%	58,1%
Maranhão	129.109	1.621.311	8,0%	9	217	4,1%	93,5%
Mato Grosso	213.169	928.017	23,0%	113	141	80,1%	75,0%
Mato Grosso do Sul	133.255	734.761	18,1%	77	78	98,7%	64,6%
Minas Gerais	1.210.850	6.126.839	19,8%	321	853	37,6%	45,9%
Pará	150.302	1.941.274	7,7%	3	143	2,1%	99,3%
Paraíba	114.679	1.086.860	10,6%	13	223	5,8%	64,6%
Paraná	937.449	3.392.013	27,6%	372	399	93,2%	49,8%
Pernambuco	256.223	2.481.854	10,3%	39	185	21,1%	86,3%
Piauí	56.531	875.939	6,5%	10	224	4,5%	94,3%
Rio de Janeiro	1.317.226	5.258.154	25,1%	83	92	90,2%	70,2%
Rio Grande do Norte	99.484	888.764	11,2%	16	167	9,6%	71,8%
Rio Grande do Sul	798.518	3.662.250	21,8%	336	496	67,7%	46,8%
Rondônia	72.886	452.541	16,1%	50	52	96,2%	99,3%
Roraima	347	117.126	0,3%	-	15	0,0%	N/A
Santa Catarina	573.559	1.960.334	29,3%	279	293	95,2%	66,0%
São Paulo	3.800.540	12.916.358	29,4%	452	645	70,1%	64,8%
Sergipe	62.859	567.747	11,1%	8	75	10,7%	97,3%
Tocantins	41.980	378.961	11,1%	61	139	43,9%	98,5%
Total	11.999.946	57.714.495	20,8%	2.593	5.565	46,6%	36,9%

Fuente: Informe IPEA/2010

Gráfico 2: Evolución de la competencia/Telefonía Brasil 2009

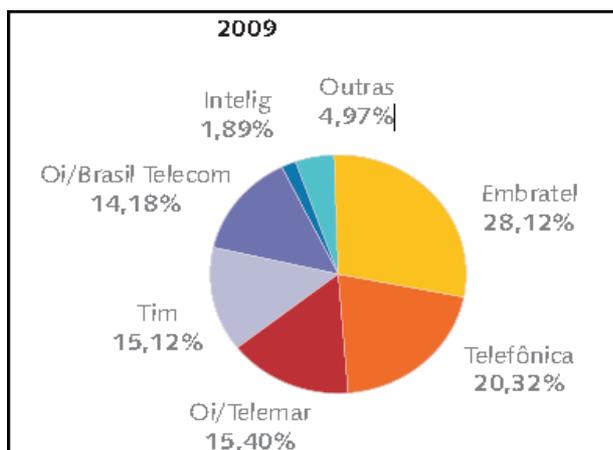
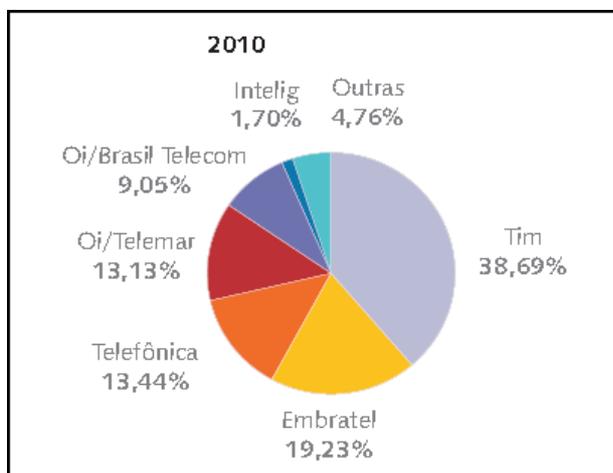
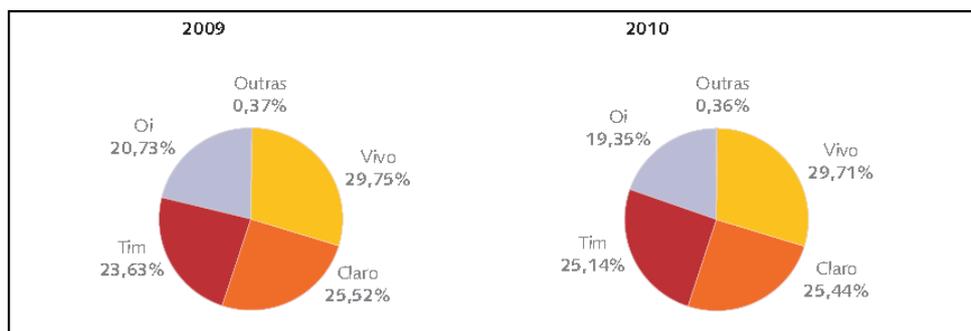


Gráfico 3: Evolución de la competencia/Telefonía Brasil 2010



Fuente: Informe Anatel 2010

Gráfico 4: Evolución de la competencia telefonía Móvel/2009-2010



Fuente: Informe Anatel 2010

Esa construcción histórica significa un cambio de perspectivas, no se traduce en una mudanza espontánea que conduce al mercado al autocontrol. En la práctica, esto implica un marco real competitivo, ya que requiere nuevos hábitos y procedimientos

que surgen del entorno administrativo. Sin embargo, muchos gobiernos tienen graves dificultades para mantener el compromiso trazado con la liberalización de los mercados y la defensa de los objetivos sociales de los servicios privatizados.

Mientras tanto, para que la ruptura con la tendencia de concentración de empresas se suceda, varios factores pueden contribuir a minimizar los efectos de la incertidumbre generada por la volatilidad de la economía mundial o la inseguridad de la continuidad de las inversiones privadas; lo fundamental es el seguimiento continuo de las tendencias del mercado por parte de las comisiones independientes para redefinir las estrategias regulatorias.

Un verdadero aliado de la dinámica de las medidas de transformación que se puede adaptar perfectamente al sector de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas es la seguridad institucional y la eficacia normativa, factibles en la medida en que los organismos regulatorios lo permitan.

V. 1.3. La Estructura Tarifaria

Durante del proceso de privatización la aplicación de la libertad de explotación en las telecomunicaciones no sólo supuso mayor flexibilidad en el ejercicio de la actividad económica, sino también un declive de los modos de intervención sobre los servicios anteriormente prestados por el Estado, como determinar las tarifas de las llamadas de corta y larga distancia.

El método de intervención administrativa ha cambiado para atender los intereses financieros de los operadores. Con la liberalización de las comunicaciones electrónicas, la sostenibilidad de los derechos de los usuarios está en la calidad y en el precio de los servicios. Por lo tanto, los resultados esperados de los mercados están entrelazados con los resultados objetivos respecto a la política de precios, fijados por los organismos reguladores y orientados teniendo en cuenta a los consumidores.

Sin embargo, se trata de una actividad empresarial que asegura nuevas perspectivas a partir de la aparición de otras formas de servicio y prestaciones. Por ejemplo, mientras que en la telefonía fija existía un marco de transición entre las empresas públicas y las privadas de los servicios públicos, el incremento de la

cobertura de los servicios de telefonía móvil evolucionó desde la estructura tarifaria desarrollada a partir del marco regulatorio de los mercados liberalizados. Las consecuencias de esa política no dependían solamente de los parámetros definidos por la ley, pero fueron responsables por cubrir las expectativas de los operadores privados y las necesidades de sus ganancias. Esa realidad contribuyó a asegurar el equilibrio económico financiero de los contratos de concesión de los servicios.

Los desafíos de la explosión de las tecnologías de nueva generación amplían cada vez más los riesgos de problemas básicos que afligen el mercado, como los costes de nuevas inversiones o el déficit ocasionado por la información asimétrica; por eso se reconoce la necesidad permanente de un componente de regulación fundamental que es conocer las preferencias de los consumidores. En ese sentido, la mayoría de los países ha establecido un mayor control de precios, con criterios genéricos pero con cierta libertad de mercado respecto a los costes y a la carga tributaria que incide sobre el conjunto de las obligaciones del servicio universal.

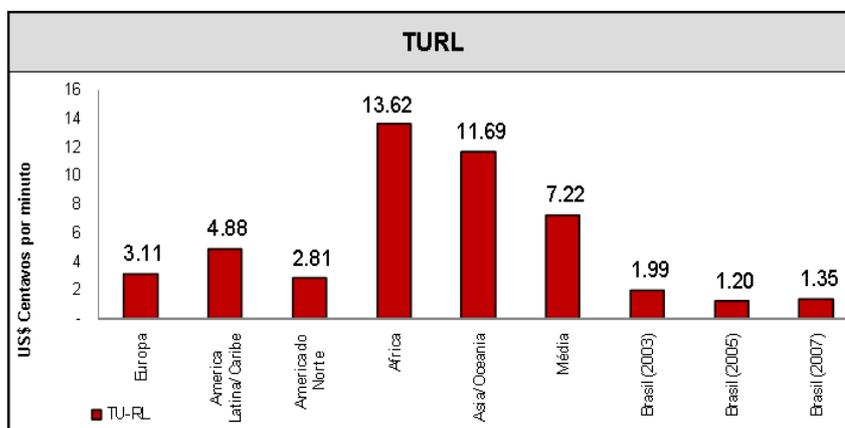
En el caso de los países europeos, corresponde a cada estado miembro comunitario evaluar su base de costes. Esta legislación abona los estándares de calidad del servicio, con razonables costes económicos con respecto al servicio universal, sin perjuicio de la competencia. Este avance refuerza los derechos del consumidor en la medida en que permite que haya un equilibrio en el reparto de bonos de servicios entre el operador designado y el de otros operadores y proveedores de servicios.

Otro fenómeno digno de mención es que se registró un incremento en las tarifas de los servicios exclusivos del suministro en el período inmediatamente anterior a las privatizaciones. Esa realidad ha sido constatada en Brasil. El objetivo de los ajustes de los servicios se justifica por la necesidad de que los mercados reaccionen favorablemente a la propuesta de liberalización de los servicios.

El poder de atracción de las empresas públicas sometidas a subasta ha dado resultados en la primera fase de privatizaciones, donde los operadores ofrecen ventajas a las Administraciones públicas, como por ejemplo los mejores precios que se pueden obtener con la venta de las empresas públicas. La consecuencia de la apertura de esas convocatorias públicas fue el aumento de la rentabilidad de las empresas privadas que, en la práctica, pasaron a operar en el sector regulado pero con tarifas de servicios

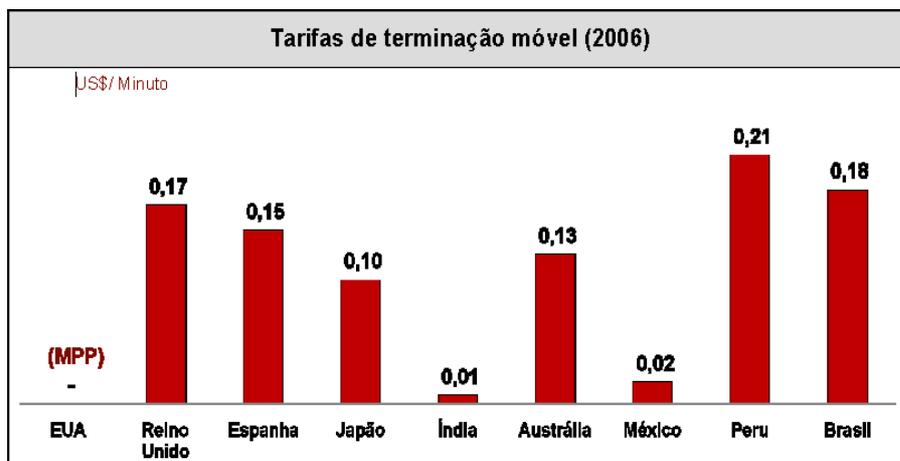
fijadas previamente por la autoridad reguladora. Es decir, hubo un incremento de precios para conseguir que las empresas de telecomunicaciones fueran más atractivas para los empresarios.

Gráfico 5: Tarifas de terminales fijos (2006)



Fuente: Presentaciones de 2007 de la UIT y de TRP Corporate, AT Kearney. Realizado por Guerreiro Consult

Gráfico 6: Tarifas de teléfonos móviles (2006)



Fuente: OCDE, Livemint, SWITZERNET, Teleco, Gobierno del Perú, UIT, EUBUSINESS; Ministerio de Justicia de Brasil, Análisis AT Kearney, realizado por Guerreiro consult

Algunos países encuentran la fórmula ideal para controlar la evolución de los servicios en la era competitiva. En ese sentido, fue esencial establecer los parámetros de las tarifas practicadas bajo el control de costes de los operadores, pero con transparencia en la información contable y de consumo ofrecida a los usuarios. Otra posibilidad habitual ha sido la definición de criterios como marcos legales para que el operador pueda ofrecer un límite máximo de gastos contratados por los consumidores y fijar un precio por pulso o por minuto de llamada. Sólo mediante el control sobre la

información de los costes de cada operación²⁵⁶ realizada por los consumidores se puede conseguir que la población conozca y controle su consumo telefónico, ayudando a los organismos reguladores a mejorar de antemano los métodos de tarifación.

Por otro lado, el control de los bienes transmitidos y de los servicios prestados a través de las comunicaciones electrónicas también incluyen la satisfacción de ese interés público por el precio de interconexión mediante la transmisión de señales entre operadores, lo que comporta, como afirma Cubero Marcos (2008:155), dotar al precio de la interconexión de una naturaleza jurídico-pública.

En Brasil, el desarrollo de los servicios de telefonía móvil y fija y de las tarifas aplicadas, no sirvió para proteger los derechos del consumidor, ya que los valores de los servicios, constantemente reajustados desde antes de la liberalización, siguió en marcha, incrementado la carga tributaria de los servicios y encareciendo los costes, pues los operadores estaban autorizados por el organismo regulador a reparar sus pérdidas financieras a través de los consumidores.

Asimismo, otros factores como el aumento en las tasas de inflación contribuyeron a mantener las prestaciones en los mismos niveles iniciales de inversión y de expansión. La supresión o el incremento de tasas y encargos sobre los servicios generan aumentos de precios que actúan sobre la base de los contratos firmados entre los operadores privados y los consumidores. La disminución de precios es una realidad derivada de la competencia, pero el modelo de ejercicio para la potestad tarifaria se somete a las condiciones establecidas en la normativa vigente, lo que no excluye la necesidad de la Administración de condicionar ese control a la necesidad de respetar el equilibrio económico-financiero del servicio.

En España se ha constatado esa reducción gradual, como puede verse en las estadísticas más recientes y en el análisis del gráfico 11.

²⁵⁶ En ese sentido, Laguna de Paz (2010:437) nos advierte que no es sencillo conocer la situación financiera y patrimonial de los grupos empresariales, pero jamás puede estar ausente la regulación pública en ese proceso, porque es la manera que se garantice la fiabilidad de la información de las empresas. En el caso de la UE se busca la convergencia de las normas contables, visando un corpus único de normas contables mundiales

Gráfico 7: Estadísticas sobre la carga tributaria operada sobre las tarifas de teléfonos móviles y fijos



Fuente: Anatel informe de octubre/2007. Panel prospectivo: Contexto y perspectivas tecnológicas

Un modelo poco competitivo demuestra una realidad que exhorta a un patrón de financiación global asentado en beneficios muy distintos de los operadores, con un sistema de cobros discrepante, aunque las mismas empresas ofrezcan igual prestación en distintos países. En ese caso, la Administración necesita conocer el sistema de costes totales y unitarios de los operadores en todos los mercados internacionales, pues es muy probable que se produzcan discrepancias contables que vulneran una política de precios justa y equilibrada.

En ese sentido, Laguna de Paz nos recuerda que el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 1606/2002, de 19 de julio, se refiere a la aplicación de normas internacionales de contabilidad, para armonizar la información financiera y así alcanzar la transparencia y comparabilidad del funcionamiento de los estados financieros de las empresas que actúan dentro de la Unión Europea.

La misión de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones de Brasil es promocionar el desarrollo de las telecomunicaciones con el fin de dotar al país de una moderna y eficiente infraestructura, capaz de ofrecer servicios adecuados,

diversificados y a precios justos en todo el territorio nacional²⁵⁷. En ese sentido, la Ordenanza 178/2008 ANATE establece la necesidad de implementación de las políticas públicas en telecomunicaciones, con base en acciones y providencias en el ámbito de su competencia, para asegurar la competencia en la explotación de servicios y una oferta beneficiosa para los usuarios en términos de precio y calidad.

En el año 2010 el Consejo Director de la Anatel aprobó la libertad tarifaria para los años siguientes; además, con la discusión del Plan General de Metas para la Universalización, la nueva propuesta de acceso individual clase especial (AICE) para la telefonía fija, concluye un plan de servicio con una nueva franquicia de servicios para los usuarios basada en minutos, modulación horaria y precio de contratación más bajo que el modelo de 2010, es decir, por menos de 10 reales (unos 4 euros), en lugar de los 30 reales que se cobraban antes de diciembre de 2010.

Donde existe cierta neutralidad tributaria, hay también tendencia a un mayor control en la presión de los mercados y de los operadores en búsqueda de nuevos reajustes de precios. Pero la neutralidad tarifaria sólo es eficaz cuando el suministro eficiente de los servicios es el resultado de la consolidación de un marco de competencia. Por otro lado está el hecho de que, en la práctica, hubo un aumento significativo de las tarifas en el período anterior a la primera privatización de los servicios de línea fija, con el objetivo de hacerlo más atractivo para la adquisición por parte de empresas privadas.

Esa política de subsidio también optimizó la rentabilidad de las compañías privadas en lugar de imponer desde el principio la reducción de los precios establecidos por el Estado.

La centralización del poder tarifario en los gobiernos también es una especie de herencia de los servicios públicos; en la fase de transición hacia la liberalización se aseguró el control de precios mediante la fijación de índices de reajustes de precios sugeridos por la Administración pública; finalmente, el Estado pasó a autorizar la actuación de los operadores de modo más libre, con base en la credibilidad en los mercados después de casi diez años de competencia.

²⁵⁷ Informe anual ANATEL de 2010, p. 9, www.anatel.gov.br.

En el mercado brasileño es prioritario aplicar políticas tarifarias diferenciadas a la población con menos poder adquisitivo, e inscrita en los programas sociales del gobierno, a través de condiciones específicas de ofertas de servicios, formas de pago, tratamiento de llamadas y calidad del servicio²⁵⁸. Ese objetivo primordial nace con la expansión de las redes y el número de consumidores atendidos por las empresas privadas.

Nos recuerda Tornos Más (2009:557) que también es cierto que con la gestión privada de telecomunicaciones el Estado pasó a exigir que las empresas privadas cubrieran además los sectores deficitarios, es decir, menos rentables. En realidad, esa universalización no siempre se ha producido debido a la prevalencia de la visión empresarial, que estipula la expansión del mercado conforme a la política de inversión en nuevas infraestructuras y redes que sean más rentables financieramente, si bien la ampliación de los mercados no es condición para la reducción de los precios.

La ausencia de un Estado regulador es más bien un régimen que autoriza a las empresas privadas a moverse por intereses exclusivamente empresariales y no generales. Según Betancort (2008), la huida de una presencia más efectiva de los reguladores en el acompañamiento de la estructura misma de los precios es fruto de la ampliación del poder de los operadores, lo que impide un control administrativo eficaz.

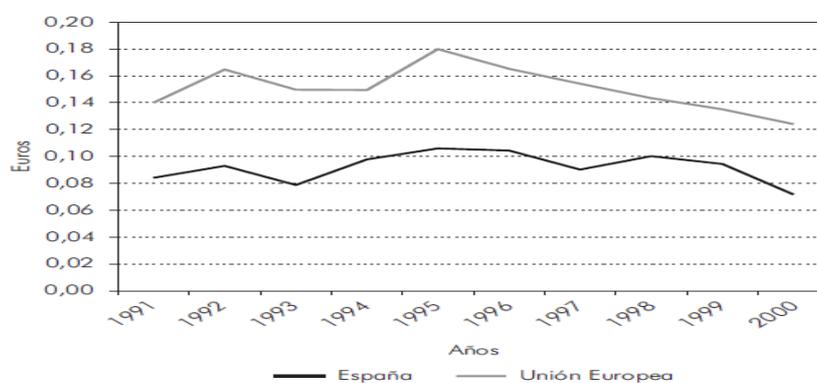
Aunque apuntando resultados positivos, los indicadores de la reducción de tarifas y aumento de los incentivos para las inversiones en el sector presentan datos que muestran cierta tendencia a que desde la fase de liberalización de los servicios los precios de los operadores tuvieran una reducción bastante limitada. Sin embargo, las inversiones en los sectores tecnológicos y la mejora de las infraestructuras disminuyeron los costes para los operadores, sobre todo hasta la implantación de la competencia, por lo tanto la tendencia es que los precios sean más bajos que los de hace diez años. Pero, quizás debido a los desafíos actuales de más inversión en nuevas tecnologías, las autoridades reguladoras deberán optar por expandir las redes o consolidar las ya existentes.

²⁵⁸ Informe anual Anatel 2010, p. 17.

De todos modos, esas circunstancias reportan ganancias extraordinarias a las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, pero los consumidores no suelen verse beneficiados por ese éxito.

La siguiente tabla señala un ligero descenso de los precios, fenómeno que se ha percibido más recientemente en Brasil, causado sobre todo por el aumento de competencia y por la venta exclusiva de paquetes de productos de banda ancha (por ejemplo, Internet + teléfono fijo), lo que resulta en precios unitarios más bajos para cada servicio individual contratado.

Gráfico 8: Evolución de los precios de llamadas locales de 3 minutos en horario normal, en centavos de euro.

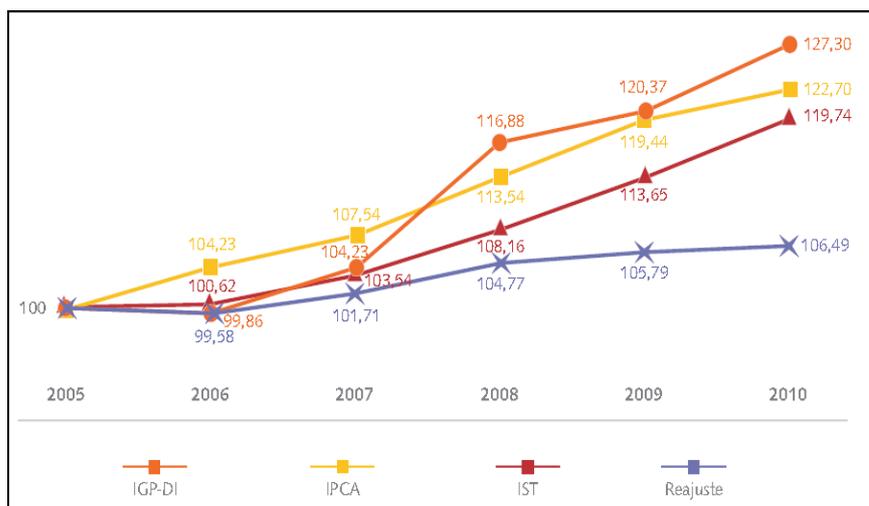


Fuente: ICE-Infraestructuras Transportes e industrias de Red

La normativa de reajustes de tarifas em Brasil obedece a plantas básicos de las concesionarias de telefonía definidos por el regulador en la última revisión de los contratos de concesión, autorizados en el año 2006. Desde entonces los reajustes se llevan a cabo en cada período no superior a 12 meses, con base en la variación del índice de servicios de telecomunicaciones (IST) creado en 2005 por la Anatel, donde se reflejan las variaciones de los costes de los operadores de servicios. Como se verifica en el gráfico de abajo, entre 2005 y 2010 el índice de reajustes de precios de telefonía fija ha sido de un 6,5% mientras que otros índices de precios oficiales sufrieron reajustes más amplios.

Gráfico 9: Índice Reajuste de Precios

Año Base: 2005



Fuente: Informe Anatel 2010

V.1.4. El Desarrollo tecnológico

Está demostrado que el mercado de las comunicaciones electrónicas, todavía denominado telecomunicaciones en Brasil, se renueva cada día, requiriendo el esfuerzo de la autoridad reguladora. Esa inegable tendencia de desarrollo constante se asocia al continuo desafío de innovarse para mantener la competitividad en niveles altos. No obstante, el problema de las nuevas inversiones aflige a todos los mercados del mundo²⁵⁹ y para eliminar cualquier obstáculo regulatorio es imprescindible asegurarse el despliegue definitivo de las redes de nueva generación y auspiciar la mejora en el acceso a la banda ancha, con más velocidad y calidad en los servicios prestados.

La mejora significativa de la telefonía se ha conseguido gracias a los avances tecnológicos que motivaron una mejoría de la calidad de los servicios de telecomunicaciones después de la privatización del sector. En muchos países incluso se introdujo un modelo de eficiencia de llamadas y de otros servicios practicados por los operadores privados. En este caso, el mercado liberalizado se preparó para absorber el exceso de demanda que existía anteriormente como resultado de largos años de déficit de calidad y de pocas inversiones de las empresas públicas. La ausencia de capacidad

²⁵⁹ COM (2010)271final

técnica de los operadores impidió tanto la competencia como la mejora de los servicios públicos.

En el marco de la expansión normativa, el derecho de todo el mundo persiguió la consolidación de la industria de las telecomunicaciones entre los años 2005 y 2008, sobre todo con la inclusión efectiva de la competencia en el sector, lo que supone mantener las condiciones de incentivo y despliegue de infraestructuras, retirando las subvenciones públicas al mismo tiempo que avanza la competitividad e impidiendo un estancamiento de la misma.

Desde el año 2008 se registra otro fenómeno asociado a la reducción de líneas residenciales como resultado de la introducción de la banda ancha y la sustitución del teléfono fijo por el móvil. Para Katz (2009), la crisis financiera global iniciada en 2008 indica una retracción de los mercados de consumo en general, proyectando un ciclo recesivo mundial que incluye el estancamiento del crecimiento, sobre todo en países europeos y en Estados Unidos.

En Brasil, sin embargo, al ser uno de los países emergentes con más estabilidad en la economía desde hace una década, el avance de la demanda de nuevos productos sigue a buen ritmo, aunque, al igual que en otros países, se angustia con la inversión tecnológica debido a la reducción de confianza en los mercados.

Según Laffont & Tirole (2000), las primeras investigaciones sobre las interconexiones en un contexto de competencia de redes apuntan a que existe la posibilidad de aplicar precios altos de interconexión aunque, en palabras de Armstrong (1998), no exista suficiente certidumbre práctica para llegar a esa conclusión.

En Europa esa técnica ha cambiado para permitir que los consumidores elijan varias redes, o incluso tecnologías distintas y competitivas en materia de calidad, servicios, precios de instalación y demás formas de negociación durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, en España esa alta tasa de innovación y libre competitividad en todas las áreas, sobre todo en paquetes de servicios, incentivó la demanda de ofertas más ventajosas por parte de los consumidores.

Esa mayor flexibilidad dificulta el complot entre los operadores con empresas verticalmente integradas entre las plataformas con tecnologías tan distintas como la telefonía fija, móvil, cable, xDSL, etc.

Además en la normativa española de telecomunicaciones la adaptación de la ley a la realidad tecnológica permitió ser superada con la inclusión de la efectiva competencia, la condición de superioridad del operador dominante. La actual Ley General de Telecomunicaciones de España utiliza incluso una nueva expresión para referirse a ello: el término "operador con poder significativo"²⁶⁰. Si bien existe un amplio consenso sobre los objetivos de la competencia para perseguir los servicios de interés universal, no siempre una mejora en la calidad del servicio está relacionada con el desarrollo de todas las potencialidades tecnológicas necesarias para el funcionamiento de los servicios y la eliminación de defectos en del sector.

Los avances en la productividad y la atención a un mayor número de personas es un resultado institucional, fruto de la calidad de la presencia de los agentes reguladores en los sectores bajo régimen privado. En la mayoría de los países, sin embargo, no se considera la condición de mejora en la normativa de la protección de los derechos de los usuarios el termómetro del desarrollo tecnológico, pero sí el aumento de cifras y demanda de servicios, muchas veces alejada de la calidad.

Los resultados de la maximización conjunta de los beneficios en el sector de telecomunicaciones son alabados por el mercado liberalizado pero, en realidad, no nacen de los acuerdos entre operadoras, aunque sí de la disposición de la intervención pública. Es decir, los fallos o la ausencia de mando público a través de los órganos reguladores hacen imposible la adecuada regulación o cualquier otra forma de progreso en defensa de los intereses de los usuarios.

Las conductas reguladoras de la Administración son esenciales en la función de vigilancia de la entidad reguladora, la cual tendrá que fijar la competencia necesaria entre los distintos operadores privados para que las medidas administrativas sean puedan evaluar la aplicación real de las ventajas tecnológicas en beneficio de cada

²⁶⁰ Según el anexo de la LGTEs (32/2003), eso se refiere al operador que, individualmente o con otros, disfruta de una posición dominante, es decir, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea independiente de los competidores, los clientes y los consumidores.

sector. En este punto, el Estado debe ser capaz de incentivar las nuevas tecnologías para generar mayor competencia, elementos que sumados pueden evaluar la contribución de los operadores a las prestaciones e infraestructuras donde dichas prestaciones garantizan que las redes sean más eficientes para los servicios de telecomunicaciones.

Por lo tanto, aunque es indispensable para el desarrollo del sector, el factor tecnológico todavía no se puede apreciar como el principal indicador de la superación de las incoherencias de la prestación. Sin embargo, la alta concentración de los conglomerados empresariales, dominantes en los mercados mundiales, es capaz de liberar a los países de esa concentración para promocionar la dinámica de la libertad de competencia en el sector, si bien la legislación brasileña no tiene muy claro que esa medida de eliminación de los operadores dominantes garantice el éxito de una buena regulación.

Carlón Ruiz (2007:85) piensa que las nuevas tecnologías han aportado aspectos firmes y positivos, pero también negativos. La parte positiva es que afianza e integra un nuevo elemento al servicio económico de interés universal; la parte negativa es que genera un riesgo de extinción de determinadas prestaciones o servicios cuando ya son tecnológicamente obsoletos, que podrían ser eliminados a pesar de ser necesarios para la población. Un ejemplo de eso es la sustitución de las tecnologías analógicas por las digitales; muchas operadoras exigieron a los consumidores el cambio tecnológico de sus aparatos cargándoles a ellos el coste del servicio.

Así, la aparición de nuevas tecnologías, más dinámicas y eficientes no rechazan el carácter esencial de las comunicaciones electrónicas. Vivimos en la “era de la información”, en palabras de Castels (1999), y por ello los factores de transformación de la vida social deben preservar la vocación universal, sin olvidar, como advierte Schmidt-Abmann (2006:6), que se trata de la reconstrucción de las instituciones relacionadas con las transformaciones del Estado y la señal de un nuevo papel del Derecho Administrativo, en cualquier caso, dentro de un contexto social más adecuado.

Cuando el mercado considera obsoleta una disposición de las prestaciones debido a la inclusión de nuevas técnicas, los avances en la tecnología pueden convertir las

antiguas prácticas en un modelo de ineficiencia para la prestación de determinados servicios, con lo cual no se debería perjudicar a los usuarios de los servicios.

Las políticas públicas facilitan el cumplimiento de los desafíos tecnológicos. Es competencia de la administración corresponder a las expectativas empresariales para exigir también a las operadoras obligaciones específicas que den uniformidad y equilibrio a las diferencias tecnológicas. En Brasil, como en otros países de gran densidad, no se practica como es debido lo que Chinchilla Marin (2003:176) llama “neutralidad tecnológica”.

A menudo existe una tendencia a que las empresas privadas estimulen el progreso tecnológico de los servicios solamente en áreas territoriales determinadas, elegidas en función de la alta concentración poblacional o de la mayor capacidad financiera de la población residente en aquellas zonas. En este punto, Betancor (2000:300) nos advierte de que la evaluación del impacto normativo se convierte, en este escenario, en un medio esencial de control formal, de acuerdo con la legislación pertinente, pero también sustantivo y material cuando la Administración emite un dictamen técnico que establece cuál es la regulación más apropiada o necesaria.

Como se sabe, las innovaciones tecnológicas han tenido un papel relevante pero, según Pardo (2009:330), también muy relativo, ya que aunque sean los conductores de los avances históricos, ha habido una serie de causas que hicieron que madurara la competencia y que las redes más modernas permitieran servicios más eficientes tecnológicamente.

La nueva idea-fuerza del desarrollo económico y social se centra también en el sistema legal impuesto a partir de las decisiones de las autoridades estatales, tanto a nivel interno de los países como internacional, al servicio de la libertad de expresión dentro del mercado de la comunicación tecnológica mundial, aunque en este caso el control público sólo se justifica por razones de trascendencia social de esa actividad en la que recae el mando público. De lo contrario, al ser considerada una actividad económica común, la presencia pública solamente sería discrecional y serviría para apoyar el aumento del poder político del Estado.

En resumen, los instrumentos jurídicos cambian y corresponde a las Administraciones públicas renunciar a tomar todas las decisiones referentes a los mercados de telecomunicaciones, según dice Sainberg (2004:211).

La gran multitud de conceptos tecnológicos y el uso en mayores escalas en los diversos sectores de las telecomunicaciones ha permitido la evolución rápida de la inclusión digital y de la banda ancha. Eso propulsó la comunicación a niveles jamás experimentados por la sociedad moderna. Sin embargo, la relación entre el precio y la oferta de servicios no ha sido uniforme en todos los países.

Brasil representa una profunda paradoja puesto que el uso de las nuevas tecnologías no ha sido suficiente para romper la “brecha digital”; es decir, existe un agujero social entre los que tienen derecho al acceso a las nuevas tecnologías y los que todavía siguen separados de las infraestructuras que les asegura la prestación.

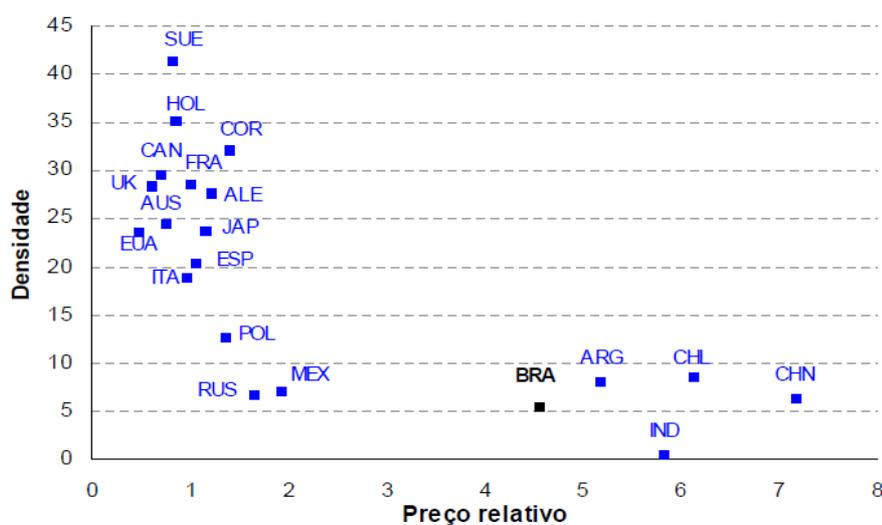
Todavía persiste la deficiencia tecnológica, sobre todo respecto a la banda ancha, en establecer servicios en las zonas de difícil acceso, aunque sea un compromiso público de la autoridad reguladora y del gobierno brasileño²⁶¹.

Esa situación se encuentra representada en los gráficos 12 y 13, que muestran indicadores tecnológicos comparativos sobre la condición de desventaja profunda de Brasil con relación a otros países. La baja competitividad agranda la brecha tecnológica que se refleja también en la profunda desigualdad que todavía existe en algunos sectores de las telecomunicaciones, en particular en el despliegue de la redes de nueva generación. La escala de densidad mide la cantidad total de accesos a los servicios de la banda ancha fija para cada grupo de cien habitantes.

El rango de precios expresa la relación entre las cuotas mínimas de los servicios y el ingreso de la renta per cápita en el país, lo que también demuestra un progreso bastante desigual al comparar a Brasil con otros países. Esta baja densidad se relacionó inicialmente sólo con la disponibilidad total del servicio; sin embargo, en la actualidad ya existe una ampliación de posibilidades con el aumento de aplicaciones y mayor velocidad disponible para los consumidores-usuarios.

²⁶¹ Informe de IPEA-Instituto de Pesquisa econômica Aplicada (2010:5)

Gráfico 10: Comparativo de banda ancha en países seleccionados (2008)



Fuente: Informe IPEA-Instituto de Investigación Económica Aplicada n°. 46. (UIT) Abril/2010

Tabla 8: Porcentaje de domicilios con acceso a la banda ancha por región y localización (urbana y rural) – 2008

Região	Com banda larga	
	Urbano	Rural
Centro-Oeste	28,1%	5,2%
Nordeste	14,3%	1,1%
Norte	10,9%	1,9%
Sudeste	27,8%	5,5%
Sul	29,6%	5,2%

Fuente: Microdatos de la PNAD 2008 (IBGE). Elaboración propia del IPEA

V.1.5. Calidad del servicio

En general, la calidad del servicio se mide de acuerdo con la satisfacción de los usuarios y consumidores²⁶²; la accesibilidad en las prestaciones se aproxima a la

²⁶² Las ANR's europeas por expresa disposición legal (22.1 y 2, de la Directiva del Servicio Universal, con la redacción de la Directiva 2009/136/CE) podrán exigir a las empresas que proporcionan redes o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público la publicación de información comparable y actualizada sobre la calidad de sus servicios, destinada a los usuarios finales. Además, las ANR's podrán exigir a las empresas un nivel mínimo de calidad con el fin de evitar la degradación del servicio el bloqueo del acceso y la ralentización del tráfico en las redes. En un mercado competitivo, los usuarios finales deben poder disfrutar de la calidad del servicio que requieren.

aplicación del principio de calidad, con el uso de una serie de indicadores previamente fijados por los organismos reguladores y basados en dos aspectos principales: la satisfacción del usuario y la disponibilidad del servicio.

En Brasil, aunque el sector de las telecomunicaciones siga privatizado, los modelos estatales actualmente vigentes siguen fuertemente influenciados por la política de monopolios existente durante la conformación del sistema Telebrás.

En el contexto de la calidad en las políticas de monopolio estatales prevalecía la relación paralela y alejada entre los servicios públicos y los usuarios. Esa relación aislada también resultaba en el abandono de políticas de calidad y eficiencia motivada sobre todo por la ausencia de criterios de evaluación o de supervisión de los resultados operacionales alcanzados por las empresas públicas. Disfrutaba de poca inversión tecnológica y de ningún control de precios de los servicios, puntualizados siempre por la libre elección de las Administraciones.

La regulación económica es normativa y nace con un contenido restrictivo. En particular, esas limitaciones a las libertades económicas pasan a ser controladas en función de los intereses generales que motivan cada sector. Su nivel deberá ser el que requiera la creación de un entorno regulatorio seguro para la ciudadanía a través de políticas de calidad de la regulación²⁶³. En este sentido, la existencia de metas o indicadores de calidad se basan en el comportamiento de los reguladores.

En el caso europeo, con el fin de evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico de las redes, los Estados miembros garantizan que las ANR estén facultadas para establecer unos requisitos mínimos de calidad del servicio a los operadores²⁶⁴. Antes de establecer dichos requisitos, las ANR deben informar a la Comisión para que ésta formule observaciones o recomendaciones que garanticen que los requisitos previstos no afecten negativamente al funcionamiento del mercado interior.

²⁶³ Y además, para Betancor (2009:92), para que la regulación alcance sus objetivos necesarios, deberá existir un conjunto de elementos tales como la subsidiariedad, la proporcionalidad, la claridad, y la mínima restricción.

²⁶⁴ Art. 22.3 de la Directiva del Servicio Universal, con la redacción de la Directiva 2009/136/CE

Desafortunadamente, en muchos países no se da a conocer al público ni los objetivos ni los indicadores de calidad y, aunque los operadores de estos servicios tienen sus propias estadísticas, los informes anuales de las comisiones y los organismos reguladores no son ampliamente conocidos por la ciudadanía, sobre todo porque, como en el caso de Brasil, no se lleva a cabo una evaluación de la satisfacción de los servicios por parte de los usuarios²⁶⁵.

La Ley General de Telecomunicaciones de Brasil establece el principio de calidad basado en las exigencias de los usuarios, mediante la adopción de medidas que promuevan la competencia y la diversidad de los servicios, aumentando su oferta y la cantidad de normativas de estímulo a la calidad en consonancia con la exigencia de los usuarios. Mediante la Resolución n° 341, de 20/6/2003, la Anatel aprobó los objetivos del Plan General de calidad y el Reglamento del Plan General de Universal mediante el Decreto n° 4769, 12.09.2003, en el que se especifica que a través de la fiscalización la agencia puede acompañar el rendimiento global de los operadores de telefonía.

La Ley de la Agencia de Telecomunicaciones de Brasil establece como derecho de los usuarios recibir servicios adecuados, considerando (art.6) todos aquellos prestados con continuidad, regularidad, eficiencia, seguridad, actualidad, generalidad y cortesía en la prestación y modicidad de las tarifas. Así que toda concesión o permiso de servicio de telecomunicaciones presupone la plena atención al usuario, de acuerdo con la normativa pertinente y basada en las cláusulas contractuales.

Además, la Ley 8.078, de 1990 (Código de Defensa del Consumidor), aunque sea una normativa genérica aplicable a toda clase de servicios de interés público o privado, trata de proteger los Derechos básicos de los consumidores en general pero también se aplican a las telecomunicaciones, asegurando que se ofrezca una adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos (art. 6°, X).

²⁶⁵ Conforme a los datos obtenidos mediante encuesta realizada en el año 2010 (IPEA:2001:5), con informaciones prestadas por la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (Anatel), de la Investigación Nacional de Muestra de Domicilios (PNAD), del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística ofrecidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y de la Organización para la cooperación y el Desarrollo económico (OCDE) y del Sistema de Recogida de Información (SiCi). Con relación a las estadísticas de otros países, los datos provienen del Instituto de investigación económica aplicada de Brasil.

Justen Filho (2005) opina que debe ser reconocida la primacía del régimen de Derecho Administrativo sobre el Derecho de Consumo en las relaciones entre usuarios y concesionarios de servicios. Sin embargo, aunque se determinen los comportamientos genéricos de los operadores, las entidades reguladas no estipulan cuáles son los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas en Brasil porque no existe un reglamento específico, ni siquiera genérico, respecto a la protección de datos personales.

El operador autorizado (con un pequeño número de abonados) o los concesionarios (empresas con mayor control de mercado, con un gran número de abonados) deben cumplir los mismos objetivos y necesidades, independientemente del impacto social de sus actividades empresariales. No hay distinción entre operadoras, ni en las ofertas ni en función del tamaño de la compañía.

Las metas de los servicios se determinan por ley de la siguiente forma:

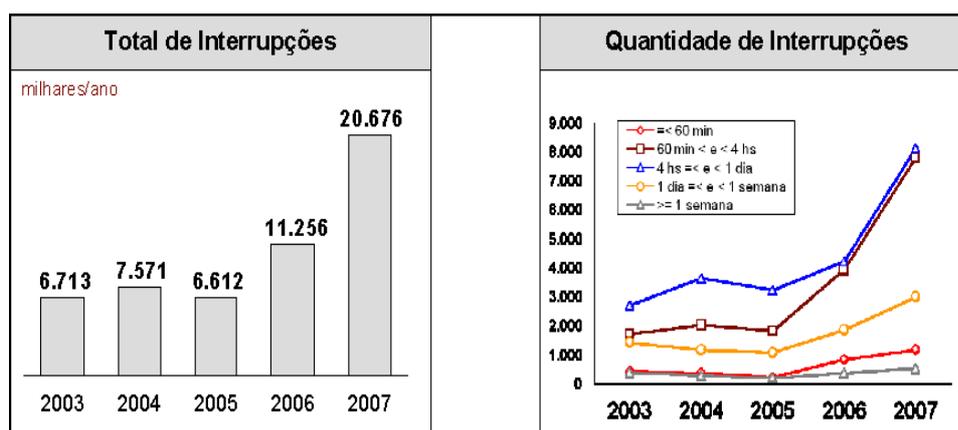
- Objetivo de calidad - Las llamadas deben tener una buena calidad de transmisión, a niveles apropiados, sin ruido ni interferencias y con un bajo índice de llamadas caídas. Se cobrará por minutos y no por pulso (cada pulso corresponde a 3 minutos) y hay un límite de tiempo para convertir la señal y concretar la llamada;
- Objetivo telefonía de alta calidad para uso de teléfono público - en la prevención de defectos, atención y pronta intervención en la solicitud de reparaciones;
- Objetivo de atención - servicio de cambio de dirección, llamada telefónica al usuario, disponibilidad de servicio de atención al cliente, código de acceso a la información para el usuario, atención personal al usuario con disponibilidad de tiendas en las ciudades, emisión de facturas;
- Los objetivos de modernización de la red y expansión de los servicios.

Por lo tanto, como se puede ver, el progreso reciente en el área de cobertura del servicio es un factor a resaltar, así como las buenas prácticas existentes en la ley. Sin

embargo, el aumento de la demanda no ha ido en consonancia con la mejora del servicio. Aunque se concluya que en Brasil hubo un incremento de servicios y de los niveles de cobertura ya alcanzados, el número de líneas disponibles y la masificación del uso de la telefonía móvil arrojan datos que no son nada favorecedores cuando se trata de conocer a fondo el nivel de calidad de los servicios prestados. Todavía existe un dato aún más alarmante: la agencia de regulación no hace encuestas de calidad y los usuarios no poseen instrumentos de manifestación o indicadores sobre el funcionamiento de los servicios. Y aún hay otro dato negativo: la cobertura de infraestructuras y servicios no ocupa la totalidad del espacio territorial brasileño; según los datos del IPEA, el acceso a la banda ancha es bastante desigual en términos regionales. En el año 2008, el 79% de los 58 millones de domicilios brasileños no disponían de acceso ni conexión a la red de banda ancha; solamente un 21% (12 millones de domicilios) disponían de este servicio.

Por lo tanto, la baja inversión en las redes de nueva generación también es un factor determinante para la poca estabilidad en la calidad de los servicios. La prestación de los servicios de red experimenta grandes descensos de eficiencia en lo que se refiere a los objetivos de expansión y del nivel de inversiones en tecnología por parte de los operadores.

Gráfico 11: Indicadores de la calidad local



Fuente: Anatel

Estos datos muestran que las interrupciones son sistemáticas y que se incrementan a medida que suben los servicios contratados. Además, los datos de crecimiento del mercado no se ajustan a nuevos criterios de competencia porque el mercado sigue muy concentrado, aunque la tasa de crecimiento podría favorecer a

nuevos entrantes, lo que podría reflejarse en el aumento del ritmo de la expansión de la red y en el aumento de la cantidad de usuarios.

A pesar de que la autoridad reguladora es consciente de todos esos aspectos, las medidas sumistradas no son equiparables a las decisiones practicadas en Europa. Es evidente la ausencia de un parámetro de regulación en Brasil que pueda generar una mejor eficacia en la legislación y en el uso de instrumentos regulatorios concretos en defensa de los usuarios. No existen objetivos de la agencia reguladora para establecer cuáles son los derechos de los consumidores-usuarios respecto a la competitividad de los operadores (en sectores donde ya existen dos o más prestadores de servicios), y cuáles son los niveles máximos tolerados en las interrupciones o en otros eventos relacionados con la calidad del sistema.

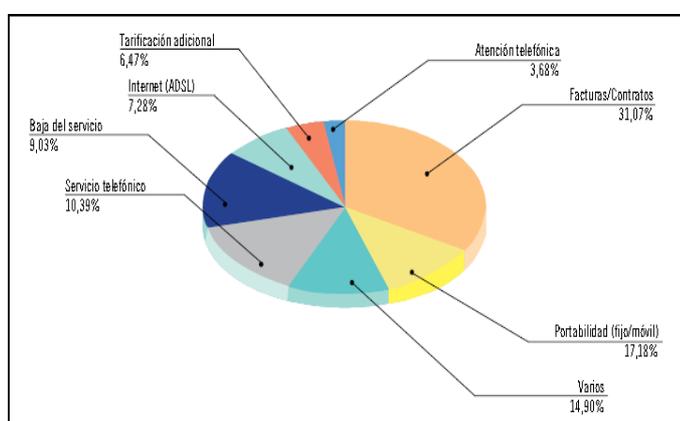
Las decisiones sancionadoras contra las malas prácticas son todavía bastante precarias. Por lo tanto, las medidas propuestas por la Anatel no son eficaces desde el punto de vista del control. En la práctica, las previsiones del ordenamento no son muy aptas para reducir la concentración del mercado y generar más competencia, ni siquiera para mejorar la satisfacción de los usuarios.

Es sorprendente la disparidad de funciones y estrategias utilizadas por los organismos reguladores de telecomunicaciones en Brasil en comparación con otros países. La Anatel no utiliza ningún método uniforme de medición de la satisfacción de los usuarios ni de la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas, y tampoco informa a los ciudadanos de cuáles son sus derechos.

En cuanto a la CMT, conforme a las disposiciones de la ley actual, la defensa de los derechos de los consumidores-usuarios no forma parte de su jurisdicción. No puede intervenir en los posibles problemas generados entre los usuarios y los operadores, por lo que, ante una queja o reclamación, deberá orientar e informar a los consumidores sobre sus derechos, con respecto a cómo proceder ante los operadores, las instituciones, la Administración, las Juntas de Consumo y el Poder Judicial, responsables de procesar las querellas de hecho.

En España, el establecimiento histórico de la Dirección de los servicios y las relaciones con los usuarios de la CMT²⁶⁶ surgió con el propósito de asegurar el asesoramiento de los consumidores de telecomunicaciones en la elección adecuada de elementos esenciales, como los precios y la calidad del servicio. En el año 2009 el total de comunicaciones fue de 83,20 % y un 16,80% fueron consultas relacionadas con quejas de los usuarios sobre la calidad, como veremos a continuación. Eso demuestra que existe un análisis más detallado de los problemas que afligen a los usuarios de comunicaciones electrónicas en España, lo cual favorece la mejora de estrategias y la protección y reformulación de la normativa.

Gráfico 12: Quejas dirigidas a la CMT/España- año 2009



Fuente: CMT-Informe anual2009

V. 2. Los organismos reguladores y régimen sancionador: los métodos y la eficacia

Dentro de las construcciones políticas y legales en las que están asentados los problemas de jurisdicción del mercado de las telecomunicaciones, su dinámica evolutiva sigue exigiendo la regulación para el mantenimiento de los propósitos de las actividades privadas de interés general.

Cada vez con más frecuencia el derecho público en la economía se fundamenta en el entendimiento de que no hay un orden económico natural, pues se creía en la autorregulación de los mercados como uno de los principios del pensamiento liberal.

²⁶⁶ INFORME CMT (2009:239).

Para Ripert (2001:18), este hecho demuestra que en la práctica, el capitalismo avanzado, en búsqueda del capitalismo organizado, es atributo del Derecho en la medida en que la norma debe configurar las bases del sistema económico, con el establecimiento de un marco institucional para que transiten las fuerzas económicas.

La espontaneidad de los mercados, paradójicamente, no funciona en el capitalismo moderno y, por lo tanto, las técnicas de la regulación se comprometen a prescindir de una presencia excesiva del Estado o, por otro lado, de incurrir en la hiperinflación normativa que ya se produjo en el modelo de Estado empresario, pero tampoco ha tenido buenos resultados sociales.

El abandono de los servicios públicos obligatorios y directos al tiempo que se dio paso al nuevo proceso de liberalización, eliminó la técnica de regulación en la cual la estabilidad imperante estaba asentada en el absolutismo estatal, con el uso del modelo de intervención en los servicios públicos y en las actividades económicas de empresas públicas, más allá del mínimo necesario.

Muñoz Machado (2009:16) recuerda que el nuevo modelo de regulación ha contribuido a superar la visión estática y estereotipada de la Administración Pública, porque la precisión y validez de los bienes y servicios a los ciudadanos ya no sólo depende de los planes de las políticas públicas, sino del buen funcionamiento de las empresas privadas, aunque sea siempre notable la responsabilidad del Estado.

Uno de los aspectos más destacables del nuevo marco regulador es el compromiso para garantizar la regularidad y la calidad (porque no son directamente responsables de la misma), y el propósito de hacerse cargo de la defensa de los mercados y objetivos públicos. Según la conclusión alcanzada por Becker (1958:105), "si los fracasos del gobierno son mayores que los fallos del mercado es mejor no regular".

El ámbito de las telecomunicaciones, más que cualquier otro sector liberalizado, ha cambiado drásticamente la estructura de la sociedad y las ordenaciones políticas en todos los niveles como la única alternativa viable para la idoneidad mercadológica, para promover el entorno de desarrollo de alta tecnología de los paralelismos actuales.

En este sentido, la dinámica de participación ciudadana estableció relaciones más estrechas entre el individuo y el Estado, y la teoría propia de la estructura democrática actual²⁶⁷ como una ventana que se abrió desde la transferencia de gestión a las empresas privadas. Es decir, para reducir las tensiones entre el hombre común y el poder público fue necesario redefinir nuevos controles, y no sólo para las actividades administrativas tradicionales, sino también para otros servicios de interés económico general.

En opinión de Pablo (2003:2), la misión de los entes reguladores es hacer que la regulación sea transparente y predecible, a fin de crear condiciones que aumenten la fiabilidad y la eficacia del sistema. Es como si se tratara de un modelo habermasiano en el que la comprensión del Derecho como un medio donde el poder comunicativo puede transformarse en poder administrativo, con lo cual, para Souza (2000:86), la prevención de este último se convierte en el despliegue desnudo de intereses privilegiados. Así pues, la emancipación del poder ilegítimo y la debilidad de la sociedad civil y de la esfera pública política puede configurar, como dijo Habermans (1975:120), un "dilema de legitimación" que puede llegar a combinarse con el trilema de la regulación, formando una gran noria a base de malas prácticas que tienden a repetirse. Sin embargo, en este contexto, el sistema político es absorbido por el déficit de legitimidad y de regulación que, según Todescan Lessa (2002), se refuerzan mutuamente.

A la luz del proceso de liberalización, la idea de las agencias reguladoras en la práctica está centrada en la función de "regular mercados " a través de una cierta independencia en la toma de decisiones y respecto a la lógica de la economía. El contenido de las acciones de estas entidades deberá estar representado por la maximización de los intereses generales. Así pues, la liberalización de los servicios públicos ha cambiado la forma de manifestación de los mecanismos de decisión de la administración pública, pero el respeto por las garantías sociales y los derechos individuales y colectivos está cristalizado en las acciones de los reguladores.

Para tanto, los organismos reguladores se sirven de criterios más democráticos para llevar a cabo los propósitos para los que fueron creados, es decir, están más dispuestos a conocer las condiciones en que cada empresa privada realiza cada servicio,

²⁶⁷ Sobre participación ciudadana, vease MOREIRA NETO (1992), MUÑOZ MACHADO (1977), SÁNCHEZ MARÓN (1980).

imponer equilibrio a los mercados, resolver los conflictos a través de un control efectivo, estabilizar la fuerzas económicas con medidas públicas en defensa de la competencia y bienestar ciudadano y, además, sin hacer distinción entre los distintos operadores y los usuarios-consumidores.

La regulación económica añade a la experiencia administrativa un nuevo instrumento legal: empujar a la renegociación de los intereses del Estado y de la ciudadanía mediante la ejecución de actividades empresariales. Los ciudadanos, reconocidos como administrados de ayer, o sea, dependientes de las actividades económicas de las empresas públicas sin derecho a reclamar o a objetar por la ausencia de competición en los servicios, son considerados los consumidores de los servicios económicos de interés general.

Existe, por lo tanto, un plus en la condición de usuario de estos servicios porque, por un lado, el Estado ya no tiene la prerrogativa absoluta de las experiencias discrecionales de los monopolios públicos y, por otro, los empresarios privados deben respetar los derechos derivados de la prestación de esas actividades económicas de cuño eminentemente social.

Es evidente la gran ventaja normativa en defensa de la ciudadanía cuando vislumbramos la representatividad de la expansión de las formas de participación ciudadana en los servicios liberalizados. Como tal, el sector de las telecomunicaciones, el único de los servicios liberalizados en el que de hecho la competitividad ha sido posible, garantiza métodos administrativos que pueden colaborar con el efectivo control público.

El progreso social derivado de la mejora técnica en el funcionamiento de las telecomunicaciones se nota con mucha frecuencia pero, corresponde al Estado hacer que las diferencias de rendimientos entre los operadores y los usuarios de los servicios sean mínimas.

En ese sentido, identificamos tres acciones administrativas fundamentales para lograr ese objetivo:

- i. La transparencia en las acciones públicas estatales;

- ii. El estímulo para crear espacios democráticos de participación ciudadana;
- iii. La difusión de los conocimientos y de la información sobre las empresas y la prestación de servicios con el fin de fomentar la discusión y el debate social sobre el funcionamiento y las mejoras necesarias en cada sector.

La regulación del servicio universal se basa en múltiples y variados conceptos jurídicos indeterminados que requieren reglas claras a la hora de establecer las funciones específicas de los organismos independientes, o sea, que comprenda visiblemente que por un lado están las obligaciones de los operadores y por otro los derechos de los usuarios.

Darnaculleta I Gardella (2009:384) dice que esta nueva era se refleja en la continuidad de una tendencia ya identificada por la doctrina alemana como la fase de inserción del concepto de “el Estado garante”. A partir del surgimiento de una nueva etapa de acercamiento entre el Estado y la sociedad, se da la clara *estatización de la sociedad* en la medida en que los medios jurídicos compelen a la imposición de fines públicos a los entes privados.

Por otra parte, los postulados de la liberalización de los servicios públicos han conducido al equilibrio entre los intereses públicos y privados de estas prestaciones de interés social. En la práctica prevaleció la figura del Estado con su actitud positiva y vigilante, bajo la perspectiva equidistante pero eficiente sobre los operadores privados.

Entonces, el principal problema que surge es cómo hacer efectiva esta separación a fin de preservar un modelo de competitividad en las telecomunicaciones. La idea de establecer la legitimidad de los reguladores ha sido desde su origen asegurar la inspección obligatoria sobre los servicios liberalizados.

Como hemos visto, para los distintos países resultó irrelevante identificar estas entidades con denominaciones distintas, bien como agencias o comisiones; su naturaleza sigue siendo esencial para la defensa del interés público. Pero, aún así, los estados intentan preservar el marco regulador inicial de las liberalizaciones en una lucha constante de defensa de la autoridad e independencia del papel de las agencias en relación a los operadores. Así pues, preservar la capacidad administrativa parece ser el principal reto de los tiempos que nos toca vivir. La garantía institucional de la

legitimidad de actuación implica asignaciones en el entorno inspector y sancionador para que pueda servir como corrector y garante del sistema.

Cuando hay una falta de legitimidad las agencias pierden la capacidad de actuar de modo eficaz sobre las actividades económicas. Betancor (1994:29) dice que las administraciones independientes simbolizan la búsqueda de una “gestión pública neutral” pero también propone otro tipo de legitimidad de la administración pública: la legitimidad técnica para solucionar conflictos.

Por otra parte, en esta situación debe prevalecer el signo de la independencia de las agencias frente a las fuerzas políticas y económicas. No se trata de imponer la reducción de la intervención administrativa; en realidad se debe garantizar la total imparcialidad de estos organismos, no su limitación.

La demanda contenida tanto en la ley de telecomunicaciones como en las resoluciones de creación de agencias y comisiones fue responsable por la mejora, en los últimos quince años, de los métodos de legitimidad de las acciones de estos organismos, frente a un mejor control sobre las prestaciones públicas no estatales.

En ese sentido entiende Katz (2009:24) que la inversión necesaria para desplegar redes de nueva regeneración es de tal importancia socio-económica que la intervención del sector público es absolutamente indispensable. Ese ambiente exige una carga profunda de madurez democrática por parte de las administraciones públicas. Por lo tanto, los métodos de participación ciudadana en este proceso son fundamentales para que este nuevo método de gestión en el marco regulador de las comunicaciones electrónicas sea efectivo.

En la sociedad brasileña, los instrumentos de participación ciudadana en el mercado de las telecomunicaciones son la consulta pública, la sala de audiencia pública de los ciudadanos, el centro de servicio al cliente, el comité de la universalización de los servicios de telecomunicaciones, el comité de defensa de los usuarios de servicios de telecomunicaciones y el consejo de asesoramiento como expresión del "*control ciudadano*".

Estos métodos son eminentemente administrativos y deben ser conducidos por la agencia reguladora, conforme al Reglamento de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones, que entró en vigor en enero de 2000, enfatizando la necesidad de fomentar la competencia pero también el compromiso con la transparencia²⁶⁸ en las decisiones de la Anatel con el fin de garantizar la participación pública en la toma de decisiones del control de los servicios. Paradójicamente, la mayor parte de la sociedad brasileña desconoce estos espacios de participación. La divulgación de informes sobre la gestión de la agencia reguladora de las telecomunicaciones en Brasil no es habitual; aunque los canales disponibles de diálogo con la sociedad sean amplios y contemplen la obligación de la administración de divulgar informaciones sobre el funcionamiento de los servicios y de las actividades realizadas por los operadores, en la práctica ese servicio público no es satisfactorio.

La participación ciudadana se institucionaliza y se reduce a la esfera de la representación del Consejo de consumidores en reuniones periódicas en la sede de la agencia. En 1999 se creó otro comité con la misión de promover la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones; eso se forma a través de nombramientos políticos de los organismos gubernamentales, de usuarios y de miembros de asociaciones de consumidores y empresarios. Mientras tanto, el consejo no siempre se celebró en representación de las aspiraciones de la sociedad civil por ausencia de legitimidad o por los intereses políticos que se vinculan a los nombramientos de sus representantes.

Los ciudadanos no están representados porque los nombramientos los hace directamente el presidente de la República y no las organizaciones sociales de representantes de consumidores. La politización de la agencia frena la eficacia de los instrumentos jurídicos de la participación ciudadana de los usuarios e impide la representatividad efectiva de los intereses públicos en la toma de decisiones de la agencia.

En realidad, la ineptitud de la agencia reguladora vulnera y reduce drásticamente las posibilidades de un efectivo control social sobre el sistema de telecomunicaciones.

²⁶⁸ El artículo 69, II del Decreto 2338, de 2000, que regula la Anatel, declara que cualquier persona tendrá el derecho de peticionar o de recurrir contra el acto de la agencia en el plazo máximo de treinta días, deviendo su decisión ser conocida en hasta 90 días, en los términos del Reglamento Interno.

La manifestación y la participación de los operadores y proveedores de servicios son más importantes que la intervención de los ciudadanos en el control.

La construcción de la trayectoria de la liberalización de las telecomunicaciones obedece a un ritmo de inestabilidad administrativa en la medida en que prevalece la desigualdad entre las fuerzas de los mercados y los instrumentos regulatorios de ajustes del sector. Además refuerza la contradicción entre la normativa existente y la ausencia de compromiso del regulador para su cumplimiento, lo que implica inevitablemente que perjudique a la defensa de los consumidores-ciudadanos.

En Brasil, las decisiones de los organismos reflejan el grado de influencia técnica y económica del sistema privado sobre las Administraciones públicas. En países donde los intereses privados prevalecen sobre el sistema de organización del mercado la inercia administrativa retira las posibilidades de eficacia normativa de competitividad o de eficiencia de los servicios.

El marco jurídico para las telecomunicaciones en Brasil también se manifiesta como un factor desencadenante de los problemas de competitividad y regularidad en los diversos sectores. El marco jurídico de la agencia y la propia Ley General de Telecomunicaciones siguen en vigor, sin que hayan sufrido modificaciones significativas desde su promulgación en la década de los 90, aunque la evolución tecnológica sea progresiva, alterando constantemente el flujo de los mercados.

El conjunto normativo y las deliberaciones de la agencia no han ofrecido las mismas condiciones de estímulo a la competitividad que se ha experimentado en otros países. Entre los problemas más destacados de Brasil se puede resaltar la falta de regulación específica sobre los siguientes temas²⁶⁹:

- (i) los costes,
- (ii) los precios,
- (iii) la calidad,
- (iv) la dificultad de acceso a la infraestructura,
- (v) la separación de las redes.

²⁶⁹ INFORME IPEA (2010:19).

Todavía persiste una gran parte de la sociedad sin posibilidad de acceso a los servicios por no existir las condiciones técnicas que aseguren la contratación de servicios o que exija reparaciones por las malas prestaciones anteriormente contratadas. Estos lapsos deberán ser rellenados por la Administración pública mediante la toma de decisiones eficaces.

El seguimiento del desempeño operativo de los servicios realizados por las concesionarias y empresas autorizadas siguen identificadas por las sociedad brasileña y por las estadísticas del poder Judicial²⁷⁰ brasileño, incluso por la propia Agencia²⁷¹, como las campeonas de reclamaciones y demandas judiciales, lo que significa que esa es la única forma de que la población se manifieste contra la falta de calidad y eficiencia en algunos servicios de telecomunicaciones por parte de distintas operadoras.

Mientras la calidad se mide principalmente por el índice de satisfacción de los usuarios y por los niveles de discontinuidad de los servicios, los resultados de las prestaciones suelen estar influenciados por la falta de información real sobre el funcionamiento de los mercados y por la disposición de datos estadísticos falsos de las operadoras, factores que impiden la labor de las agencias reguladoras.

La necesidad de obtener más información sobre el proceso de operación de las prestadoras de los servicios y del funcionamiento de la infraestructura, desincentiva el progreso del sistema porque retrasa el proceso de planeamiento y de cambios necesarios, pero también se opone a la utilización de los mecanismos apropiados y eficaces para la mejora de la regulación.

La ausencia de indicadores fiables reprime los controles de calidad, alineando a menudo números discordantes de la realidad, en general prestados por operadores dominantes que intentan seguir en el control del mercado. En general estos números no se ven confrontados por la Anatel, haciendo que los mecanismos de conocimiento y de control del sistema de telecomunicaciones en Brasil sean deficientes.

También es función de las agencias y las comisiones llevar a cabo la prevención y la represión de la violación del orden económico. Hay que destacar aspectos como los

²⁷⁰ INFORME CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA (2010).

²⁷¹ INFORME ANATEL (2008:242).

siguientes: la prohibición de conducta perjudicial a la libre competencia; las prácticas antieconómicas e injustas entre los proveedores de servicios; la destreza en asegurarse ventajas económicas a través de subvenciones entre operadoras para reducir artificialmente los precios; el uso de información privilegiada obtenida de otros competidores para generar ventaja hacia la competencia; y negativa a dar información solicitada por las agencias sobre el funcionamiento técnico y comercial acerca de las prestaciones de servicios.

En cuanto a los métodos de la sanción administrativa, el artículo 173 de la Ley General de Telecomunicaciones de Brasil trata de los delitos previstos en esta ley y otras normas aplicables que pueden dar lugar, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales, a las siguientes acciones:

I - advertencia,

II - multa (no superior a cincuenta millones de reales²⁷²),

III - la suspensión temporal (no superior a treinta días),

IV - declaración de idoneidad,

V - declaración de la falta de adaptación, a lo largo de la historia de la creación de un procedimiento administrativo, y siempre con una amplia oportunidad para defender al acusado.

Por otra parte, la legislación española regula y autoriza la intervención de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones para aplicar el principio de la calidad forzada²⁷³ con la mínima interposición, pero bajo coordinación y mando estatal para prevenir el cumplimiento del principio de la calidad de los servicios. El ordenamiento jurídico español obliga al Estado a cumplir las demandas de los usuarios y también prevé la libertad de acción de los empresarios (sin necesidad de ostentar título habilitante); además fomenta la diversidad de servicios para favorecer la competitividad y propiciar patrones de calidad compatibles con las exigencias de los usuarios.

La nueva Ley General de Telecomunicaciones de España simplifica los procedimientos administrativos dando la posibilidad a la CMT de realizar el análisis y revisión periódica de los resultados obtenidos en los mercados de servicios y redes. También es el órgano encargado de imponer obligaciones específicas a los operadores

²⁷² Cerca de 22 millones de euros.

²⁷³ Artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones de España.

mediante la pena de infracciones por el incumplimiento de límites de emisiones radiactivas en las antenas, además de las sanciones económicas, con la consiguiente inhabilitación del operador que vaya contra la ley. De igual forma incluyó la retirada de equipos que no cumplan los requisitos esenciales que les autoriza a operar.

En cuanto a los mecanismos de sanción administrativa a disposición de las administraciones independientes, en general están los procesos administrativos que deberán priorizar el consenso entre las partes o decisiones que pueden dar lugar a la aplicación de penalidad monetaria para formalizar una especie de sanción en la resolución de muchos conflictos.

Igualmente la presencia de la autoridad reguladora permite que la misión y el análisis profundo del mercado ofrezcan datos fiables sobre el funcionamiento de las empresas reguladas y que dichos datos puedan ser contrastados con las encuestas de calidad de los usuarios.

En otra medida, la integración, el conocimiento y la información de estadísticas de confianza avalan la exatitud en las medidas de reglamentación. Otra posibilidad de contribuir a la regulación, según Fernando Pablo (2003), es mejorar el mercado interno de telecomunicaciones utilizando datos comparativos del desarrollo del sector en otros países, así como la eficacia de las medidas reglamentarias.

Durante el año 2009²⁷⁴ la CMT, a través de su Dirección de Sistemas de Información, ha centrado sus actividades en la mejora del nuevo sistema de análisis de datos de los operadores y el apoyo al proyecto del *blog* de la CMT, con el fin de desarrollar mejores registros electrónicos y comunicaciones electrónicas que faciliten la aplicación de las resoluciones de la CMT.

Los estudios realizados pusieron de manifiesto, entre otras cosas, que los problemas de gobernabilidad se derivan principalmente de un histórico déficit de información de las autoridades públicas, es decir, de su ignorancia acerca de los efectos de la política y de las dificultades de aplicación de las normas con base en las necesidades sociales. Según Darnaculleta I Gardella (2009:374), a veces esa dificultad

²⁷⁴ INFORME CMT 2009(2009: 241-242)

estratégica también vulnera la autoridad de los organismos reguladores con el rechazo de sus decisiones por parte de los operadores privados.

La legitimidad democrática, la libertad de los mercados y el poder de los operadores no pueden dar lugar a la superposición de objetivos privados por encima del sector público. Nieves (2009:466) recuerda que la Ley de Telecomunicaciones española también reconoce a la Administración la libertad de fijación de precios, si bien faculta a la CMT para intervenir en aquellos casos en los que el ejercicio de ese derecho pueda distorsionar la competencia.

En cumplimiento de estos propósitos normativos, la Comisión Europea ha planteado como reglamento lo que la Ley General de Telecomunicaciones de España ha adoptado, es decir, la exigencia de que el control sobre los operadores sea responsable de conformar el mercado a la competencia. Esa adaptabilidad a las consecuencias de los avances tecnológicos proporcionan nuevas manifestaciones basadas en los nuevos mecanismos, como por ejemplo el uso de los medios ópticos que han dado lugar a las nuevas redes convergentes, basadas en tecnologías multiservicio y denominadas por la CMT como de nueva generación²⁷⁵.

Lá búsqueda de mejoras técnicas y económicas de la regulación hace que la CMT haya procedido a la revisión de los mercados de banda ancha haciendo análisis y estudios de mercados para incentivar la inversión y la innovación tecnológica²⁷⁶. El efecto inmediato de esa actitud del Estado español ha sido la reducción gradual y sencilla de la intervención pública en el sector y la implantación de un efectivo control anti-trust, en la modalidad *ex-post*, que reemplaza el control de las conductas privadas *ex-ante*.

²⁷⁵ Más sobre el tema y, de acuerdo con la redacción dada por el documento “Principios y Líneas Maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA)” adoptada por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 17 de enero de 2008. http://www.cmt.es/es/documentacion_de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/ANEXO_NGA.pdf

²⁷⁶ Resolución CMT RE-2009-1-22 (Relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructuras de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha, designación de operador con poder significativo de mercado y imposición de obligaciones específicas. http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?tipo=pdf&detalles=0900271980073d93&nav=busqueda_resoluciones&hcomboAnio=2009&hcomboMes=0&categoria=todas

Este nuevo propósito de reglamentación en Europa ha impulsado un mayor control de la conducta de los proveedores de servicios, fomentando una actitud de adherencia de las acciones de los reguladores que, basada en el conocimiento de mercado puede actuar con rapidez para condenar los malos comportamientos que son, en general, bastante perjudiciales para los consumidores ya que van contra el interés general y contra los propios mercados, debido a las actitudes antitéticas a la competencia. En este caso, para salvaguardar la competitividad España cuenta con el Tribunal de Defensa de la Competencia, que coopera con las políticas de la CMT, pero en consonancia²⁷⁷ con las autoridades nacionales de reglamentación para defender el marco de control de la liberalización del sector y alcanzar un consenso sobre los instrumentos y soluciones más apropiadas para cada situación particular del mercado. Además, contribuye al fortalecimiento del sistema de sanciones que se produjo tras la entrada en vigor de la LGTE de 2003, con la tipificación de más de cincuenta ilícitos administrativos que pueden ser cometidos por los agentes privados, calificados por la ley como graves, muy graves o ligeros²⁷⁸. Este tipo de intervención pública de la CMT presenta como resultados más recientes la subida de las inversiones (por primera vez en dos años) impulsada por el despliegue de las redes móviles y fijas de nueva generación, aunque las redes fijas hayan ido en descenso. La penetración de los servicios fijos tuvo un contexto de caída de precios y la regulación del bucle de abonado y las nuevas ofertas de mayoristas impulsaron la mayor competencia en la telefonía fija.

Por lo tanto, los mercados europeos ostentan la condición de un mercado competitivo y las autoridades reguladoras luchan por mantener la competencia efectiva y real; por eso, para seguir imponiendo las obligaciones de servicio universal, asegura Laguna de Paz (2009:418) que las autoridades nacionales deben tratar de reducir al mínimo las distorsiones del mercado, sobre todo cuando los servicios y los precios sean prestados en condiciones que contravienen las prácticas comerciales normales.

²⁷⁷ De acuerdo con la nueva redacción del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo, de 7 de marzo de 2002 (Directiva marco) Modificada por la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009.

²⁷⁸ Chinchilla Marín (2003:12)

V. 3. La accesibilidad de la intervención pública de los servicios de información y la necesidad de la orientación y control del sector

La explosión de las telecomunicaciones ha marcado el siglo XXI con el signo de la era de las comunicaciones y la revolución de la tecnología de redes ha sido sin duda el fenómeno más impactante en la transformación de la sociedad actual. Las comunicaciones electrónicas han ido más allá de los intereses sociales; la totalidad de las relaciones sociales se han visto afectadas por la mayor trascendencia histórica del progreso de la era digital. Así, dejaron de ser un derecho para convertirse en un servicio esencial a la comunidad. La sociedad se amoldó a la hiperactividad y exuberancia de la industria del “punto.com”, que Katz (2009:15) denomina consolidación sectorial y expansión del mercado. La sustentabilidad del sector se mantiene a través de la competencia y de las inversiones crecientes en infraestructuras, responsables por el despliegue de las redes.

La condición de bien jurídico fundamental para la sociedad contribuyó a que el derecho al acceso a las telecomunicaciones represente una necesidad prioritaria en la vida moderna y sea, por lo tanto, fuente de inexcusable protección legal. El asentamiento de ese servicio como actividad privada desencadenó todo el proceso de transformación que rompe con la estructura administrativa tradicional, estando en la base de la transferencia de la gestión pública estatal para el comando privado de actividades de interés público. El nuevo ambiente regulador convirtió la búsqueda de calidad en un factor de estabilidad para los mercados. La producción normativa desde el inicio del proceso de liberalización se ha desplazado para constituir nuevas estructuras que se ajustan para asegurar que las telecomunicaciones sean un servicio competitivo y universal. Tan importante como la calidad es la libertad de competencia; tan necesaria como la protección de los derechos de los consumidores es la garantía de estabilidad de la actividad y del control de las entidades reguladoras.

En su esencia, la satisfacción de los ciudadanos con una nueva cultura de intervención pública de excelencia se refleja en los nuevos procedimientos administrativos, reglamentarios y administrativos aplicables a las telecomunicaciones y surgidos de la liberalización del sector que se basan en dos pilares fundamentales: la accesibilidad y la regularidad de los servicios de telecomunicaciones.

Con la apertura de los mercados mundiales, que alguna vez coexistieron únicamente por la subsistencia de monopolios públicos y actividades exclusivas, dichas prestaciones han introducido en la administración pública aspectos que anteriormente solo regulaban el conjunto de relaciones privadas a través de contratos pactados entre iguales. Esos criterios, orientados a la satisfacción de preferencias de los consumidores, se desarrollaron conforme al principio de calidad de los servicios.

En lo que respecta a la aplicación de preceptos de derecho privado a los servicios públicos, no han sido las prestaciones privadas las que se han adaptado a las Administraciones públicas, sino que han sido las organizaciones públicas las que se han sometido a los nuevos métodos de las actividades económicas, rompiendo con los monopolios públicos y con la titularidad exclusiva de las empresas públicas.

En la definición concreta y precisa de la ley se encuentran tanto las obligaciones impuestas a los operadores de servicios como la formalización del contenido de los derechos de los usuarios. La permanencia de las obligaciones del servicio universal y la naturaleza económica de estas prestaciones es ya por sí misma, según Carlón (2007:96), la propia distorsión del mercado, debido a que aproxima dos cuerpos aparentemente irreconciliables, a saber, la libertad de empresa y la intervención pública.

Entonces, la proyección en la ley de los medios y en la organización administrativa para proteger y defender los derechos de los consumidores de los servicios de telecomunicaciones sigue siendo un tema que suscita acalorados debates.

La cobertura legal de los servicios de comunicaciones asume matices de protagonista en el mercado liberalizado porque ha sido un parámetro fundamental para el desarrollo de la plena competitividad, convirtiendo las telecomunicaciones en un servicio de referencia, en un modelo de éxito de ganancias y de eficiencia productiva dentro del conjunto de las actividades privatizadas.

La revisión de los principios que rigen el funcionamiento del sector, que se encuentran en la base del derecho privado, se han dirigido a las Administraciones públicas dando lugar a lo que se llama control de la actividad pública. Así, la introducción de directrices sobre las actividades privadas impactó positivamente en la

consecución de esas prestaciones a través del cumplimiento de las necesidades y preferencias de los ciudadanos, con un gran nivel de calidad.

Respecto a esa calidad, los servicios de telecomunicaciones no deben ser comprendidos sin la participación simultánea de los receptores ciudadanos y de sus proveedores privados. Así pues, se exige a los entes reguladores que garanticen el cumplimiento de las prestaciones por parte de los operadores, de acuerdo con los siguientes parámetros:

- Definición de las necesidades y expectativas de los ciudadanos, con el establecimiento de indicadores de calidad²⁷⁹ que mejor valoren las condiciones y el rendimiento de las prestaciones;
- Diagnóstico de las condiciones de calidad en la realización de los servicios, en asuntos relacionados con la competencia, las tarifas y la accesibilidad global y la eficiencia;
- Participación ciudadana efectiva en la representación de sus intereses ante los organismos reguladores y de los consumidores-usuarios y, por supuesto, el libre acceso a la Justicia;
- El compromiso y la transparencia necesaria del ejercicio de los servicios, con la corrección de errores y deficiencias del mercado competitivo.

Muchas veces este problema se vuelve menos importante o es tratado por las autoridades como si fuera de segunda categoría; en ocasiones se enfrenta solamente a la resolución de conflictos derivados de aspectos económicos, políticos y tecnológicos de esas prestaciones. Sin embargo, la evaluación sistemática en relación con el desarrollo

²⁷⁹ En el ámbito de las administraciones públicas europeas esa valoración de calidad está fijada a patrones previstos en el IGC, es decir Indicadores Globales de Calidad, dentro del amplio catálogo de metodologías y de protocolos del mercado europeo de gestión de calidad (EFQM), en cuya aplicación se tienen en cuenta matices privados aplicables al sector público. Pese a que su orientación sea esencialmente empresarial, está basada en nueve elementos que, con diferentes ponderaciones, contribuyen a la calidad de la organización y a la calidad global de la prestación de los servicios. Los parámetros son: la satisfacción del usuario (20%), resultados del negocio (15%), procesos (14%), liderazgo (10%), gestión de personas (9%), política y estrategia (8%), impacto social (6%). Véase al respecto Trinidad Requena (2000), Sancho Rojo (1999:157-159)

y calidad de los servicios se ve muy afectada por la falta de interés, o por la falta de primacía del gobierno estatal y la ausencia de compromiso público por la equidad de coberturas universales.

El desprecio hacia las políticas de control hace vulnerable el derecho de los usuarios, que también son parte del proceso productivo de la sociedad, y afecta particularmente al avance de otros sectores económicos que también dependen de la cobertura universal de los servicios de telecomunicaciones. Entonces, además de conveniente, es oportuno tratar a los destinatarios de estos servicios como individuos y partes contratantes, además de como portadores de un servicio universal. La accesibilidad de estos servicios no significa solamente evitar que sea una gestión privada de intereses económicos sino, sobre todo, garantizar un servicio de interés general determinado para el conjunto de los ciudadanos.

Pablo (2009:906) destaca la importancia de los sistemas de acceso inalámbricos por su rapidez en la puesta en servicio, ya que en un entorno de competencia emergente pueden acelerar el despliegue de red de nuevos operadores. En ese sentido, la facilidad de acceso permitirá que se extienda a áreas geográficas en las que otros medios (cable coaxial o fibra óptica) tardarían mucho más tiempo en penetrar.

La condición legal le garantiza a los ciudadanos la continuidad de prestación de un servicio porque los operadores consideran poco rentable que se reduzcan las inversiones debido a las crisis económicas que puedan afectar el sector, lo que significa instar al uso de las telecomunicaciones a un nivel más amplio, universal e imprescindible para todos los ciudadanos.

No obstante, al hablar sobre la obligación de atender las solicitudes de acceso impuestas por las ANR²⁸⁰, Fernández García (2009:967) advierte que la aplicación práctica del acceso a la infraestructura civil no se prevé fácil, no sólo por la experiencia respecto a la desagregación de los bucles, sino también por la ausencia de una auditoría previa de la situación general de tales infraestructuras que les permita identificar si existirán obstáculos técnicos en el reparto previsto por la ley. En ese sentido, la

²⁸⁰ A través de la MTZ 2009/123, de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, que trata del sometimiento del procedimiento para el análisis y modificación de la oferta de referencia en el acceso a la infraestructura de la obra civil de telefónica en el período de formación pública.

política de la Comunidad Europea ha estado a favor de la sociedad de la información, evitando lo que Chinchilla Marin (2004) denominó "sociedad de dos velocidades", con tecnología pero sin avances sociales. La intervención pública eficiente no puede ser la representación de los derechos de los usuarios subordinados a los intereses de los operadores privados; además, el ejercicio de las actividades de las operadoras no podría ser reconocido como la expresión de las libertades individuales absolutas y sin límite sobre la economía.

Esa necesidad de generar mejor proporción entre las fuerzas empresariales y las acciones públicas de regulación, puede que sea capaz de eliminar la presión del Estado a través de la intervención y, por lo tanto, servir para modular la necesidad de la prestación a nuevas técnicas de regulación. La neutralidad equidistante de los operadores privados junto a las autoridades reguladoras resulta favorable a la defensa de los intereses generales que están en juego.

Es cierto que la apertura de la libre competencia sin límites legales no es suficiente para fundar un mercado simétrico y más favorable para los usuarios y operadores, en proporciones equilibradas. Cassesse (1999) ya ha advertido de que los servicios universales se pueden confundir con un ejemplo de polisemia, fáciles de identificar en la formación de monopolios naturales, como en la interconexión de las redes telefónicas, como ocurrió con el monopolio histórico de la empresa AT&T en Estados Unidos en los años ochenta.

La clave de la solución a esta paradoja se encuentra en la aplicación del principio de la proporcionalidad, el parámetro constitucional para definir el espacio correspondiente a cada uno de los intereses en juego, en el sentido de que las restricciones y limitaciones son las adecuadas para alcanzar los objetivos previstos, sin ir más allá de lo necesario, como dice Betancor (2009:76).

Además, respecto a la misión de las telecomunicaciones en su condición del servicio universal, esta pertenece a los poderes públicos, cuyos objetivos sociales deben ser preservados a través de la regulación. Según Pablo (2000:2895), esa responsabilidad está en la determinación de la ocupación de los operadores, así como en la exigencia del cumplimiento efectivo de cargas y obligaciones del servicio universal como condición de accesibilidad general de los usuarios.

Este modelo de política de intervención pública no directa de las relaciones privadas nace de la potestad reglamentaria de las Comisiones de las telecomunicaciones.

Por otra parte, mantener un modelo de regulación que protege a los monopolios y limita la competencia ya no sirve para justificar estas acciones como una especie de entorno de protección para los consumidores. Aunque no son compatibles con la estructura vigente, la construcción de un mercado de comunicaciones autorregulado y que a la vez sea compatible con la preservación de los intereses de los usuarios y la eficacia del servicio, la autoridad pública no puede ser la única vía de control público sobre el sector, ya que la defensa de los intereses sociales también requiere la participación ciudadana. Por lo tanto, en opinión de Muñoz Machado (2003:139) conviene exigir un control supramercadológico y paraestatal.

La cuestión es, cómo aplicar los criterios de imposición de las conductas públicas a las actividades económicas privadas. La respuesta está sujeta a la definición de los objetivos diseñados para esas actividades, que nacieron de las necesidades de los ciudadanos; por lo tanto, para ellos debe hacerse la justificación de la permanencia de la organización pública en la orientación del sector.

Es, por lo tanto, una condición que los usuarios tengan plena disponibilidad de los servicios y elementos que conforman las disposiciones de esa actividad como universal. En primer lugar, porque los ciudadanos tienen derecho a disponer de una línea de teléfono en su domicilio, a un precio asequible, y eso debe darse, según Pablo (2003:2) independientemente de la distribución geográfica o de la ubicación donde se vaya a instalar el servicio; y, en segundo lugar, incluso tienen derecho a acceder a los teléfonos públicos o a llamadas de emergencia de modo gratuito.

De acuerdo con la LGTE, los usuarios finales son por Ley²⁸¹, quienes "no explotan redes públicas de comunicaciones ni siquiera prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ni los revende."

²⁸¹ Artículo 22 de la LGTEs

En la ley brasileña²⁸² no existe una definición formal de los usuarios, solamente la descripción de sus derechos, que son los siguientes:

- Libertad de elección del operador,
- No discriminación en el acceso y disfrute del servicio,
- Información adecuada sobre las condiciones apropiadas,
- Precios y tarifas de los servicios,
- Inviolabilidad y secreto de su comunicación,
- La divulgación, en caso de que lo solicite, de su código de acceso,
- No suspensión de los servicios prestados en régimen público, salvo en el caso de deuda como resultado directo de su uso, o por el incumplimiento de las condiciones contractuales y el conocimiento previo de las condiciones para la suspensión de los servicios,
- privacidad,
- derecho de petición ante el órgano regulador y de los organismos de protección de los consumidores,
- indemnización por los daños causados por la violación de sus derechos.

En Brasil, los operadores tienden a concentrar sus servicios en la atención al cliente solamente a través de llamadas telefónicas, en el caso de la telefonía fija. En cuanto a la telefonía móvil, las tiendas de atención personal se hallan generalmente en zonas con concentración de usuarios con alto poder adquisitivo y en áreas con bajos costes de operación (donde hay agrupamiento de infraestructuras). El resultado es la alta concentración del mercado y la dificultad para acceder a los servicios de atención al cliente, problema que podría resolverse mediante políticas que favorezcan la comunicación en las zonas subatendidas²⁸³.

En Europa, el control de la calidad de los servicios públicos implica la configuración de indicadores de calidad²⁸⁴ definidos por ley y vinculantes para todos los servicios de comunicaciones electrónicas. También se pone a disposición de los usuarios hojas de reclamaciones en los establecimientos privados para que puedan

²⁸² Artículo 3 de la LGTBr

²⁸³ INFORME IPEA (2010:4).

²⁸⁴ En el ámbito de la Administración pública española se publicó el Real Decreto 1.259/99, de 16 de julio, en el que se regulan las Cartas de Servicio que fijan criterios sobre el control de calidad de la Administración General del Estado.

presentar reclamaciones o petición de información sobre los servicios. Estas facilidades no forman parte de las buenas prácticas de la Administración públicas de Brasil.

En Brasil no hay un estatuto de derechos especializados en la defensa de los usuarios del servicio universal de telecomunicaciones ni de ningún otro servicio liberalizado. En términos generales, está en vigor, desde 1990, el Código de Protección al Consumidor, norma jurídica aplicable a todas las querellas nacidas de las relaciones entre usuarios y prestadores de servicios, sean o no de interés general.

Algo muy diferente ocurre en España donde, de acuerdo con las normas europeas, se ha optado por mejorar la seguridad de los usuarios incluyendo en la legislación la protección de datos personales²⁸⁵. Además, se contemplan los criterios de calidad como un instrumento capaz de garantizar la credibilidad del sistema y su legitimidad ante de los usuarios, como objetivos de la administración pública²⁸⁶.

En Brasil, las normas actuales prevalecen con carácter genérico, sin una protección específica de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Esto repercute en la debilidad de un mercado dominado por la falta de organización administrativa en materia de protección de los consumidores, con laxitud del agente regulador y de la Administración pública a la hora de proporcionar información a los ciudadanos o de facilitar los medios de atención a los consumidores.

El grado de insatisfacción entre los consumidores es especialmente grave respecto a la atención por parte de los operadores. A pesar de que las estadísticas identifican ese aspecto como uno de los principales problemas del sector, todavía esa realidad no ha llevado a la formación de una política de cambios más positivos y efectivos para proteger a los usuarios.

Los procedimientos administrativos de reclamaciones ante los organismos reguladores son costosos y, en general, no se solucionan de inmediato las demandas más urgentes, sobre todo cuando se trata de demandas individuales.

²⁸⁵ Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y Ley Orgánica 15/1999 de Protección de datos personales.

²⁸⁶ Nevado-Batalla Moreno (2003:22).

En el cuadro siguiente aparecen los datos relativos al año 2008, donde se señala el nivel de satisfacción de los servicios de telefonía, comparando países que poseen servicios liberalizados, con identificación de los más y los menos satisfechos, siendo España el que alcanza la media de la mitad de los usuarios.

Tabla 9: Índices de satisfacción global del servicio de telefonía/Investigación ANACOM de calidad 2008

Serviço	Portugal	Espanha	França	Itália	Grécia	Inglaterra	Alemanha	Dina-marca	Holanda	Média
Telefone Fixo	48%	60%	56%	30%	49%	52%	54%	59%	76%	54%
Móvel	61%	58%	38%	38%	51%	52%	49%	64%	72%	54%
Internet	50%	52%	46%	28%	39%	48%	53%	59%	68%	49%
TV por assinatura	46%	55%	29%	30%	34%	44%	25%	51%	72%	43%
Média	51%	56%	42%	32%	43%	45%	45%	58%	72%	50%

Fuente: Órganos reguladores; informes anuales de las prestadoras históricas; OCDE, Consultora Millward Brown. Junio 2008, AT Kearney.

En la tabla anterior se describen los parámetros de resultados de la gestión privada, teniendo en cuenta la escala de calidad y los conceptos de evaluación de distintos servicios de telecomunicaciones en algunos países europeos. Esos índices son indispensables para medir, en análisis sistemáticos y periódicos, la mejora de las prestaciones.

Por lo tanto, todos los actores implicados en la regulación de las telecomunicaciones dependen de la capacidad de la gestión estatal para regular. Cuando el Estado actúa de manera positiva y eficaz, contribuye al aumento de la calidad técnica (en beneficio de la población) para corregir los niveles de efectividad y protección de los derechos de los usuarios. Aunque el alcance de la cobertura de los servicios de comunicaciones electrónicas en Brasil no se haya concentrado todavía en los más débiles económicamente, el desarrollo tecnológico ha traído grandes beneficios a los empresarios, lo que demuestra que asegurar competencias y aumentar el acceso de información a los reguladores guía a los mercados y dificulta el mantenimiento de errores, fallos y deficiencias por parte de los operadores.

Por otro lado, la falta de competitividad alienta la práctica de abusos, o la dependencia de las agencias reguladoras de las empresas privadas. Las compañías dominantes tienen como ventaja unos precios excesivamente altos, logros financieros y largos plazos de financiación, incluso con prórroga de los periodos de ejecución de los servicios con derecho a exclusividad.

El funcionamiento de las telecomunicaciones está siempre guiado por los resultados de los mercados y la planificación estratégica que las administraciones públicas pueden ofrecer a través de indicadores de calidad. Para que este control sea efectivo, es esencial que el regulador conozca plenamente el mercado y la expansión de su sesgo técnico. El Estado no es el responsable por la calidad pero sí por la aplicación de nuevos métodos de evaluación del funcionamiento de los sectores. Por eso el mercado no puede prescindir de la transparencia ni del conocimiento de cómo funcionan las compañías, ni tampoco ignorar las necesidades de los consumidores para saldar la deuda social con el cumplimiento de los objetivos y principios de interés general.

VI EL FUNCIONAMIENTO ACTUAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN BRASIL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS: BALANCES Y RESULTADOS

La reconstrucción del mercado de telecomunicaciones mediante la liberalización del sector estuvo involucrada en el acercamiento del Estado a los ciudadanos²⁸⁷ y dependió de la creación de nuevos instrumentos de participación pública para cumplir con los objetivos sociales. La función principal de la regulación eficiente se puso de relieve a partir del supuesto básico de la reorganización de la Administración pública para justificar la privatización como un método de eliminación de los grandes monopolios públicos. El uso de la libre competencia como garante y aliado de la calidad y de la universalidad de los servicios universales ha permitido acompañar las conductas verificadas en el mercado y combatir acciones propias del ejercicio abusivo de poder.

Para Villar Rojas (2004:400) ese cambio ha necesitado de regulación pública, cuya clave está en la fijación de reglas objetivas, transparentes, publicadas, no discriminatorias y no discrecionales para la participación de nuevos entrantes. En ese sentido, el ejercicio de la autoridad reguladora de las telecomunicaciones de Brasil está condicionado a la aplicabilidad de la ley de defensa de la competencia (Ley 8.884/95) junto con el consejo de defensa económica (CADE). Pero, la competencia no nace de la regulación, sino de su estímulo legal que, además, exige para su desarrollo la actuación positiva de las autoridades regulatorias.

Se ha concedido a la Anatel el control, la prevención y la represión de las infracciones del orden económico; además, corresponde a la Anatel instaurar procesos administrativos, identificar y reprimir las infracciones previstas en la ley, y definir las condiciones para alabar los compromisos contractuales para que esas prácticas sean cesadas²⁸⁸.

²⁸⁷ Carrasco & Mendoza (2005:87). Algunas de las aportaciones más significativas de la nueva Ley de Telecomunicaciones de España son la simplificación del régimen de acceso al mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas mediante la eliminación del sistema de títulos habilitantes y su sustitución por un régimen de autorización general, la introducción de la categoría de los operadores con peso significativo en el mercado (OPSM), en lugar de los anteriores operadores dominantes, el fortalecimiento de las potestades de la CMT como garante de la competencia en el mercado, la flexibilización del régimen de imposición de obligaciones a los operadores y el incremento del nivel de protección de los usuarios.

²⁸⁸ Sin embargo, la Anatel podrá dirigir al CADE las solicitudes de las empresas para apreciar el mérito de los actos que busquen la concentración económica y permitan la defensa de la libre competencia.

La necesidad de más reflexión sobre los rumbos de la regulación incorpora aspectos económicos; las tendencias del sector hoy son bastante distintas de las del comienzo del proceso de liberalización del sector en 1995. A ejemplo de la experiencia española, citada por Escribano, García y Rodrigues (2009:84), el hecho de que la propia estructura económica del sector de las telecomunicaciones complique, y en algunos casos imposibilite, el libre funcionamiento de la competencia en los mercados, hace necesaria la intervención pública.

Las tendencias del sector en Brasil se asientan en el contexto de influencia mundial, con el despliegue de la banda ancha y, sobre todo, la sustitución del servicio de voz por redes móviles y el incremento de programas de empaquetamiento de servicios; sin embargo, no es cierto que las inversiones ya realizadas, o las que se van a realizar en los próximos dos años, consigan la mejora en materia de universalidad y calidad de la prestación. La expansión de redes, a corto plazo, exige una mayor posibilidad de control de la agencia reguladora de Brasil.

El proceso de liberalización se desarrolló más rápidamente en los países que optaron por la necesidad de reestructurar el sector de las telecomunicaciones, desde la construcción de la libre competencia e incentivo hasta la entrada de los agentes privados

En ese particular, la política de regulación de cada país expresa la autodeterminación de los sistemas económicos mediante los ingresos generados por los efectos económicos positivos de la construcción de las nuevas tecnologías de comunicaciones de la última década. La combinación de esos factores y la incertidumbre de la crisis económica mundial más reciente aportan al contexto regulatorio la necesidad de frenar el ciclo recesivo que aflige a muchos sectores productivos. En ese sentido, Sen (2011) plantea un capitalismo nuevo y reformado para los mercados, pero también para las instituciones como posible solución.

Cuando las políticas de bienestar entran en conflicto con el apoyo institucional prioritario sobre la estructura económica, la opción más injusta es vulnerar las condiciones de los usuarios. En el terreno de las telecomunicaciones, cuando el mercado se ve afectado por la situación económica, también los ideales de la ciudadanía

dejan de ser tarea del regulador, haciendo que se cancelen las inversiones en la expansión de las redes, por ejemplo.

La parte más débil y vulnerable hace que el consumidor deje de contactar con el servicio, debido a los excesivos precios del mercado o por la baja calidad de la conexión. En Brasil los comportamientos públicos en tiempo de crisis se materializan en la desaceleración de los proyectos de ampliación de la red de banda ancha y en la reducción de gastos. Brasil es un país con elevado déficit comercial en materia de productos electrónicos y normalmente adopta tecnologías ya superadas en los países desarrollados.

En cuanto a las recientes tendencias de inversión en banda ancha, ese desfase tecnológico, de acuerdo con el Informe IPEA, 2010 (2010:21), se refleja en la baja velocidad en el acceso motivada sobre todo por las bajas inversiones en infraestructuras de redes. La estructura de las comunicaciones electrónicas se resiente de una mayor velocidad de conexión, mayor movilidad para los servicios disponibles a los usuarios, más flexibilidad en la creación de nuevos servicios e inversiones en materia de investigación de nuevas tecnologías.

Por lo tanto, este capítulo pretende tratar del funcionamiento actual y de las tendencias futuras en el mercado de las telecomunicaciones en Brasil donde la operación y el desarrollo del sistema regulador han sufrido grandes cambios en los últimos diez años. Si bien la experiencia de superación de las características históricas del sector es relevante, no se puede considerar la parte más visible de la infraestructura sin reconocer la importancia de la mejora en el acceso y las consecuencias de las futuras inversiones. En ese sentido, para estar más cerca de los objetivos sociales, la regulación necesitaría ampliar los derechos de los consumidores en Brasil.

Pablo (2007:2) recuerda que en muchos aspectos la legislación ha enfatizado la defensa de los usuarios en la normativa europea, como por ejemplo en el derecho al acceso en todos los hogares a una línea telefónica a precios asequibles, independientemente de la zona geográfica, la forma de pago para costear los servicios y el incremento de las garantías de los usuarios con relación a la protección de datos.

Para Laguna de Paz (2004:41) el ordenamiento debe favorecer la regulación horizontal de todas las infraestructuras, especialmente porque las diferencias de régimen jurídico solo se justifican por razones de interés general. La regulación de las redes debe ser independiente de los servicios que transmitan.

La dificultad inicial en la creación de un ambiente de plena competencia ha sido el gran desafío de las telecomunicaciones, pero también ha sido el gran logro en sistemas jurídicos como el español. Por otro lado, la aparente debilidad para acabar con los monopolios públicos en Brasil no ha permitido obtener los resultados esperados, con la apertura del mercado, al principio, a los oligopolios públicos. Los objetivos económicos de los operadores dominantes han prevalecido, aunque el progreso tecnológico sea notable, el gran desafío sigue siendo la reorientación del mercado privado para mejorar el bienestar social.

La importancia de la investigación sobre la estructura actual de las telecomunicaciones en Brasil es innegable. Sin embargo ese estudio se ve afectado por la falta de información de los operadores, de estudios bibliográficos e informes de las autoridades reguladoras que ofrezcan estadísticas más precisas sobre los caminos hacia el marco regulador futuro. Pero, es evidente que los resultados de las liberalizaciones hoy por hoy reflejan los efectos de las políticas reglamentarias incluidas en un gran contexto mundial.

A la escasez de datos de la agencia reguladora se suma el problema del desconocimiento y la dificultad en tratar sobre el funcionamiento de las empresas que operan en el sector. Cuestiones sobre cómo aumentar las inversiones del sector privado sin subvenciones ni privilegios, siguen en el centro de la paradoja regulatoria actual. Lo que parece evidente es que la cultura de la libre competencia y de la calidad de los servicios públicos (procedentes de los monopolios estatales) tuvieron una trayectoria de reglamentación bastante lenta y un enfoque regulador más bien escaso en comparación con los países europeos, que han optado por la mejora de la eficiencia maximizando la capacidad del mercado para admitir nuevos entrantes.

De ahí que en Europa la inversión en infraestructura, con la coexistencia de múltiples redes, haya tenido una importancia más relevante y haya condicionado el modelo sostenible de competencia español. En esta medida, los entrantes con libertad

para invertir, contaron con mayor seguridad jurídica, económica e institucional, lo que también ayudó a regenerar la confianza en el regulador, facilitando la aparición de nuevos servicios.

Los pasos dados en la política de accesos plantean hoy muchos problemas, como los derechos de redes e interconexión. Pablo (1998:74) ya nos advirtió de que si se quiere lograr una competencia real en el mercado, hay que evitar que los nuevos entrantes actúen con su propia red y que se les facilite el uso de redes ya existentes. Los nuevos operadores necesitarán muchos años para extender su propia red a la competencia efectiva.

La obligación de resultados hacia una interconexión mutua no resulta solamente de la ley; lo que debe reconocer no es el derecho a obligar a negociar, sino el derecho a alcanzar, a través de esa negociación, la interconexión y el acceso a las redes²⁸⁹. Por lo tanto, se tiene la sensación de que el inicio del proceso de liberalización de las telecomunicaciones está más pendiente de atender a las necesidades de los mercados, ajustando los intereses de los operadores, que de servir a los ciudadanos.

Los ajustes posteriores en países europeos y sudamericanos demuestran la fuerte tendencia de las autoridades reguladoras a rescatar la confianza en el sistema de defensa de los usuarios; esa directriz marca la restauración del ambiente regulador actual, por el simple análisis del panorama europeo más reciente²⁹⁰.

La tendencia principal del régimen brasileño actual no es adoptar exhaustivas medidas reglamentares que favorezcan el surgimiento de leyes en defensa de los usuarios de telecomunicaciones. Las expectativas giran en torno a la necesidad de ampliar la red de acceso, pero no es una prioridad garantizar mayor transparencia al servicio prestado por los operadores. Por el contrario, el origen histórico de la fijación del marco regulador europeo no fue solamente aportar flexibilidad a las empresas y estabilidad en el marco jurídico regulatorio, sino también tener en cuenta los derechos de los usuarios y de protección de datos.

²⁸⁹ Chinchilla Marín (2004:184). [Http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1632/12.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1632/12.pdf)

²⁹⁰ Véase la Recomendación de la Comisión Europea (2010/572/CE) y el proyecto de reforma de la Ley General de Telecomunicaciones de España.

Estas actuaciones tan dispares al fin y al cabo difuminan la supuesta hegemonía regulatoria sobre las comunicaciones electrónicas en los países que adoptaron la liberalización de los servicios de interés general. Esa realidad nos demuestra que muchos países siguen sin superar barreras que protegen los servicios más que a los usuarios y, por lo tanto, no han conseguido mejorar las técnicas de prohibición de conductas contrarias a la competencia o perjudiciales para los derechos de los consumidores.

Con un notable retraso en comparación con los demás países, la autoridad reguladora de Brasil sigue buscando incrementar el número de servicios y su mejora para que puedan acceder los ciudadanos, con una posible reducción progresiva de los precios aplicados. En otros países, los resultados de las liberalizaciones se perciben en las continuas bajadas de precios, las ofertas innovadoras de los servicios, el creciente uso y diversificación de los servicios de telecomunicaciones y el aumento de la demanda de la banda ancha; no obstante, seguirá aumentando el peso que tiene el sector sobre el conjunto de la economía.

En Brasil se hace necesaria la incorporación de una solución rápida y eficaz de conflictos entre proveedores y usuarios; además es indispensable que haya un ajuste de procedimientos para mejorar el sistema de sanciones por las violaciones que comenten los operadores en detrimento de los consumidores, enfoques bastante adelantados en otros países²⁹¹.

Pablo (2003:2) destaca que en España un aspecto novedoso y relevante es la creación de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, por la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003), con flexibilidad y autonomía para la gestión del espectro radioeléctrico²⁹² y por las constantes demandas para dar cobertura a los servicios de telefonía, radio, televisión, servicios vía satélite, wi-fi, y otros que exigen una de las principales vías de I+D del sector.

Por su parte Bullinger (2001:13-14) ya predecía, con extrema coherencia, que reina una gran incertidumbre en materias como la futura evolución de las

²⁹¹ El Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. COM (2008)165 final, publicado por la Comisión Europea el 2 de abril de 2008.

²⁹² Véase también sobre el tema Campos Sánchez-Bordona (2009).

infraestructuras de redes en las estructuras troncales (*backbone*) y líneas de abonado (*local loop*). Además, los factores de impulso y las barreras de mercado existentes son ejemplos de una amplia demanda de aplicaciones multimedia que, por otro lado, requieren una mejor calidad, intensidad y rapidez para llegar con buena señal a las empresas, a las instituciones públicas y a los hogares.

La inercia de las Administraciones sigue siendo la peor arma contra la competencia, aunque muchos interpreten que las principales trabas suregen de la economía²⁹³ pero, en realidad, la ausencia de compromiso con el cumplimiento de los objetivos sociales ha prevalecido en el mercado de telecomunicaciones de Brasil.

La desprotección del sector deriva de la incorrección en la supervisión de la gestión de nuevos mercados y de las expectativas futuras. Esos efectos se amplían en lo tocante a las telecomunicaciones debido a sus características intrínsecas, como la dependencia de los procesos tecnológicos y la dinámica frenética de economía. Por lo tanto, para Petitbó (2004:115) la competencia efectiva sería aquella en la que los mercados se mantuviesen con un número suficiente de competidores y el ingreso de los nuevos entrantes ocurriera con cierta facilidad, sin trabas burocráticas y con efectos significativos en la presión competitiva entre los operadores.

El funcionamiento de la agencia reguladora de las telecomunicaciones en Brasil (Anatel), sigue siendo identificada como un organismo sectorial cuya independencia todavía sufre ataques y dudas dirigidas al ejercicio de su propia potestad. Sin embargo, hay que matizar la función de auxilio a la Anatel desempeñada por otros órganos, como el CADE, el Consejo Administrativo de Defensa Económica²⁹⁴, semejante al Servicio de defensa de la competencia - SDC de España, actuando además dentro de la estructura administrativa de Brasil y más allá de las instancias responsables por un modelo sostenible de competitividad.

²⁹³ En ese sentido Katz (2009:13) entiende que los últimos años han sido considerablemente duros para la economía mundial, porque la crisis del subprime y su impacto en los sectores financiero e inmobiliario han afectado de manera sistemática a otros sectores de la economía; además, el sector de las telecomunicaciones no está exento de estas dinámicas.

²⁹⁴ Organización administrativa independiente, regulada por la Ley 8884, de 11 de junio de 1994, con legitimidad para reprimir acciones contra el orden económico, orientando los dictámenes de la libertad de iniciativa, libre competencia, función social de la propiedad, defensa del consumidor y represión al abuso del poder económico.

Por consiguiente, en este último capítulo analizaremos el contexto del mercado de las comunicaciones electrónicas de Brasil teniendo en cuenta la forma en que se ha estructurado el ordenamiento jurídico. Asimismo veremos en qué aspectos los nuevos parámetros regulatorios y el desarrollo de servicios de banda ancha de alta velocidad y el despliegue de las redes de nueva generación podrán aportar nuevas orientaciones a la autoridad regulatoria, principalmente para la construcción de la efectiva protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

VI.1. Tendencias del modelo de la competencia en el marco jurídico actual

El gobierno federal, a través de la presidencia de la República de Brasil, sigue la tendencia de organizar el mercado de telecomunicaciones a través de la constante intervención en actos inherentes a la iniciativa de la agencia de regulación. En general, el Ejecutivo designa a los miembros del consejo y de la presidencia de Anatel²⁹⁵; además, la autoridad reguladora se somete al control externo de sus actos siendo el Poder Legislativo²⁹⁶ el que aprueba sus deliberaciones. La Anatel también depende del Ejecutivo para fijar sus presupuestos anuales.

Por lo tanto, la restricta autonomía organizacional se mezcla con el tradicional perfil de la entidad bajo las atribuciones de coordinación y vigilancia. Su capacidad como órgano sancionador y arbitral para los conflictos entre operadores y usuario no proporcionan gran seguridad jurídica en la orientación de los nuevos rumbos del mercado de telecomunicaciones.

La Anatel asume la facultad de aplicar solamente las reglas contractuales ya pactadas con anterioridad en los contratos de concesiones firmados entre la Administración y los operadores privados. En general los procedimientos que se imponen a los empresarios son previamente pactados entre las concesionarias y la

²⁹⁵ De acuerdo con las reglas de delegación de competencia establecidas por el Decreto 6.944, de 21 de agosto de 2009, el nombramiento de los cargos de funcionarios de la Agencia de telecomunicaciones, Anatel, es competencia del Ministro de Estado de Planeamiento, Presupuesto y Gestión.

²⁹⁶ El nombramiento del Presidente y los miembros del consejo de la Anatel son competencia exclusiva del Presidente de la República, después de ser aprobadas sus indicaciones por el Senado de la República, conforme a los artículos 23 y 24 de la Ley 9.472, de 16 de julio de 1992 y "F", III, artículo 52, de la Constitución Federal de Brasil.

autoridad reguladora, mientras que la participación ciudadana en los foros de discusión no se configuran democráticamente²⁹⁷.

La tendencia centralizadora de las Administraciones vulnera la función fiscalizadora y la somete a las directrices establecidas por el gobierno, porque trabaja más dentro de los parámetros definidos por los intereses políticos que por las estrategias del sector. En ese sentido, corresponde a la autoridad reguladora cumplir una función de ejecutora de las deliberaciones de iniciativa gubernamental; en general participa como mediadora en los conflictos entre las actividades de los operadores y los consumidores.

Aún no está consolidado un sistema plenamente competitivo en el marco regulador. Esta realidad es particularmente importante en este sector donde la preservación de los monopolios privados propicia al estancamiento tecnológico, debido a las bajas inversiones en infraestructura. La rebajada competitividad minimiza las probables ganancias en calidad y contenido de los servicios actuando negativamente sobre las políticas públicas de bienestar a partir de la gestión indirecta de las prestaciones de interés social. En ese punto la falta de contenido de regulación, o su pérdida de eficacia por la incapacidad de la autoridad reguladora para imponer los propósitos de la liberalización, favorece sobre todo a los empresarios, dando lugar a un ambiente regulatorio con las siguientes características:

a) el poco interés en “legislar mejor el derecho de los ciudadanos”, vulnerando la protección de los usuarios, demuestra que el proveedor de servicios actúa con escasa eficiencia en materia de competencia efectiva y bienestar social;

b) la alta concentración económica y la poca igualdad y transparencia entre los operadores dominantes resulta en la falta de incentivos a la competencia y la mejora tecnológica;

c) reducción de la capacidad de innovación tecnológica provocada por el exceso de concentración de mercados y discriminación con poca evaluación de los mercados e incoherencia en la aplicación de medidas correctivas.

²⁹⁷ El único instrumento que permite la participación ciudadana efectiva es la consulta pública. Para el año 2011, de acuerdo con el Informe Anatel 2010 (2010:55), está prevista la realización de la primera encuesta sobre la calidad de los servicios con el propósito de establecer nuevos parámetros de calidad para el sector.

Por lo tanto, los avances legislativos no pueden ser una opción sino un reto claro para lograr la efectividad del marco regulador en las telecomunicaciones al servicio de la funcionalidad y de la calidad de los servicios, con el despliegue de nuevas redes y el apoyo de sus plataformas en funcionamiento. La constante demanda de inversión es aún más vehemente en el mercado brasileño, que sigue funcionando con pocas modificaciones tecnológicas adecuadas a la solución de los problemas operativos, de los más sencillos a los más complejos; en ambas formas afectan, en definitiva, a los derechos de los usuarios.

La competencia, según Betancor (2010:184), sigue siendo uno de los criterios para legitimar la regulación que genera más que la defensa difusa de interés público: promueve la competitividad y, al mismo tiempo, permite la protección de los derechos de los consumidores; además fomenta la innovación y el poder de control del Estado, en la corrección de los fallos del mercado.

Las reformas iniciadas en Brasil en 1995 utilizaron como principal herramienta las privatizaciones de empresas estatales no rentables, como un gran proyecto para solucionar la crisis del Estado, y se asoció a tres componentes históricos y fundamentales en la marcha de los servicios públicos, conforme a la concepción de Bresser Pereira (1998:57-60):

- i) la crisis fiscal, lo que limitó la capacidad de intervención del Estado;
- ii) la crisis en el modelo de intervención pública sobre la economía;
- iii) la crisis del modelo burocrático de la administración pública, responsable de los altos costes y de la baja calidad de los servicios públicos.

Sin embargo, los programas de liberalización no se han dirigido al mercado libre sino que han optado por la transferencia al sector privado de ciertos servicios que el Estado debería dejar de prestar. Es decir, lo que se pretendía era la simple reducción en el nivel de gastos estatales a través de programas de venta de empresas en subastas para aumentar la recaudación. El intento de superar el modelo burocrático no ha podido romper con la política de monopolios en las telecomunicaciones, ya que entre

las innovaciones realizadas el Plan Director²⁹⁸ ha tenido muy poca solidez teórica al incorporar como objetivo básico el incremento de las arcas públicas con la subasta del sistema de empresas públicas de telecomunicaciones, además de que el “modelo” regulatorio aplicado estipulaba contratos de concesión exclusiva a pocas operadoras y con largo plazo de duración.

Eso concibió la estructura de la reforma del Estado a partir de la descentralización de funciones públicas que pretendían modernizar la maquinaria de organización estatal mediante la creación de agencias independientes para ejecutar programas de gestión eficaz de los servicios públicos y la coordinación indirecta de las actividades económicas de interés general. Para Andrews (2009:112), esto demuestra que la privatización tuvo como principal objetivo "recaudar fondos" para complementar el programa de estabilidad económica, y que no tenía el propósito de seguir un guión coherente de reformas en búsqueda de competitividad.

La regulación brasileña, conforme ha ido avanzando la liberalización, ha sido menos minuciosa que la europea y la estadounidense. La legislación ignoró las variables más relevantes para el sector, lo que provocó el énfasis en la delegación del comando tecnológico y de las decisiones de mercado en manos de los operadores privados, sin priorizar la competencia o la defensa de los consumidores. Obviamente, las alternativas reales para la competencia eran bajas, lo que ha puesto de relieve una mayor dependencia de la infraestructura del operador dominante.

Para evaluar el comportamiento de las empresas después de los resultados de las privatizaciones fue necesario analizar la estructura del mercado introducida por el marco regulatorio. En ese sentido, la falta de redes alternativas se sumó a la imposibilidad de consolidar la competencia. La normativa de la concesión de licencias sigue con los mismos parámetros iniciales, después de casi quince años de las privatizaciones del sector.

El marco regulador de los contratos de concesión impone límites rígidos al ingreso de nuevos operadores, lo que demuestra la tendencia a la alta concentración de

²⁹⁸ PLAN DIRECTOR DE LA REFORMA DEL APARATO DEL ESTADO (1995). Con el fin de alcanzar los propósitos del proceso de privatización, sería obligatorio reorganizar y fortalecer los órganos de regulación para actuar sobre los monopolios privatizados.

empresas que actúan en el sector. En ese sentido Farah (2010:159) compara e indaga sobre las diferencias entre la competencia en el sector público y en el privado. Llega a la conclusión de que las empresas introducen la innovación para diferenciarlas en el mercado de libre competencia, en el sector privado. Sin embargo cuando se trata de los criterios de innovación del sector público la respuesta es que la competencia que se introduce también constituye un factor de innovación, habitual en un contexto democrático. Pero para Sugiyama (2008:193-216) es evidente que en el sector público, los políticos y sus administradores están fuertemente guiados por sus creencias ideológicas, las cuales suelen limitar el espectro de las elecciones de políticas públicas y prioridades gubernamentales.

Eso fue lo que pasó en el mercado de las telecomunicaciones de Brasil: la resistencia gubernamental a abrir el sector a la competencia restringió las posibilidades de la innovación tecnológica a niveles mínimos comparados con otros mercados. El mercado de telefonía móvil y fija ha dado lugar a la formación de cinco grandes grupos de empresas que controlan el mercado de telefonía y de banda ancha, distribuidos por áreas cuyo control entra casi totalmente en la modalidad de monopolio de hecho.

Como se verá en los siguientes gráficos, el mercado brasileño sigue todavía caracterizado por una competencia residual y limitada por el control de grupos económicos que operan al mismo tiempo en las áreas de telefónica conmutada (PSTN), telefonía móvil y banda ancha.

El control económico de los proveedores es el geográfico, de acuerdo con la división del país por zonas territoriales, centrando su poder en grandes áreas y en régimen de exclusividad. En el caso del mercado de telefonía fija, no existe la libre competencia.

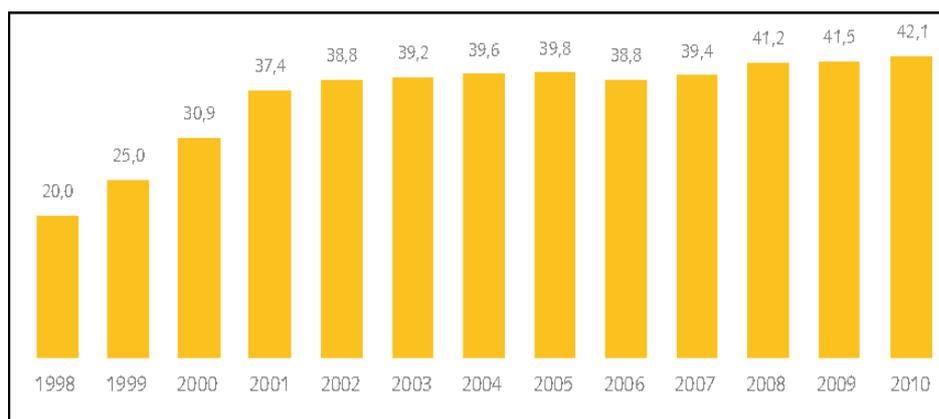
El desarrollo reciente en la telefonía móvil ha hecho posible su gran relevancia en el escenario de los servicios de telefonía como un factor para la inclusión social de la población usuaria, incluso para las personas con bajos ingresos, lo que se refleja en las tasas de crecimiento del sector, con proyecciones que acompañan a la tasa de aumento de los últimos cinco años, como puede verificarse a continuación (véase también el gráfico 7):

Tabla 10: Número de usuarios de teléfonos móviles-2005

Año	Número de Usuarios	Crecimiento (%)
1990	667	
1991	6.700	904,50%
1992	31.726	373,52%
1993	191.402	503,30%
1994	755.224	294,57%
1995	1.416.500	87,56%
1996	2.744.549	93,76%
1997	4.550.175	65,79%
1998	7.368.218	61,93%
1999	15.032.698	104,02%
2000	23.188.171	54,25%
2001	28.745.769	23,97%
2002	34.880.967	21,34%
2003	46.373.266	32,95%
2004	65.605.577	41,47%
2005	86.210.336	31,41%
2006 (*)	104.000.000	20,64%
2007 (*)	120.000.000	15,38%
2008 (*)	134.000.000	11,67%
2009 (*)	146.000.000	8,96%
2010 (*)	157.000.000	7,53%

Fuente: Anatel/*Proyección de la Anatel

Gráfico13: Evolución de los accesos al servicio fijo conmutado (en millones)



Fuente: Informe Anatel 2010

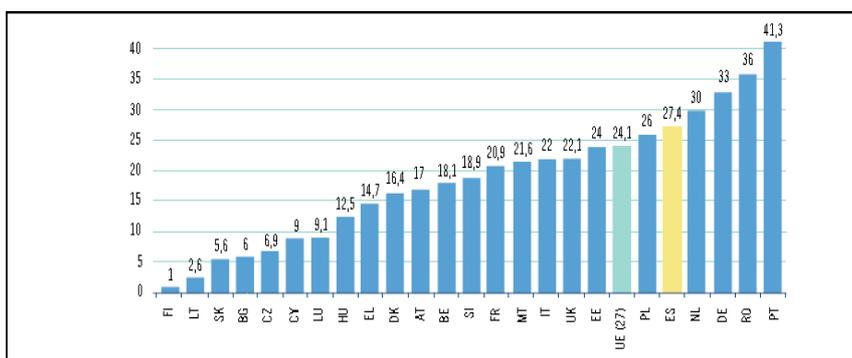
Aunque la propensión mundial sea la disminución de ingresos en telefonía fija provocada por la reducción del consumo mundial debido a la contracción de las economías de los países industrializados, a partir de 2008 el gráfico anterior muestra

una tendencia de expansión que avanza a pesar de las últimas proyecciones y que además en Brasil no actúa sobre las redes de comunicaciones de operadores alternativos.

También se observa una tendencia a que todos los países con operadores incumbentes perdieran clientes de acceso directo, es decir, usuarios que contrataron el acceso a la red fija y el tráfico telefónico con el mismo operador, mientras que hubo un crecimiento en el número de usuarios que tenían contratado el acceso directo con un operador no incumbente²⁹⁹.

Conforme se verifica en el gráfico de abajo, en 2009 y en los años siguientes, la proporción de clientes de acceso directo, de cable o alternativo, aumentó mientras que en España un 27,4% de los usuarios de telefonía fija contrataron operadores alternativos en el mismo período (de julio 2008 a julio de 2009).

Gráfico 14: Proporción de usuarios que utilizan un operador no incumbente para el acceso directo julio 2009 (% total de usuarios de telefonía fija)

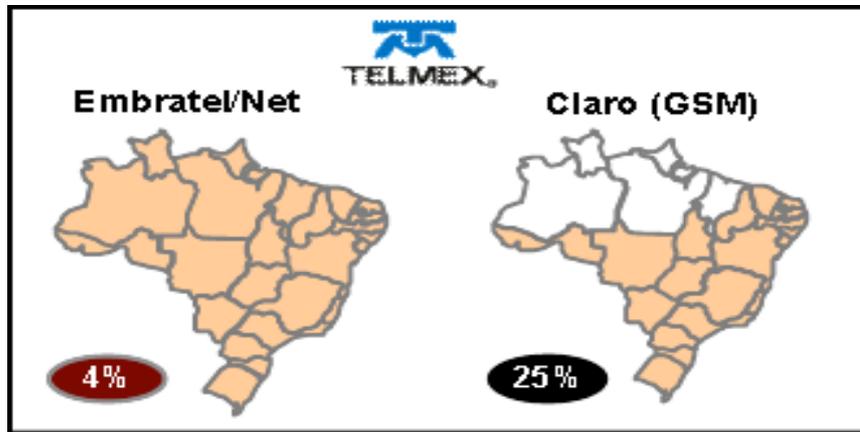


Fuente: XV Informe de Implementación, Comisión Europea

La tendencia del desarrollo tecnológico ha dado mayor libertad a los operadores de telefonía móvil, con el progreso en la comunicación de datos y los servicios de voz. El acceso digital también estimuló los poderes públicos de Brasil a ceder ante las presiones de los grupos empresariales, y de la sociedad misma, para que diera nuevos permisos y concesiones a compañías entrantes, creando un nuevo entorno competitivo en este ámbito, pero con operadoras que en su gran mayoría ya pertenecían al mercado de telefonía fija, como veremos a continuación.

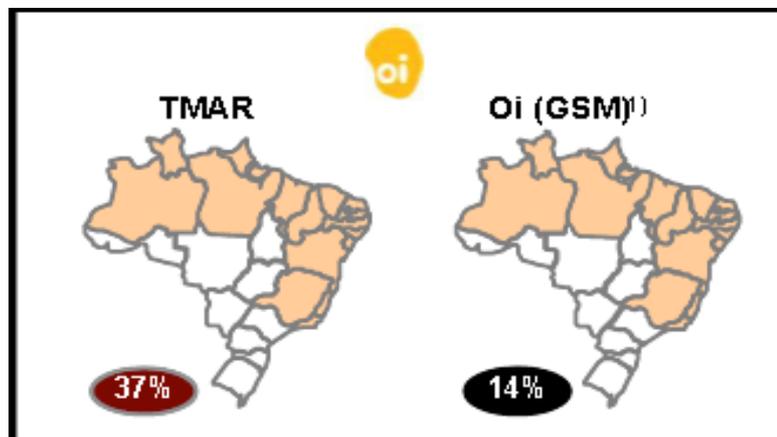
²⁹⁹ Informe de la CMT 2009 (2009:17).

Gráfico 15: Grupo TELMEX (incluye Embratel, con acceso a redes fijas de larga distancia, y Claro a redes móviles)



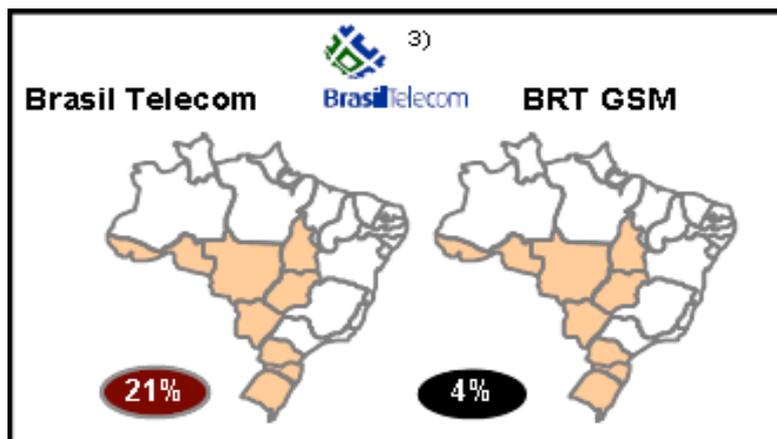
Fuente: AT Kearney/Anatel

Gráfico 16: Grupo OI (compuesto por las empresas TELEMAR – con monopolio em redes fijas, y Oi –operadora de telefonía móvil)



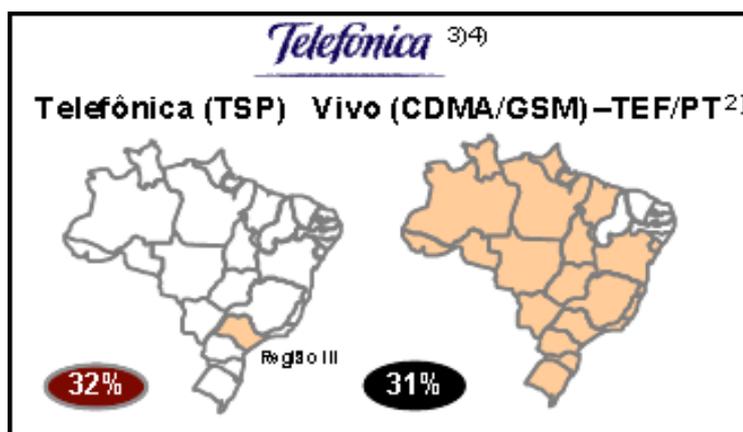
Fuente: AT Kearney/Anatel

Gráfico 17: Grupo Brasil Telecom (formado por las empresas TELECOM y BRT que operan también con larga distancia y transmisión nacional de datos.



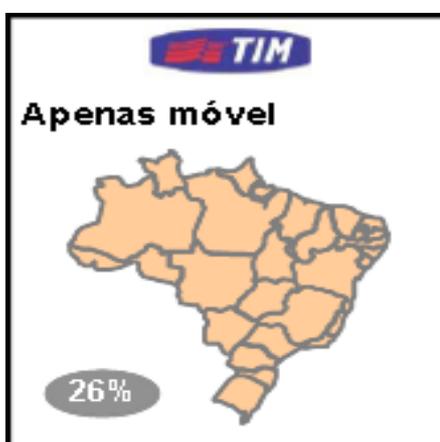
Fuente: AT Kearney/Anatel

Gráfico 18: Grupo Telefónica (formado por la empresa Telefónica de España, con monopolio de la telefonía fija, y VIVO, operadora del mercado de telefonía móvil, con la reciente adquisición de Telecom/Portugal).



Fuente: AT Kearney/Anatel

Gráfico 19: Grupo TIM - operadora de red de telefonía móvil



Esta concentración de mercado demuestra la asimetría regulatoria existente en el mercado brasileño, ya descrito en el capítulo anterior, y además la validez y continuidad de los criterios normativos iniciales, aprobados en el origen del proceso de las privatizaciones. También señala que el regulador no tuvo habilidad para adaptarse a las necesidades de las nuevas regulaciones para favorecer las inversiones tecnológicas, sobre todo por revisiones normativas tardías y desconocimiento del mercado.

Para estabilizar los servicios y favorecer las prestaciones en la defensa de los derechos de los usuarios, ha prevalecido el poder hegemónico de esos grupos empresariales en la fijación de modelos de inversiones basados en sus criterios corporativos y no en los objetivos regulatorios públicos. Por lo tanto, bajo la tutela del Plan general de actualización³⁰⁰, el marco regulatorio actual conlleva la creación y alteración de los instrumentos normativos basados en los parámetros que exponemos a continuación:

Ampliación de la oferta y del uso de los servicios y de las redes de telecomunicaciones en todo el territorio brasileño

Con la actuación reguladora adicional la Anatel preveía, a partir de 2008, la ampliación del uso de los servicios y de las redes con el fin de asegurar más beneficios sociales y acelerar la reducción de las desigualdades regionales. Estipula la necesidad de análisis de las obligaciones de atención, precios y calidad de los servicios a cargo de la agencia reguladora.

El área de la prestación de servicios no debe ser tan pequeña que conduzca a la existencia de áreas desiertas y sin acceso, o cuyo acceso sea inviable en términos de precios y servicios. Por otro lado, la superficie no debe ser tan grande que elimine la competitividad de los servicios, o que reduzca los intereses privados en nuevas inversiones, o que provoque complejidad en la regulación con perjuicios en los resultados debido a un ambiente de competencia inadecuado.

³⁰⁰ Anexo de la Resolución 516, de 30 de octubre de 2008.

Propiciar la competencia y garantizar la libertad de elección de los usuarios

Consiste en reafirmar los propósitos regulatorios haciendo énfasis en la competencia. Este principio, considerado uno de los pilares para el fortalecimiento del sector, pretende sostener el ejercicio de las actividades económicas en el régimen privado en armonía con el régimen público.

La Anatel entiende que el concepto difundido internacionalmente sobre identificación de mercados relevantes y entidades con poder significativo en el mercado puede que tener un buen aprovechamiento en el ejercicio de las nuevas políticas públicas de Brasil, para mejor atender a las aspiraciones de la sociedad en general.

Sin embargo, la autoridad reguladora todavía no ha establecido en ese aspecto ninguna normativa que asegure la libertad de elección con las garantías de mejora de calidad que se exigen al sector.

Generar oportunidades de desarrollo industrial y tecnológico

La autoridad pública reconoce que el avance tecnológico requiere el aumento de velocidad de transmisión de señales de video, audio y datos, lo que exigirá el surgimiento de nuevos actores fundamentales para la creación de la verdadera competencia, además de la creación de empleos y de trabajo, lo que exige la participación significativa del Estado en la promoción y fomento de la industria de las telecomunicaciones.

Optimizar y fortalecer el papel regulador del Estado

Para que sirva de base a la acción del Estado, las políticas públicas deberán exigir independencia administrativa, financiera y de recursos humanos a la agencia, considerada sustrato de la eficacia de la actuación reguladora.

Asegurar niveles más adecuados de competencia

El Plan propone que la agencia investigue los niveles de competencia adecuados para cada región brasileña y que lleve a cabo un análisis de sus diferencias con el fin de considerar las medidas adecuadas de incentivo a la competencia en cada caso. La Anatel deberá intensificar los esfuerzos si quiere ofrecer a los usuarios libertad de

oportunidad en la elección de operadores, servicios y redes, con precios y calidad adecuadas a cada sector.

Tabla 11: Servicios de telecomunicación que existen actualmente en Brasil

Designação do Serviço	Sigla
Serviço Móvel Pessoal	SMP
Serviço Telefônico Fixo Comutado	STFC
Serviço de Comunicação Multimídia	SCM
Serviço Móvel Especializado	SME
TV por Assinatura (Serviço de TV a Cabo / MMDS / DTH)	TV Ass

Fuente: Anatel

La persistencia de los los factores que mantienen y promueven la concentración del mercado y la política de impedimento a la expansión y a la aplicación efectiva de la libre competencia puede verse a través de las fusiones y adquisiciones entre los operadores, con permiso reciente de la Anatel. El Consejo autorizó el 23 de septiembre de 2010 la actividad más intensa del sector de las telecomunicaciones desde la privatización, con la integración entre dos compañías: Vivo, el mayor operador de telefonía móvil en el país, y Telefónica, que ofrece servicios en telefonía fija. La empresa española ha sido desde entonces la líder del sector de telefonía móvil en Brasil.

Concentración de usuarios de teléfonos móviles y control del mercado en Brasil hasta diciembre de 2010, según Anatel³⁰¹:

1. Vivo (telefónica): 60.823.482 líneas (29,65%);
2. Claro: 52.241.261 líneas (25,46%);
3. TIM: 51.813.847 líneas (25,26%);
4. Oi: 39.552.679 líneas (19,28%);
5. CTBC: 621.944 líneas (0,3%);
6. Sercomtel: 78.879 líneas (0,04%);
7. Unicel: 18.885 líneas (0,01%)

Para la revisión de los contratos de concesiones de la telefonía fija correspondientes al período 2011 a 2015, el Decreto 7.512, de 30 de junio de 2011,

³⁰¹ <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>

aprueba el Plan General de metas para la universalización del servicio telefónico fijo conmutado (PGMUIII) en el que prevalecen como nuevos marcos para el sector el refuerzo en los derechos y deberes de las operadores de telefonía, otorgando así el derecho de explotación por su cuenta y riesgo, pero dentro del régimen establecido por la Ley 9.472/97 (Anatel) y el Plan General de concesiones.

En términos actuales, los contratos debe revisarse cada cinco años y han sido firmados por todos los operadores que actúan en el mercado de telefonía fija brasileño, es decir, las empresas Brasil Telecom (BiT), Telemar, Telefónica, Embratel, CTBC Telecom y Sercomtel.

La nueva versión se basa en el propósito gubernamental de ampliar la atención a los consumidores con bajos ingresos y a la población residente en zonas rurales del país. También establece la necesidad de que la agencia asegure nuevas reglas para el sector respecto a las garantías de calidad y velocidad de la banda ancha mediante la elaboración de parámetros de calidad efectiva de conexión mínima y media para obligar a los operadores a su cumplimiento. El plan actual exige la eliminación de barreras de acceso de los operadores para que puedan ofrecer servicios de televisión por cable y contribuir a la ampliación del número de ofertas de servicios por parte de las mismas operadoras. Sin embargo, los nuevos parámetros regulatorios brasileños no hablan de extender la competencia, ya existente conforme a los mismos criterios desde hace más de una década, ni tampoco de optimizar los derechos de los consumidores y usuarios que ya pertenecen al sistema.

A continuación se describe el modelo de regulación que en la actualidad sirve como apoyo a los mercados existentes de teléfonos móviles y fijos.

VI.1.1.El mercado de las Redes Fijas

La entrada en vigor de los LGTbr, como hemos visto, ha consolidado la reestructuración de la red telefónica pública de Brasil que pasó a denominarse STFC –Servicio telefónico fijo conmutado. Destinados a ser utilizados por el público en general, con las modalidades local, larga distancia nacional e internacional de larga distancia.

El mercado estuvo apoyado originalmente por el marco legislativo inaugurado por el Decreto n ° 2534, de 2 de abril de 1998, conocido como Plan General de Otorgamientos de los Servicios de Telecomunicaciones, y mediante la Resolución 30, de 29 de junio de 1998, relativa al Plan General de Metas de Calidad para la conmutación de telefonía fija. Sin embargo, en el marco regulatorio se han ido sucediendo una serie de resoluciones para formalizar el sistema de telefonía fija de Brasil, como veremos a continuación.

i. Resoluciones

- 1) Res. n° 30, de 29 de junio de 1998, Plan General de Metas de Calidad para el Servicio Telefónico Fijo Conmutado – STFC;
- 2) Res. n° 33, de 13 de julio de 1998, Remuneración por el uso de redes prestadoras del STFC;
- 3) Res. n° 46, de 7 de agosto de 1998, Directrices para el uso de radiofrecuencias por parte de las concesionarias y autorizadas del servicio telefónico fijo conmutado para sistemas de acceso sin cable;
- 4) Res. n° 066, de 9 de noviembre de 1998, Reglamento sobre la divulgación de listas de firmantes y de edición y distribución de la guía telefónica obligatoria y gratuita;
- 5) Resolução n° 78, de 18 de diciembre de 1998, Reglamento sobre directrices para el destino de franjas de frecuencia de sistemas de acceso fijo sin cable, para la prestación del STFC;
- 6) Res. n° 83, de 30 de diciembre de 1998, Reglamento de Numeración;
- 7) Res. n° 86, de 30 de diciembre de 1998, Reglamento de Numeración del Servicio Telefónico Fijo Conmutado;
- 8) Res. n° 155, de 16 de agosto de 1999, Reglamento sobre procedimientos de contratación de servicios y adquisición de equipos o materiales por parte de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones (modificado mediante la Resolución n° 421, de 2 de diciembre de 2005);
- 9) Res. n° 33, de 13 de julio de 1998, Remuneración por el uso de redes prestadoras del STFC;

10) Res. n° 163, de 30 de agosto de 1999, Condiciones y criterios de tarifación y de remuneración de redes para llamadas con tarifa única nacional del servicio telefónico fijo conmutado;

11) Res. n° 166, de 28 de septiembre de 1999, sobre utilización de sistemas de acceso fijo sin cable para la prestación del servicio telefónico fijo conmutado destinado al uso del público en general - STFC;

12) Res. n° 261, de 24 de mayo de 2001, Reglamento sobre criterios tarifarios para la prestación del servicio telefónico fijo conmutado destinado al público en general – STFC, en las llamadas de usuarios del servicio móvil personal – SMP;

13) Res. n° 263, de 8 de junio de 2001, Plan General de Códigos Nacionales – PGCN, incluido como anexo del Reglamento de Numeración del STFC, aprobado mediante la Resolución n° 86, de 30 de diciembre de 1998;

14) Res. n° 280, de 29 de octubre de 2001, Reglamento para declaración de cumplimiento de obligaciones de universalización por concesionaria del servicio telefónico fijo conmutado –STFC destinado al uso del público en general;

15) Res. n° 283, de 29 de noviembre de 2001, Reglamento de expedición de autorización para la prestación del servicio telefónico fijo conmutado destinado al uso del público en general – STFC;

16) Res. n° 295, de 19 de abril de 2002, se destinan las bandas de radiofrecuencia de 3.450 MHz a 3.500 MHz, de 10,15GHZ a 10,30GHZ e de 10,50GHZ a 10,65GHZ, de 25,35GHz a 28,35GHz, de 20,10GHz a 29,25 GHz y de 31,00GHz a 31,30 GHz, para uso del Servicio de Comunicación Multimedia–SCM y del Servicio Telefónico Fijo Conmutado destinado al uso del público en general-STFC;

17) Res. n° 297, de 10 de mayo de 2002, Norma del Proceso de Contraste del grado de satisfacción de los usuarios del Servicio Telefónico Fijo Conmutado (STFC), del Servicio Móvil Celular (SMC) y del Servicio Móvil Personal (SMP);

18) Res. n° 334, de 16 de abril de 2003, Reglamento para el uso de la Tarjeta Inductiva en teléfonos de uso público del STFC;

19) Res. n° 345, de 18 de julio de 2003, Reglamento sobre Suministro de la Relación de Firmantes por parte de las prestadoras de servicio telefónico fijo conmutado en la modalidad de servicio local;

20) Res. n° 357, de 15 de marzo de 2004, Reglamento sobre las Condiciones de Acceso y Disfrute de los Servicios de Utilidad Pública y de apoyo al STFC;

21) Res. n° 373, de 3 de junio de 2004, Reglamento sobre áreas locales para el servicio telefónico fijo conmutado destinado al uso del público en general (modificado mediante las Resoluciones 377, de 13 de septiembre de 2004, n° 389, de 9 de diciembre de 2004, y n° 403, de 5 de mayo de 2005);

22) Res. n° 396, de 31 de marzo de 2005, Reglamento de Separación y Destino de Cuentas;

23) Res. n° 417, de 17 de octubre de 2005, Reglamento de Indicadores de Calidad del Servicio Telefónico Fijo Conmutado- RIQ;

24) Res. n° 418, de 18 de noviembre de 2005, Norma para el establecimiento de metodología simplificada del Cálculo del Factor de Transferencia “X”, previsto en las Reglas de Reajuste de Tarifas del Sistema Telefónico Fijo Conmutado destinado al uso del público en general – STFC;

25) Res. n° 420, de 25 de noviembre de 2005, Norma para calcular el índice de Servicios de Telecomunicaciones – IST – aplicado al reajuste y actualización de valores asociados a la prestación de los servicios de telecomunicaciones;

26) Res. n° 424, de 6 de diciembre de 2005, Reglamento de Tarifación del Servicio Telefónico Fijo Conmutado destinado al uso del público en general –STFC prestado en régimen público;

27) Res. n° 426, de 9 de diciembre de 2005, Reglamento del Servicio Telefónico Fijo Conmutado –STFC;

28) Res. n° 427, de 16 de diciembre de 2005, Reglamento de Acceso Individual Clase Especial – AICE, del Servicio Telefónico Fijo Conmutado destinado al uso del público en general –STFC;

29) Res. n° 443, de 8 agosto de 2006, Norma del Proceso de Contraste del grado de satisfacción de la sociedad con respecto al servicio telefónico fijo conmutado (STFC), al Servicio Móvil Personal (SMP) y a los servicios de televisión por contratación;

30) Res. n° 450, de 7 de diciembre de 2006, aprueba el Plano Alternativo de servicio de oferta obligatoria en la modalidad local para implementación por parte de las concesionarias del STFC y señala otras providencias;

- 31) Res. n° 459, de 5 de marzo de 2007 – Aprueba el reglamento de características de funcionamiento del teléfono público del STFC;
- 32) Res. n° 460, de 19 de marzo de 2007 – Reglamento general de portabilidad - RGP;
- 33) Res. n° 516, de 30 de octubre de 2008 – Aprueba el Plan General de Actualización del Reglamento de Telecomunicaciones de Brasil;
- 34) Res. n° 537, de 17 de febrero de 2010 – Reglamento sobre las condiciones de uso de la franja de radiofrecuencia de 3,5 GHz;
- 35) Res. n° 539, de 23 de febrero de 2010 – Aprueba el reglamento del Plan General de Metas para la Universalización del servicio telefónico fijo conmutado prestado en régimen público PGMU, aprobado mediante el Decreto n° 4.769, de 27 de junio de 2003;
- 36) Res. n° 559, de 27 de diciembre de 2010 – Aprueba la modificación de los contratos de concesión para la prestación del STFC;
- 37) Res. n° 560, de 21 de enero de 2011 – Aprueba el reglamento sobre áreas locales par el STFC.

ii. Decretos

- a) Decreto n° 2.534, de 2 de abril de 1998, Plan General de Otorgamiento de Servicios de Telecomunicaciones prestado en régimen público;
- b) Decreto n° 2.592, de 15 de mayo de 1998, Plan General de Metas para la Universalización del Servicio Telefónico Fijo Conmutado prestado en régimen público;
- c) Decreto n° 6.039, de 7 de febrero de 2007, Plan de Metas para la Universalización del STFC en Instituciones de Asistencia a personas con deficiencia auditiva;
- d) Decreto n° 6.654, de 20 de noviembre de 2008, Plan General de Otorgamientos.

La regulación inicial preveía la renovación de los contratos de concesión cada veinte años, autorizada por la LGTBr, con la competencia de la Anatel para celebrar

contratos en el marco del Plan General de Otorgamientos/Concesiones y a título oneroso. Como ya vimos, dentro de las nuevas directrices de reglamentación se establece la posibilidad de revisión de los contratos cada cinco años. Por lo tanto, es innegable el conjunto de prerrogativas indiscutibles de la Anatel en materia de cumplimiento de la política de resultados exigidos por el gobierno y dentro del modelo esbozado por la LGTBr. Ahora bien, corresponde a la agencia disponer directamente de normas y demás reglamentos para ejecutar la política de regulación vigente.

Aún así, la complejidad y la expansión de los tipos de servicio en el sector de las telecomunicaciones todavía requieren la división y especificación de la reglamentación para cada sector. El propio desarrollo continuo de las plataformas de apoyo y soporte del servicio dificulta el control total por parte de la agencia, por lo que requiere su constante perfeccionamiento normativo y de organización interna.

Después de más de diez años de vigencia del modelo, la ampliación de las infraestructuras no se ha materializado conforme a las proposiciones ideales y semejantes a las estructuras desarrolladas en Europa. En Brasil jamás se ha podido justificar una modalidad de “dominio público radioeléctrico”, es decir, un título que actúe sobre una reserva sin titularidad. Según Pablo (1998:73), para que se dé esa posibilidad debería existir un otorgamiento de títulos no estrictamente concesionales que concedan la legitimación subjetiva para implantar la red, con carácter exclusivo, aunque sea relativo.

La promesa de facilitar la inclusión de los nuevos operadores no se cumplió, lo cual refleja la alta concentración del número de operadores del sector. La cantidad de usuarios atendidos alcanza cifras continentales, en comparación con otros países, lo que amplía la posibilidad de mayores ganancias por parte de los operadores que actúan con políticas de oligopolio y dominio casi absoluto del mercado. Por otro lado, la mínima cantidad de operadores incrementa el nivel de dependencia hacia las concesionarias del STFC, tanto de los usuarios como de la autoridad reglamentaria, con definición de las reglas del mercado, inversiones, expansión tecnológica, ampliación de redes y control de precios. Además, las empresas privadas cuentan con poca fiscalización debido a la ausencia de mecanismos de actuación de la autoridad reguladora. Al fin y al cabo, tanto las reglas del mercado como la infraestructura de atención al cliente están determinadas por los operadores privados.

Como se visto en los gráficos anteriores, la competencia en el STFC sigue estando bastante restringida y sólo en las áreas de concesión de titularidad de cada operadora. Eso conlleva la constitución de verdaderos monopolios privados distribuidos por regiones geográficas. El modelo actual, basado en la exclusividad, no proyecta ninguna posibilidad de cambios significativos para el futuro ni da muestras de que sea capaz de romper las barreras actuales para garantizar la competencia en los próximos cinco años.

Entre los concesionarios privados está en vigor un acuerdo por el que sus acciones quedan restringidas a las zonas de su concesión, con el cobro de roaming o llamadas de un área de control de una operadora a otra zona limitada por poderes de otro operador, lo que significa que existe un control total de cada empresa en un determinado espacio territorial.

VI.1.2.El mercado de las redes móviles

El análisis de ofertas de servicios a partir del modelo actual muestra que la estructura vigente de los servicios de telecomunicaciones móviles de Brasil está sometida a una mayor tendencia a la competitividad; las empresas que compiten son, en realidad, grupos empresariales que también explotan el STFC, con lo cual la capacidad del mercado es más amplia siendo también más alto el número de usuarios. Sin embargo, todavía hay una gran necesidad de expansión de la plataforma de la red a fin de que haya una modificación real en los parámetros de vigencia de los conceptos actuales de explotación, los cuales permiten más avance tecnológico.

La estructura de las telecomunicaciones móviles en Brasil está actualmente definida en la legislación como SMP (Servicio Móvil Personal), sucedáneo del SMC (Servicio Móvil Celular) que se estableció en 1990 a partir de la definición de las bandas de frecuencias para el funcionamiento de los operadores. Posteriormente, con las privatizaciones de 1996, basado en la normativa de las telecomunicaciones (para teléfonos móviles y fijos.), la NGT 20/96, aprobada por la Ordenanza 1533 del 4 de noviembre de 1996, fue sustituida por otras normativas responsables de la estructuración del sector.

Obedeciendo a lo dispuesto en el LGTbr, la Anatel creó la Resolución 235, de 21 de septiembre de 2000, que establece las directrices para el despliegue del servicio móvil personal, teniendo en cuenta como forma general lo siguiente:

- a) Promocionar y estimular la demanda del mercado SMP, con la previsión de concesión de nuevos permisos;
- b) Estimular la prestación del mercado de SMP, mediante la calidad y tecnología de los servicios móviles de segunda generación, con el aumento de la eficiencia del espectro de radiofrecuencia y el permiso para introducir nuevas instalaciones;
- c) Permitir que los usuarios del SMP elijan libremente a los proveedores de larga distancia;
- d) Permitir la sustitución de los instrumentos legales de concesión y autorización de las prestadoras de SMC;
- e) Autorizar el uso de nueva subbandas de radiofrecuencias;
- f) Establecer mejores valores en las llamadas entre STFC y SMP/SMC y de larga distancia original o terminada en el SMP;
- g) Planear la implantación del SMP en el país.

El nivel de competencia se ha incrementado en los últimos años gracias a la ampliación de la cobertura de bandas otorgadas a dos o más empresas, lo que señala una gran diferencia con la competitividad de la telefonía fija.

La tabla siguiente muestra la tendencia de la distribución del mercado por operadoras, aunque sean datos estimados por la Anatel, ya que muchos de estos municipios todavía no disponen de infraestructuras de acceso al servicio.

Tabla 12: Atención de móviles por operadoras (septiembre de 2011)

Operadora	Municípios atendidos	População atendida
Vivo*	3.683	90,5%
Claro*	3.568	90,6%
TIM*	3.212	89,6%
Oi*	2.979	83,3%
CTBC*	87	1,5%
Aeiou*	5	7,6%
Sercomtel*	2	0,3%

Fuente: anatel

Se establece así la normativa aplicable al SMC que ha evolucionado de la siguiente manera:

- 1) NGT 20/96 – Norma General de Telecomunicaciones (SMC), aprobada por la Ordenanza nº 1.533, de 4 de noviembre de 1996;
- 2) Norma nº 11/94 – Criterios para determinar el valor de las llamadas entre abonados del Servicio Telefónico público y del SMC facturadas por la concesionaria, aprobada por la Ordenanza nº 1.542, de 4 de noviembre de 1996;
- 3) Norma nº. 21/96 – Requisitos gerais de Numeração para rede de Serviço móvel Celular, aprovada pela Portaria nº. 1.534, de 4 de novembro de 1996;
- 4) Norma nº. 22/96- Critérios para reajuste e revisão de valores no SMC, aprovada pela Portaria nº. 1.535, de 4 de novembro de 1996;
- 5) Norma nº. 23/96 – Critérios para elaboração e aplicação de plano de serviço na prestação do SMC, aprovada pela Portaria nº. 1.536, 4 de novembro de 1996;
- 6) Norma nº. 24/96 – Remuneração pelo uso das redes de SMC, aprovada pela Portaria nº. 1.537, de 4 de novembro de 1996;
- 7) Norma nº. 25/96- Critérios e procedimentos para determinação dos valores para as tarifas de uso das redes de SMC e de Serviço telefônicos Público, aprovada pela Portaria nº. 1.538, 4 novembro de 1996;
- 8) Norma nº. 26/96- Critérios para o processamento e repasse de valores entre as entidades prestadoras de SMC e de Serviço Telefônicos Público, aprovada pela Portaria nº. 1.539, de 4 de novembro de 1996;
- 9) Norma nº. 27/96 – Informações da prestação do SMC, aprovada pela Portaria nº1. 540, de 4 de novembro de 1996;

10) Norma nº. 28/96 – Plano de Numeração para redes públicas de telefonia e de SMC, aprovada pela Portaria nº. 1.541, de 4 de novembro de 1996.

ii) Resoluciones

1) Resolução nº. 68, de 20 de novembro de 1998, Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências;

2) Resolução nº. 73, de 25 de novembro de 1998, Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (alterada pela Resolução nº. 234, de 6 de setembro de 2000 e pela Resolução nº. 343, de 17 de julho de 2003);

3) Resolução nº. 227, de 21 de junho de 2000, Destina as faixas de frequências de 1710 a 1755MHz, 1775 a 1485MHz, 1805 a 1850mhz e 1870 a 1880mhz para a implantação de sistemas de telecomunicações móveis terrestres e as faixas de frequências de 1885 a 1900MHz, 1950 a 1980MHz e 2140 a 2170MHz para a implantação de sistemas de telecomunicações móveis que sigam as especificações IMT-2000 da UTI;

4) Resolução nº. 231, de 19 de julho de 2000-Não expedição de nova outorga de autorização de uso de radiofrequência na faixa de 1706mhz a 2301 MHz;

5) Resolução nº. 235, de 21 de setembro de 2000- Diretrizes para Implementación do SMP;

6) Resolução nº. 259, de 19 de abril de 2001, Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências;

7) Resolução nº. 274, de 5 de setembro de 2001, Regulamento de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre Prestadoras de Serviço de Telecomunicações

8) Resolução nº. 278, de 15 de outubro de 2001, Destinação, em caráter secundário, das faixas de radiofrequências de 1.710MHz a 1.755 MHz e de 1.805 MHz a 1.850 MHz

9) Resolução nº. 296, de 10 de maio de 2002, Regulamento das Condições de Aferição do Grau de Satisfação dos Usuarios dos Serviços de Telecomunicações

10) Resolução nº. 297, de 10 de maio de 2002, Norma do Processo de Aferição do Grau de Satisfação dos Usuarios do Serviço Telefônico Comutado (STFC), DO Serviço Móvel Celular (SMC) e do Serviço Móvel Pessoal (SMP)

- 11) Resolução nº. 298, de 29 de maio de 2002, Regulamento de Numeração para a identificação de acessos, Interfaces e Elementos de Redes do Serviço Móvel Pessoal (SMP)
- 12) Resolução nº. 301, de 20 de junho de 2002, Regulamento de Numeração do Serviço Móvel Pessoal - SMP
- 13) Resolução nº. 303, de 2 de julho de 2002, Regulamento sobre Limitação da Exposição campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos na Faixa de Radiofrequências entre 9kHz e 300GHz
- 14) Resolução nº. 308, de 11 de setembro de 2002, Norma de uso do Bloqueador de sinais de Radiocomunicações
- 15) Resolução nº. 312, de 19 de setembro de 2002, Destinam as faixas de radiofrequências de 1.710 a 1.755 MHz, 1.775 a 1.785MHz, 1.805 a 1.850 MHz e 1.870 a 1.880MHz, para o Serviço Móvel Pessoal (SMP), e as faixas de radiofrequências de 1.885 a 1.895 MHz, 1.975MHz e 2.110 a 2.165 MHz, para a implantação de sistemas de telecomunicações móveis que sigam as especificações IMT-2000 da UIT;
- 16) Resolução nº. 314, de 19 de setembro de 2002, Regulamento sobre Condições de Uso das Faixas de Radiofrequências de 1.895 MHz a 1.910 MHz e de 1.975MHz a 1.990 MHz;
- 17) Resolução nº. 316, de 27 de setembro de 2002, Regulamento do Serviço Móvel Pessoal-SMP;
- 18) Resolução nº. 317, de 27 de setembro de 2002, Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal - PGMQ-SMP;
- 19) Resolução nº. 318, DE 27 DE SETEMBRO DE 2002 - Normas, adaptação dos instrumentos de concessão e de autorização do Serviço Móvel Celular - SMC para o Serviço Móvel Pessoal - SMP;
- 20) Resolução nº. 320, de 27 de setembro de 2002, Regulamento sobre Critérios Tarifários para a Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral - STFC, nas chamadas envolvendo usuários do Serviço Móvel Pessoa - SMP;
- 21) Resolução nº. 321, de 27 de setembro de 2002, Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal-PGA-SMP;
- 22) Resolução nº. 326, de 28 de novembro de 2002, Norma Adaptação dos Instrumentos de concessão e de autorização do Serviço Móvel Celular SMC para o Serviço Móvel Pessoal - SMP;

23) Resolução nº. 335, de 17 de abril de 2003, Regulamento de Indicadores de Qualidade do Serviço Móvel Pessoal - SMP;

24) Resolução nº. 336, de 24 de abril de 2003, Aprovam a adoção no Brasil do disposto na Resolução MERCOSUL/GM nº. 19/01, que trata das Disposições Gerais para “Roaming” internacional e Coordenação de Freqüências do Serviço Móvel Celular no âmbito do MERCOSUL;

25) Resolução nº. 344, de 18 de julho de 2003, Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas;

26) Resolução nº. 351, de 1 de outubro de 2003, Aprova a proposta de destinação da série de Códigos de Acesso de usuario no formato 7n7n6n5+n4n3n2n1 para os serviços móveis de interesse coletivo;

27) Resolução nº. 352, de 31 de outubro de 2003, Dispõe sobre a prorrogação do convívio de dupla marcação, previsto no art. 3º. da Resolução 339, de 22 de maio de 2003;

28) Resolução nº.357, de 15 de marco de 2004, Dispõe sobre as condições de acesso e fruição dos Serviços de utilidade pública e de Apoio ao STFC;

29) Resolução nº376, de 2 de setembro de 2004, Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofreqüências nas Faixas de 800MHZ, 900MHZ e 1.800 MHz para prestação do Serviço móvel Pessoal;

30) Resolução nº. 388, de 7 de dezembro de 2004, Norma sobre Condições de Prestação de Serviços de Telefonia para chamadas destinadas a “Assinante 0300” ;

31) Resolução nº. 396, de 31 de março de 2005, Regulamento de Separação e Alocação de contas;

32) Resolução nº. 402, de 27 de abril de 2005, Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada;

33) Resolução nº. 408, de 30 de junho de 2005, Mantêm o atual critério de Remuneração de uso de rede entre prestadoras de Serviço Móvel Pessoal em uma mesma área de registro, previsto no item 3.3.1. La Norma sobre critérios de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras de Serviço móvel Pessoal SMP

34) Resolução nº. 410, de 11 de julho de 2005, Regulamento Geral de Interconexão;

35) Resolução nº. 438, de 10 de julho de 2006, Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras de Serviços móvel Pessoal-SMP.

36) Resolução nº 537, de 18 de febrero de 2010, Reglamento sobre condiciones de uso de faixa de radiofrecuencia de 3,5GHz;

37) Resolução nº544, de 11 de agosto de 2010, Reglamento sobre o uso de faixa de 2,5GHz, destinada aos servicios telefônico fixo comutado, móvel pessoal, de Comunicacao Multimídia, Limitado privado e de TV por assinatura via MMDS;

38) Resolução nº549, de 19 de noviembre de 2010, Reglamento sobre exploração de servicio móvel pessoal por meio de rede virtual, que estabelecen critérios e proceimientos para a prestação do servicio por autorizados e credenciados;

39) Resolução nº558, de 20 de dezembro de 2010, Reglamento sobre canalização e condições de uso de radiofrecuência em faixa de 450-470 MHz, destinada a prestação dos servicios telefônico fixo comutado, móvel perssoal e de comunicação multimídia.

iii) Atos ANATEL

-Ato 41.663, de 12 de janeiro de 2004, Bloqueio imediato das chamadas originadas e terminadas na estação móvel daqueles usuarios que não se cadastrarem dentro do prazo estipulado;

-Ato 41.782, de 16 de janeiro de 2004, Prorrogação - Cadastramento dos usuarios do Plano de Serviços Pré-pago.

iv) Súmulas

-Súmula nº. 001, de 15 de janeiro de 1998, Acordo de “roaming” entre Concessionárias de Serviço Móvel Celular (SMC);

-Súmula nº. 003, de 10 de julho de 1998, Condição de Coligadas entre si ou de controlada e controladora;

v) Ley

-Ley nº. 10.703, de 18 de julho de 2003, Dispõe sobre o cadastramento de usuarios de telefones celulares pré-pagos e otras providencias.

vi) Decretos

a) Decreto n.º. 4.860 de 18 de outubro de 2003 Prorroga o prazo do art.1.º da Lei 10.703, de 18 de julho de 2003, que dispõe sobre o cadastramento de usuarios de telefones celulares pré-pagos;

b) Decreto n.º. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, Regulamenta as Leis 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

La mejora de la competencia, con la entrada de concesionarias y el incremento de la cobertura de bandas de acceso en los últimos años, anuncia una fuerte tendencia al despliegue de redes de nueva generación y el reflejo de las inversiones e innovaciones en infraestructuras. Sin embargo, la ausencia de estudios y estadísticas más precisas sobre el avance del sector dificultan el análisis y la investigación eficaz acerca de las consecuencias de los nuevos rumbos de la política regulatoria en Brasil.

Las estadísticas oficiales tampoco reflejan las verdaderas circunstancias nacionales de las infraestructuras, ya que los datos sobre la universalización y accesibilidad de los servicios están sobreestimados. Una parcela significativa de la población, sobre todo en zonas más remotas, alejadas de los grandes centros urbanos, todavía sigue sin disponer del servicio.

Las tablas de abajo indican la tendencia de crecimiento del sector en los últimos años y las nuevas condiciones competitivas resultantes de las últimas medidas regulatorias, además de las inversiones motivadas por la tendencia mundial del despliegue de las redes de nueva generación.

Tabla 13: Municipios atendidos por móviles

Municípios	2008	2009*	2010	1T11	2T11	Ago/11	Set/11
atendido	75,5%	86,3%	97,2%	97,3%	98,6%	99,87%	99,87%
por 1 prestadora	19,5%	29,4%	38,1%	38,1%	39,1%	40,3%	40,3%
por 2 prestadoras	10,2%	11,3%	11,9%	12,1%	12,2%	12,3%	12,2%
por 3 prestadoras	15,2%	13,4%	11,4%	11,4%	11,3%	11,3%	11,3%
por 4 prestadoras	29,7%	31,2%	33,6%	33,6%	33,7%	33,7%	33,8%
por 5 prestadoras	0,9%	1,1%	2,2%	2,3%	2,3%	2,3%	2,3%
não atendido	24,5%	13,7%	2,8%	2,7%	1,4%	0,13%	0,13%

Fuente: Anatel

Tabla 14: Población atendida por móviles

População	2008	2009*	2010	1T11	2T11	Ago/11	Set/11
atendida	93,9%	97,0%	99,6%	99,6%	99,8%	99,97%	99,97%
por 1 prestadora	4,5%	7,3%	9,2%	9,1%	9,2%	9,4%	9,4%
por 2 prestadoras	4,3%	4,8%	4,7%	4,8%	4,9%	4,9%	4,9%
por 3 prestadoras	8,5%	6,3%	7,2%	7,3%	7,2%	7,2%	7,2%
por 4 prestadoras	66,6%	69,4%	64,1%	64,0%	64,1%	64,1%	64,2%
por 5 prestadoras	10,1%	9,2%	14,3%	14,4%	14,4%	14,4%	14,4%
não atendida	6,1%	3,0%	0,4%	0,4%	0,2%	0,03%	0,03%

Fuente: Anatel

La cantidad de operadores asociada a la ampliación de la cobertura está generando una fuerte tendencia de crecimiento en número de usuarios, que sigue incrementándose en 2011. Las últimas cifras demuestran que actualmente hay en Brasil más líneas de teléfonos móviles que personas.

Tabla 15: número de abonados/conexiones (%)

Milhões	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Telefones Fixos	39,2	39,6	39,8	38,8	39,4	41,3	41,5	42,0
Celulares	46,4	65,6	86,2	99,9	121,0	150,6	174,0	202,9
TV por Assinatura	3,6	3,9	4,2	4,6	5,3	6,3	7,5	9,8
Banda larga	1,2	2,3	3,9	5,7	7,7	10,0	11,4	13,8
Usuários de Internet	-	-	32,1	35,3	44,9	53,9	63	N.D.

Fuente: Teleco (www.teleco.com.br)

VI.2. La competencia en infraestructuras y en banda ancha

Las iniciativas gubernamentales para fomentar la eliminación de obstáculos a la interconexión y el acceso universal a la infraestructura y a la banda ancha no se limitan a la inversión pública. Por ello las opciones de modelos de políticas públicas que incentivan el despliegue de las redes de nuevas generaciones pueden variar en cada país. Medidas como la creación de nuevas redes, la expansión de modelos de inversión en redes compartidas, el ingreso de nuevos operadores privados y otros métodos de distribución de las redes públicas existentes sirven como referencia a las nuevas recomendaciones y regulaciones del sector de comunicaciones electrónicas.

Sin embargo, la agenda digital de Latinoamérica, así como la de Europa, fija objetivos muy próximos teniendo en cuenta los riesgos de toda empresa inversora y la necesidad de mantener la competencia efectiva³⁰²; para ello exige la posición de neutralidad y no discriminación en los mercados. En ese sentido fue autorizada la revisión del reglamento del servicio de comunicación multimedia, con el propósito de masificar el acceso a la banda ancha y a la ampliación de los derechos de los usuarios. No obstante, todavía se trata de un proyecto de recomendación³⁰³ que no ha sido implementado.

Al amparo de la Resolución 550/2010 de Anatel, se aprobó el reglamento sobre la explotación de servicio móvil personal por medio de red virtual; esa resolución establece criterios y procedimientos para la prestación de servicios por parte de empresas autorizadas y credenciadas. El reglamento permite la existencia de un mayor número de ofertantes del servicio, con propuestas novedosas de facilidades, condiciones y relacionamiento con los usuarios.

Respecto al uso del espectro radioeléctrico, la reciente Resolución 548/2010 determina criterios según los cuales la autoridad nacional de reglamentación brasileña puede evaluar la eficiencia del uso del espectro en sistemas terrestres punto a punto y

³⁰² De acuerdo con la redacción de la Recomendación de la Comisión europea de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/UE), es tendencia en materia de despliegue y adopción de la banda ancha rápida y ultra rápida, además de las redes de nueva generación basadas en la fibra óptica, así como para respaldar las sustanciales inversiones que serán necesarias en los próximos años.

³⁰³ Incluido en el Informe Anual Anatel (2010:55) que indica que tales propuestas deberán estar sometidas a consulta pública en el año 2011, pero que hasta la presente fecha todavía no se ha realizado.

punto por áreas, además del sistema de satélites. Sobre el espectro, la Anatel tiene por objetivo en los próximos años establecer parámetros generales de administración, condiciones de uso y control de radifrecuencias en territorio nacional.

Es prioritario que la apertura hacia la competencia efectiva mueva a Brasil a seguir la tendencia internacional, principalmente para favorecer las nuevas inversiones en infraestructuras, con múltiples redes y en condiciones de separación funcional.

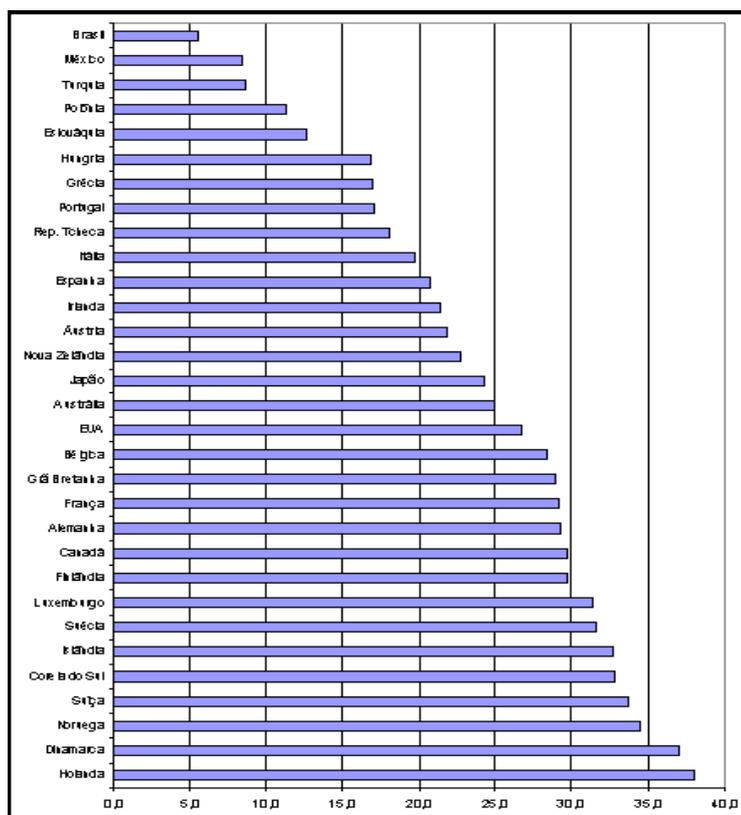
Para ello esas condiciones guardan relación, en particular con la inclusión de nuevos operadores, con medidas regulatorias como la sustitución de licencias individuales por autorizaciones generales y, además, la operación integrada de servicios y de interconexión.

El sistema normativo estructurado en la actualidad sigue las mismas tendencias del inicio de la liberalización de las telecomunicaciones en Brasil; es decir, siguen sin producirse cambios significativos desde su nacimiento, con el proceso de privatización del sistema TELEBRAS.

Por lo tanto, este reglamento ha privilegiado la STFC, aunque hoy en día el sistema de telefonía fija conmutada ha sido superado por el gran número de líneas de teléfonos móviles, en comparación con los fijos, al menos por la diferencia en la oferta de precios y de la competitividad.

Con la aprobación de LGTBr, que está en vigor desde 1997, Internet se consideró como un mero servicio de valor añadido, pero hoy en día representa la plataforma más importante del sistema de comunicaciones electrónicas, por lo que exige una revisión normativa urgente e inmediata a fin de reducir la concentración del mercado, con niveles aceptables de universalidad.

Gráfico 20: Nivel de la penetración de banda ancha fija en los países de la OCDE y Brasil (junio de 2009)



Fuente: Ipea, OCDE, Teleco.

Como se percibe, Brasil está un poco retrasado en comparación con el contexto regulatorio de otros países, o al menos no tan desarrollado respecto a los índices de la universalidad y las dificultades del acceso a la banda ancha. Esa evolución está en curso así que dentro de unos años responderá por la mayor cantidad de avances en las comunicaciones electrónicas en todo el mundo.

En los países donde se han reducido las barreras a la entrada de nuevos competidores mediante la creación de políticas de regulación dirigidas a mejorar las infraestructuras y el fortalecimiento del papel de las agencias reguladoras, han aumentado los índices de competitividad y de eficiencia del mercado debido a una mayor inclusión digital.

La disponibilidad de la infraestructura de acceso de banda ancha, también pone de manifiesto la desigualdad de condiciones de penetración del servicio en muchas ciudades de Brasil. Las discrepancias son mayores en los municipios rurales, donde no

existe un gran ingreso per cápita en los hogares y los costos de los servicios tienden a ser más baratos, además de reducir las tasas en algunas zonas de ocupación con mayor número de viviendas³⁰⁴.

El escenario de Brasil es esperanzador respecto a la tendencia de expansión del número de usuarios, pero sin duda es preocupante en cuanto a la poca regularidad en los niveles de inversiones. Así, se tiene en cuenta los obstáculos generados por la dificultad de acceso a las redes y a la calidad de la velocidad de banda ancha, pero también el exceso de la carga tributaria que influye negativamente en los precios de los servicios. Como hemos visto, la incidencia de impuestos grava las ofertas de prestaciones, siempre y cuando el protagonista de ese incremento sea el gobierno; además, el aumento de los precios no acompaña el realce de la calidad.

En consonancia con esa realidad, la reducción de precios y su proporción con la calidad no es una prioridad en las acciones de las políticas públicas del gobierno federal ni está previsto que lo sea en los próximos años. El problema derivado de la poca voluntad práctica del gobierno en el proceso de expansión de las redes es, como dice Cuétara (2000:76), que los derechos de interconexión y acceso tienen un precio que exige ser regulado y deberían ser bien calculado porque, de otro modo, inhibiría las nuevas inversiones. Por ello es esencial que los parámetros sean fijados por un regulador creíble, independiente y con la autoridad suficiente para que los actores del sector puedan confiar en él.

VI.3. Las medidas reglamentarias más recientes para las redes de próxima generación

Los contratos de concesión de telecomunicaciones en Brasil tienen un plazo de veinte años, como hemos visto, aunque pueden revisarse cada cinco años conforme al Decreto 7.512, de 30 de junio de 2011; también podrán “prorrogarse una sola vez, por el mismo período”³⁰⁵, con posibilidad de cambios en las siguientes fechas: 30 de junio de 2011, 31 de diciembre 2015 y 31 de diciembre 2020.

³⁰⁴ Informe IPEA - Instituto de Investigación Económica Aplicada nº 46. (UIT) Abril/2010, p. 9.

³⁰⁵ En los términos de la propuesta de alteración de la cláusula 3.2 del Contrato de Concesión para la prestación de servicios de telefonía fija conmutada, conforme Consulta Pública 19, y del artículo 81 de la LGTBr, además del artículo 99 da LGTBr. <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>

Con la Resolución 558/2010 nuevas reglas sobre canalización y condiciones de uso de radiofrecuencias en la banda de 450-470 MHz, pasa a ser destinadas a la prestación de servicios de telefonía fija conmutada, móvil personal y de comunicación multimedia a fin de permitir el acceso a los servicios de telefonía y de datos en banda ancha, preferentemente en áreas rurales de baja densidad población o sin servicio del sistema de telecomunicaciones.

Por lo tanto, podrán establecerse nuevas condiciones y otros objetivos en la fijación de los derechos y deberes de los operadores, pero bajo el mismo régimen de competencia del marco jurídico anterior.

La separación profunda entre los factores reguladores actuales y la necesidad de mejorar los medios tecnológicos utilizados en los servicios de telecomunicaciones impiden que se superen las limitaciones del avance de las comunicaciones electrónicas en Brasil.

La mayor diversidad de ofertas a los usuarios, con reducción de precios y garantía de calidad de las prestaciones, parece una tarea inalcanzable por parte de la autoridad nacional de reglamentación. Ese ambiente convierte a los operadores del sector en los protagonistas, pero también en el motor responsable de la transformación, según conveniencia, del proceso de cambios tecnológicos experimentados en Brasil.

Otro aspecto relevante es que los avances tecnológicos en las redes de transporte dependen de los cambios reglamentarios expuestos en los marcos regulatorios de los próximos años; para lograr la competencia efectiva será crucial la adecuación progresiva de las normas para apoyar un nuevo modelo más flexible y funcional de protección de los intereses de los usuarios. En 2008 se aprobó el Plan General de Regulación de las Telecomunicaciones de Brasil con el propósito de permitir la evolución de la agenda regulatoria del sector, con la ampliación de la transparencia de la actuación de la Anatel.

La alteración del Plan General de Otorgamientos/Concesiones (PGO) mediante el Decreto 6.654/2008, hace efectiva la autorización de que los grupos que posean concesionarias en más de una región establezcan obligaciones adicionales para esos grupos.

En cuanto a la revisión de las normas del STFC, practicadas por los sectores consolidados por el PGO, se aprobó la Resolución 547/2010, cuyo objetivo es permitir la unificación de tarifas y precios en las modalidades de telefonía local, larga distancia nacional y larga distancia internacional. Sin embargo, en resolución reciente, la Anatel trata de la determinación de grupos detentores de poder significativo del mercado (PMS), en la oferta de interconexión de red móvil en cada región del Plan General de autorización del servicio de móvil personal.

Los principios regulatorios actuales se basan en los siguientes aspectos:

- Acelerar el desarrollo económico y social;
- Reducir lo antes posible las desigualdades regionales;
- Ampliar la oferta y el uso de servicios y de las redes de telecomunicaciones en todo el país;
- Propiciar la competencia y garantizar a los usuarios la libertad de elección
- Generar oportunidades de desarrollo industrial y tecnológico con la creación de empleos en el ámbito del sector de telecomunicaciones;
- Optimizar y fortalecer el papel regulador del Estado.

Sin embargo, para poder crear un nuevo servicio será indispensable:

- i. La simplificación de los medios de acceso de los usuarios a los mercados, con la modificación del régimen jurídico actual;
- ii. El seguimiento de la evolución de la competencia y la revisión periódica del mercado por parte de la agencia reguladora;
- iii. La mayor preocupación del regulador por la distribución equitativa de los servicios por todo el país, con una expansión de toda la red nacional que ofrezca precios más asequibles, independientemente de la ubicación física del usuario, lo que contribuiría a maximizar la eficiencia productiva y la promoción de la competencia.

VI.4. Resultados del modelo regulatorio de Brasil

La transformación del panorama de las telecomunicaciones en el mundo se debe en gran parte a la privatización, a pesar de que este proceso no se convirtió en una liberalización efectiva de los mercados en países como Brasil.

Se puede constatar que existe una estrategia única y común en todos los países con relación al ritmo y a los objetivos que se desean alcanzar mediante esas reformas. De hecho, esas reformas han aportado múltiples tecnologías y distintas redes pero, fundamentalmente, competitividad como garantía y sinónimo de los servicios de telefonía en el mundo. El nuevo proceso de digitalización y de soportes de transmisión para las comunicaciones es el futuro de las telecomunicaciones a escala mundial.

El capítulo 5 de este trabajo confirma la apreciación de que los operadores de telecomunicaciones tienen un poder significativo en el mercado de Brasil y que la actuación de la Anatel propicia la baja eficiencia sobre el sistema. Esto hace necesario que existan nuevos rumbos para el mercado de telecomunicaciones de Brasil, con más inversiones en infraestructura pero, sobre todo, con la inclusión de nuevas directrices que sean cumplidas por el gobierno de Brasil para avalar la defensa de los derechos de los usuarios.

Teniendo en cuenta la estructura de los servicios y la dificultad para introducir innovaciones significativas a corto plazo, es obvio que la regulación de las telecomunicaciones en Brasil necesita una mejora urgente, hecho que se complica debido a la existencia de factores que impiden el desarrollo de las soluciones administrativas:

- i) La falta de niveles de competitividad sostenibles y beneficiosos para la libre elección de los usuarios, con políticas de precios que ofrezcan ventajas a la población;
- ii) La falta de compromiso político para crear las nuevas directrices y la necesidad de mayor inversión en velocidad y banda ancha, con la

- posibilidad de expansión del sistema, con mayor protección a los usuarios y defensa de datos personales;
- iii) Límites restrictivos de la libertad de la agencia, necesaria para ampliar la capacidad técnica de la autoridad nacional de reglamentación. Para eso es esencial un mayor control sobre la imposición de factores políticos y económicos que generan gran influencia sobre sus decisiones;
 - iv) La preservación de los mismas bases reguladoras y de los términos de las concesiones de las prestaciones como en el origen del proceso de liberalización;
 - v) la incapacidad de la Anatel de captar datos más exactos sobre el funcionamiento del sector, dificultando la medición, la precisión y veracidad de la información sobre los servicios prestados por los operadores a los usuarios.

En el modelo de prestación de servicios de telecomunicaciones resulta de extrema importancia la seguridad jurídica impuesta por las instituciones públicas ya que contribuye al control sobre las infraestructuras a cargo de los operadores. La asignación del deber de las concesionarias se refiere a las medidas fundamentales para imponer la universalización y la continuidad de los servicios.

Es innegable que en los últimos años ha habido un incremento de la oferta de telefonía fija por parte de prestadoras autorizadas, sobre todo en los grandes centros urbanos, pero con infraestructuras de red ya existentes utilizadas para soportar a otros servicios, como la televisión por cable y la telefonía móvil. Es necesario que se realicen substanciales inversiones para el despliegue de las redes de nueva generación basadas en la fibra óptica en los próximos años.

La telefonía fija ha experimentado un incremento, a pesar de que la tendencia mundial es la opuesta. En Brasil, el aumento de la oferta de accesos a operadoras autorizadas creció un 23,5%, mientras que entre las concesionarias la caída ha sido de un 3,9%³⁰⁶. Es decir, las medidas para superar los obstáculos de la competencia resultaron cortas pero eficaces para incluir nuevos operadores autorizados en la red fija. Pero sobrepasa el poder de las concesionarias, con dominio significativo sobre sus respectivas áreas de servicios.

³⁰⁶ Informe anual Anatel 2010.

En 2010, la Anatel estableció como meta del futuro la búsqueda de información más exacta sobre la conducta de los operadores de comunicaciones, por eso se prevé que la agencia realice inspecciones técnicas en las concesionarias.

Así pues, la autoridad regulatoria de Brasil pretende realizar un diagnóstico cabal sobre las deficiencias de la prestación de los servicios, cuyos resultados serán parte del compromiso público que tiene que ser firmado entre los operadores y la agencia. En cuanto a la política pública de tarifas y precios, las deliberaciones de las autoridades nacionales estipulan reajustes de los operadores de telefonía fija y móvil conforme a los términos estipulados en los contratos de concesión, en vigor desde el año 2006. El reglamento también prevé la revisión de los precios cada 12 meses, con base en la variación del índice de servicios de telecomunicación (IST) creado en 2007 por la Agencia nacional, en asociación con el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), que refleja la variación de los costes de las prestadoras de servicios³⁰⁷.

En cuanto a la tecnología, el ADSL todavía prevalece en la prestación de servicios de comunicación multimedia. En los últimos años se ha incrementado el número de accesos en telefonía por cable módem, que permite mayor velocidad. También se ha observado el aumento de accesos *wireless* y *wi-fi* de bajo coste. Sin embargo, el mercado brasileño se expone en un ambiente regulatorio artificioso y muy restringido en materia de gestión de recursos de interrelación y coordinación de elementos del sistema con el fin de progresar en las prestaciones de banda ancha.

Las principales desventajas de Brasil en comparación con otros países son la baja velocidad de acceso y los altos precios. En 2009³⁰⁸, el gasto medio con banda ancha en Brasil equivalía a un 4,58% de la renta mensual per cápita, mientras que en Rusia era de un 1,68% y en los países desarrollados se situaba en torno al 0,5%. En otras palabras, en Brasil se cobra diez veces más que en otros países por el mismo tipo de prestación.

³⁰⁷ Entre 2005 y 2010, el reajuste acumulado de la telefonía fija ha sido de un 6,5%, por encima de otros índices de reajustes de los consumidores, como se verifica en el gráfico 9.

³⁰⁸ De acuerdo con datos del IPEA, en el Informe 2010 (2010:2).

En resumen, el fallo de la competencia es también el resultado de inconsistentes regulaciones debido a la ausencia de políticas públicas que incentiven la reducción de la carga tributaria de los servicios y la falta de control para reducir los costes de las inversiones. Como consecuencia, el déficit tecnológico y la baja calidad de los servicios hace necesaria una intervención más enérgica por parte de los Poderes Públicos. Además, se añade otro factor: el aislamiento del país al no estar integrado entre los países del Mercosul que, de estarlo, podría extender el desahogo de las redes en toda la región amazónica.

Otro aspecto que pone en peligro los buenos resultados respecto a los consumidores es la falta de objetivos claros dentro del marco regulador acerca del número de operadores en cada sector. La limitación de entrantes genera excesiva autoconfianza en los operadores dominantes y la condescendencia y tolerancia inaceptable de la agencia reguladora con los movimientos de fusión entre empresas, impidiendo así la libre competencia. Esa realidad permite la formación de operadores dominantes y organizaciones empresariales que controlan el mercado, autorizadas a llevar a cabo prácticas que normalmente afectan a los principios de libre competencia y que atenta contra las características esenciales de las bases reguladoras descritas en la Ley de Telecomunicaciones.

Así, los resultados del proceso de evolución de las telecomunicaciones requieren cambios futuros ante de la necesidad de una mayor afluencia de inversión para el sector. Las superaciones de las deficiencias en las infraestructuras contribuyen al desarrollo de los servicios y hacen que sea imposible corregir los equívocos de los últimos años.

La misma liberalización de la competencia debería ocurrir cuando el gobierno de Brasil decida romper la concentración del mercado y defender los objetivos de la calidad y defensa de los derechos de los usuarios. Esa hegemonía empresarial resulta en un liderazgo en la explotación del mercado de las comunicaciones electrónicas apoyado en la labor frívola de la administración reguladora. En realidad, el cambio necesario pretende proteger el ambiente regulatorio de cualquier amenaza del servicio universal y salvaguardar la satisfacción de las obligaciones de interés general, donde prevalezcan los derechos del consumidor.

VI.4.1. Balance de las acciones de Anatel

La agencia nacional Anatel, como ente regulador del sector de las telecomunicaciones de Brasil, tiene, al igual que otros países de Latinoamérica, como dice Bernardes Rocha (2009:221), la estructura de autarquía bajo un régimen especial, con mayor independencia que las ya existentes en el ordenamiento jurídico, designadas como autarquías³⁰⁹ tradicionales.

Mientras que el principio de la legalidad sea una cláusula pétrea en el sistema constitucional de Brasil, ninguna enmienda de la Constitución podrá abolir ni mitigar ese precepto, ni tampoco establecer una especie de poder reglamentario independiente que, según Barros Leonel (2009:508), distingue la estructura de la administración tradicional de las agencias reguladoras.

El ordenamiento jurídico brasileño establece la competencia de los órganos reguladores, pero también reconoce la autoridad del legislador ordinario para establecer normas sobre la regulación de las telecomunicaciones³¹⁰ dentro de los límites constitucionales que se modificaron para permitir la estructura administrativa actual³¹¹. Por lo tanto, a los reglamentos emitidos por el Anatel³¹² no se les permite innovar en el orden jurídico, incluso con esa misma regla que prevalece también en caso de los actos normativos. La participación democrática en estos órganos se considera una función normativa, permitiendo la presencia institucionalizada de los representantes de la sociedad mediante audiencias pública y del Consejo Consultivo.

³⁰⁹ El concepto de autarquía, original del derecho italiano, designa una forma de descentralización administrativa en la prestación de servicios públicos. Para Di Pietro (1999:353-358) es el órgano administrativo que presta un servicio determinado, pero con característica y efectos iguales a los de la actividad administrativa del Estado, por lo tanto, integrante de la Administración indirecta.

³¹⁰ Enmiendas Constitucionales 08/95 y 09/95, que modificaron la redacción de los artículos, 21, XI y 177, §2º, III, de la Constitución de Brasil.

³¹¹ La propia Constitución Federal atribuye al Jefe del Ejecutivo el ejercicio exclusivo del poder reglamentario, lo que hace evidente que esa potestad no puede, por ley (artículo 84, IV de la CF) delegarse en cualquier órgano.

³¹² Cléve (2000:271) aclara que en otros países la reglamentación no es más que un acto normativo declarado por la Administración Pública. En Brasil el Reglamento es un concepto en sentido estricto, que significa solamente un acto normativo secundario editado por el Jefe del Ejecutivo. Si el acto deriva de cualquier otra autoridad, ya no responde a la idea constitucional de reglamento.

El Consejo de la Anatel³¹³ está formado por representantes asignados por el Senado Federal, por la Cámara de los Diputados, por el Poder Ejecutivo, por las entidades de clase de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, por entidades representativas de los usuarios y por entidades representativas de la sociedad. Antes de pasar al Ministerio de Comunicaciones, corresponde únicamente al Consejo opinar sobre el Plan General de Concesiones/Otorgamientos, sobre el Plan General de Metas para la universalización de los servicios prestados en régimen público y sobre las demás políticas gubernamentales de telecomunicaciones.

Como vimos, esas funciones no se confunden con las funciones regulatorias de la Anatel, contenidas en el artículo 19, de la Ley 9.472/97, que garantiza su competencia para expedir normas sobre prestación de servicios de telecomunicaciones en régimen privado y de expedir normas de concesiones, prestación y disfrute de los servicios de telecomunicaciones en régimen público, en los cuales no se incluyen las de competencia del Consejo, ya que se relacionan, en realidad, con aspectos técnicos de los servicios.

Por lo tanto, las normas que emanan de la Anatel son tradicionalmente reconocidas como reglamentos de mera ejecución y de organización, dirigidos a los que se encuentren en especial situación de sujeción respecto a la Administración pública. Cuéllar (2001:93) dice que su carácter autárquico asegura un régimen especial basado en la independencia administrativa, autonomía financiera, ausencia de subordinación jerárquica y previsión de estabilidad y mandato fijo para sus dirigentes. Pero, en realidad, aunque se les asegure mayor independencia respecto al Poder Ejecutivo, sus directores son nombrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado (Art. 52, III, f de la CF), y corresponde al Jefe del Ejecutivo Nacional ejercer la dirección superior de la Administración pública (art. 84, II de la CF).

Las agencias reguladoras están controladas por el Poder Legislativo, que puede fiscalizar y vigilar sus actos así como suspender las acciones que desvíen el poder reglamentario (art. 49, V. y X de la CF). En la práctica, aunque las atribuciones de la Anatel están reconocidas por ley para cumplir su función reguladora sobre los contratos de concesión, la agencia actúa a partir de conceptos genéricos que la Constitución reconoce y legitima. Por lo tanto, el recorrido de la existencia de la agencia de telecomunicaciones de Brasil demuestra que ésta eligió un modelo de

³¹³ Art. 34, 35 de Ley 9.472.

intervención mínima en el sector, donde la ausencia de obligatoriedad de interconexión y acceso de bienes imprescindibles a la prestación de los servicios, como las redes, siguen siendo un elemento determinante para la continua dominación de los mercados³¹⁴, y la consecuente pérdida de control práctico sobre la prestación de los servicios.

Esa dificultad para intervenir sobre los operadores se nota en las decisiones tardías acerca de asuntos de gran interés para los consumidores, como por ejemplo la exigencia de que los operadores facilitasen los datos de consumo en las facturas de los servicios o el uso de un lenguaje menos técnico y más sencillo para facilitar la interpretación del consumo de los usuarios.

Se observan otros aspectos que no tienen solución a corto plazo, como la falta de cumplimiento de metas que determinan la apertura de tiendas de los operadores para la atención personalizada a los usuarios de los servicios, que solamente existen en los servicios de telefonía móvil. En todos los demás sectores de las telecomunicaciones el ejercicio del derecho de información al consumidor solamente se presta vía telefónica.

A pesar de las prácticas prohibidas de subsidios cruzados con el veto a los comportamientos nocivos para la competencia plena y justa entre los proveedores de servicios, la presencia de operadores dominantes sigue favoreciendo las prácticas anticompetitivas, como por ejemplo las subvenciones públicas para promover las inversiones privadas o la reducción artificial de los precios de las tarifas de servicios.

La agencia también es responsable por establecer la estructura de precios para cada tipo de servicio, como se recoge en el artículo 103, I de la LGTbr. La sumisión al control de precios y obligaciones basado solamente en el sistema contable de las concesionarias no favorece a la competencia, lo que también evidencia que el ritmo de crecimiento y progreso de las comunicaciones electrónicas es fruto de las acciones compartidas de la regulación y de la actuación de la autoridad reguladora.

³¹⁴ Entendidas redes de telecomunicaciones como un bien público, con destinación colectiva para la prestación de los servicios, con la aplicación de la noción de función social del emprendimiento económico. En este sentido Salomao Filho (2001: 40-43).

Como hemos visto, aunque la Anatel tenga legitimidad para regular el sistema, con capacidad para elaborar y aplicar las políticas relevantes en el sector, sufre un gran retraso en la toma de decisiones regulatorias. Por otro lado, se somete a un fuerte control político, lo que restringe la fijación de nuevas directrices para el sector. Entonces, la modificación del panorama de las telecomunicaciones en Brasil, con la realización concreta de políticas efectivas de competencia y calidad, requiere la operatividad de nuevas y mejoradas medidas regulatorias.

La falta de cumplimiento de la normativa también afecta al funcionamiento del sistema asociado a la poca participación ciudadana en el trabajo de la agencia. Aunque realice audiencias públicas, ninguna de ellas tiene gran repercusión social, lo que dificulta la coordinación, supervisión y deliberación consistente de sus decisiones al estar basada en las necesidades del sector. Por lo tanto, como afirma Andrews (2009:114), la reforma del Estado debe ser entendida como un proceso dinámico que no se encierra en un modelo “ideal” formal.

VI.4.2. La política de precios

Como vimos, la política de ajuste de tarifas de telecomunicaciones se ha anticipado en Brasil a la privatización del sistema. En ese momento previo de liberalización el gobierno consideró que era una medida extraordinaria y necesaria, es decir, el medio más viable para hacer atractivas las empresas de telefonía pública a los ojos de los inversores privados. La rapidez por concluir las grandes privatizaciones ha hecho que el gobierno ofreciera condiciones bastante atractivas a los compradores. Las tarifas de las telecomunicaciones aumentaron y los contratos de concesión avalaban (y siguen garantizando) reajustes anuales, de acuerdo con los índices de inflación. Además, en palabras de Bautzer (1999:b4), los reajustes se hacían por encima de la variación del dólar y las subastas se realizaban con base en exenciones fiscales.

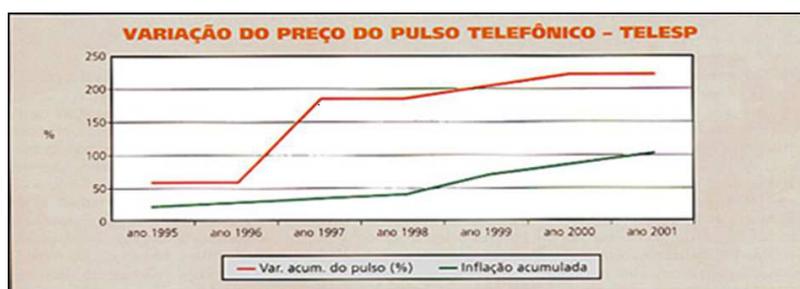
La empresa más grande privatizada en ese período fue Telebrás, que fue fragmentada en empresas operativas que abarcaban cada uno de los estados brasileños. Solamente con la subasta de Telebrás se recaudaron 20,83 mil millones de dólares. Andrews (1999:111) comenta un artículo aparecido en *The Economist* que se refería al valor mínimo de la venta de la Telebrás como un precio excesivamente bajo.

Estudios recientes del IDEC-Instituto Brasileño de Protección al Consumidor³¹⁵, demuestran que después de analizar los períodos anteriores y posteriores a las privatizaciones del sistema de telecomunicaciones de Brasil, se percibe que la variación acumulada de las llamadas locales fueron incrementadas a más del doble del precio de la inflación del período. Entre 1998 y 2001, la suscripción del índice de precio-base para los servicios ofrecidos en los grandes centros urbanos del país, en las ciudades de São Paulo, Curitiba y Río de Janeiro, tuvo un incremento real de 3.681,82%. En 1994, antes de llevar a cabo las privatizaciones, la suscripción de una línea telefónica domiciliaria fija equivalía a 0,44 reales (cuarenta y cuatro centavos de reales). Las llamadas locales pasaron de 0,02 en 1994 a 0,065 en 2001, lo que representó un incremento del 227,5%.

Hoy en día, los impuestos equivalen al 40,2% de lo que se carga en las facturas telefónicas. La contratación de una línea de teléfono fijo tiene un coste de 23,32 reales y de 0.09180 reales por llamada local, con reajustes anuales basados en los costes de los servicios. Solamente a partir de 2008 se exigió a las concesionarias implementar su sistema de fijación de precios están basadas en la conversión de impulsos a minutos, lo que permitió la identificación de llamadas por minuto y una mejora en la transparencia que permite identificar el importe que se cobra por cada llamada realizada y el número de minutos operados.

A continuación se muestra la variación de carga de pulsos telefónicos en el período comprendido entre 1995 y 2001, es decir la fase de expansión de las privatizaciones del sector, que prueba que los aumentos sucesivos desde entonces son siempre superiores a la inflación del período.

Gráfico 21: Variación del precio del pulso telefónico (Telefônica-SP)



³¹⁵ <http://www.idec.org.br/consumidora/0113.htm>

Fuente: Anatel/Idec

Respecto a la lista de los servicios ofrecidos, estos valores reflejan factores como la gran desigualdad de tratamiento de las operadoras hacia los consumidores residentes en zonas distintas,

La identificación de los servicios prestados³¹⁶ sigue realizándose mediante el uso de códigos que señalan cada prestación, lo que exige un conocimiento técnico especializado del consumidor para analizar su propia factura y, por lo tanto, de difícil comprobación para los usuarios. Es decir, en general no se informa a los consumidores de manera clara y completa acerca de los servicios realizados y efectivamente prestados porque ninguno de los proveedores, ni la Anatel, proporciona una lista detallada de lo que se puede cargar en la cuenta de cada usuario.

La tabla que hay a continuación ofrece datos sobre el porcentaje de reajustes de los servicios básicos al consumidor en un espacio de tiempo que abarca un período anterior y posterior a la privatización del sistema, lo que demuestra un incremento bastante significativo en las ganancias de los nuevos operadores.

Tabla 16: Variación tarifaria del STFC

Tarifa en Reales	1994	95/96	1997	Reajuste Total
Contrato residencial	0,44	2,17	10,00	2.172,73%
Contrato no residencial	5,22	6,51	15,00	187,36%
Contrato Troncal	6,71	7,81	20,00	198,06%
Pulso	0,019	0,036	0,056	205,26%

Fuente: Anatel/elaboración propia

³¹⁶Según datos presentados por el Instituto de la defensa de los derechos del consumidor de Brasil. <http://www.idec.org.br/consumidora/servicos.htm>.

VI.4.3. Quejas y demandas contra la industria de las telecomunicaciones de Brasil

Según lo expuesto, en Brasil existen dos grandes debilidades en el sistema de telecomunicaciones: el funcionamiento poco eficiente del regulador al operar el control del mercado, y la falta de políticas claras de regulación sobre la entrada de nuevos operadores que reflejen la necesidad de aumentar el acceso al servicio.

Las dificultades para garantizar políticas efectivas de regulación de costes, precios, calidad, acceso a las infraestructuras y desagregación de redes añaden problemas graves como la falta de redes universales. Esa realidad conduce a grandes desigualdades regionales y a la falta de acceso a los servicios básicos de telefonía en las zonas rurales y sin infraestructura, haciendo imposible las comunicaciones vía telefonía móvil, fija o banda ancha.

Ese entorno se refleja en la cuestión de la tecnología y de la calidad del servicio prestado, lo que acrecienta el bajo rendimiento de la autoridad reguladora, incapaz de ajustar las políticas públicas en beneficio de los buenos resultados y servicios más baratos para los consumidores y usuarios.

La siguiente tabla presenta información reciente sobre el tipo de atención prestada por la Anatel entre los años 2009 y 2010. En comparación con la cantidad de usuarios del sistema de comunicaciones de Brasil, la cantidad parece absolutamente insignificante, lo que demuestra que se trata de una información incompleta que no corresponde a la realidad enfrentada por los usuarios.

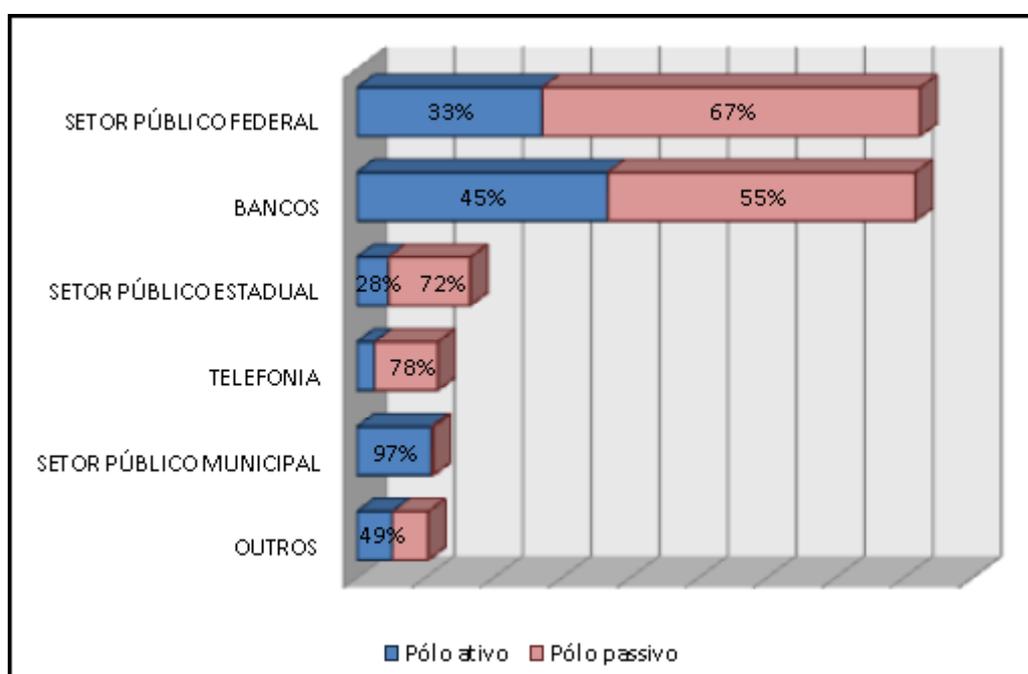
Tabla 17: Atención al usuario

Tipo de atendimento	2009		2010	
	Quantidade	%	Quantidade	%
Acompanhamento e pedidos de informação com resposta padrão	2.172.236	58,43%	3.570.346	69,18%
Reclamações	1.492.992	40,16%	1.539.077	29,82%
Pedidos de informação com registro	35.520	0,96%	36.435	0,71%
Denúncias	11.815	0,32%	10.229	0,20%
Sugestões	2.252	0,06%	1.898	0,04%
Elogios	2.658	0,07%	2.822	0,05%
Total	3.717.473	100%	5.160.807	100%

Fuente: Informe Anatel 2010.

En este sentido, las estadísticas más precisas indican que los servicios de telefonía siguen siendo los más demandados y los que están sujetos a mayor cantidad de reclamaciones ante los órganos de defensa de los derechos del consumidor. En los tribunales los operadores de telefonía siguen ocupando el primer lugar en reclamaciones conforme muestra el reciente informe presentado por el Departamento de Investigación Judicial del Consejo Nacional de Justicia de Brasil.

Gráfico 22: Cantidad de procesos judiciales entre los 100 nacionales más demandados, en porcentajes (Procesos contabilizados hasta el 31 de marzo de 2010)



Fuente: Departamento de Investigación Judicial/CNJ/Informe 2011

Gráfico 23: Mayores litigantes pertenecientes al sector de la telefonía

Operador	Procesos (%)	Pólo ativo (%)	Pólo passivo (%)
TELEFONIA	9,57%	23%	77%
OI	7,51%	25%	75%
BRASIL TELECOM CELULAR S/A	5,77%	26%	74%
TELEMAR S/A	1,74%	22%	78%
VIVO S.A.	1,03%	13%	87%
TIM CELULAR S.A.	0,70%	15%	85%
CLARO S.A.	0,32%	24%	76%

Fuente: Departamento de Investigación Judicial/CNJ/Informe 2011

La Ley General de Telecomunicaciones de Brasil establece el principio de calidad como una de las principales exigencias de los consumidores, proporcionando al poder público el deber de adoptar medidas que promuevan la competencia y la diversidad de los servicios, aumentando su oferta y ofreciendo estándares que confieran estabilidad a ese parámetro legal.

En este sentido, conforme a los requisitos definidos por ley, uno de los principales propósitos del marco regulatorio de Brasil, es establecer los objetivos generales de calidad que tiene un mismo reglamento, tal como se especifica a continuación.

a) Meta de disponibilidad (artículo 9 PGM): estipula fechas límite de solución de atención al cliente para reparación en un plazo de 24 horas:

El organismo regulador de Brasil no evalúa esa exigencia, además de no poseer una metodología que garantice el análisis del mercado y el acompañamiento de las prestaciones de servicios. Los operadores están obligados, aunque no lo cumplen, a la exacción de la disponibilidad de tiendas de atención de reclamaciones y de servicios a los usuarios. Los consumidores solamente podrán acceder a la atención de los proveedores de servicios por vía indirecta, es decir, a través de sus propios recursos de telefonía disponibles. Ante una avería en la línea, el consumidor no tendrá medios para reclamar su reparación. Para hacer cualquier solicitud de telefonía fija los usuarios no disponen de ningún tipo de atención al consumidor por vía directa; la denuncia personal en una oficina instalada por la operadora no se admite, aunque esté prevista en la ley.

Se desconoce si los datos medidos por la Anatel, o prestados por los operadores, demuestran estadísticas fiables para lograr el cumplimiento y la disponibilidad de los objetivos de atención al cliente, por lo que aunque la ley exija esta obligación en realidad no se efectúa en el mercado.

c) Objetivo de contacto entre usuarios y operadoras (art. 17 del PGM), en las llamadas realizadas por los operadores de teléfono y los abonados el tiempo necesario para contactar con el usuario es de 10

segundos en cualquier caso; el tiempo máximo hasta el comienzo del servicio no podrá exceder los 60 segundos.

La Anatel no tiene forma de medir el cumplimiento de esta meta y los operadores no se encargan de informar al regulador sobre la eficacia y las respuestas a las solicitudes de atención realizadas por los usuarios. De hecho, el elevado volumen de reclamaciones en los organismos administrativos de protección de los consumidores y el aumento del número de demandas desde la privatización del sector nos advierten de que se trata de un objetivo no alcanzado.

j) Meta para el cobro de facturas (art. 36 del PGM) – Cuando los usuarios presentan reclamaciones acerca de sus cuentas, el proveedor de servicios, o un tercero designado por él, debería devolverle la cantidad correspondiente antes de emitir la siguiente factura.

Hay una clara dificultad para atender este objetivo porque los usuarios desconocen esa exigencia y no son conscientes de sus derechos. No hay un programa de divulgación ni campaña publicitaria de esclarecimiento público acerca de los derechos del consumidor, por lo que éstos no son informados de lo que se les cobra en las facturas ni tampoco de lo que pueden exigir como indemnización por cobros indebidos.

Entre septiembre de 2000 y septiembre de 2001, el 41% de las quejas sobre los servicios de telefonía fija se presentaron por "cobros indebidos", mientras que el 30% estaban relacionadas con la cancelación indebida de los servicios³¹⁷, estadísticas que incluso en 2011 siguen siendo muy altas.

k) Ofrecer indicadores de calidad, los métodos y la frecuencia de recogida de datos en los servicios realizados por la Anatel (art. 43)

La evaluación y el control de la Anatel se centran en el análisis del rendimiento y supervisión de las operaciones a través de informaciones entregadas directamente por las prestadoras de servicios, por lo tanto, insuficientes y en general poco precisas.

³¹⁷ <http://www.idec.org.br/consumidora/0113.htm>

La Anatel nunca ha realizado encuestas de satisfacción de los usuarios. Las metas de calidad no incluyen las condiciones diversas y evolutivas de cada prestación. La calidad del servicio percibida por los usuarios no recibe la atención determinante del ente regulador, que sigue sin acalarar a los consumidores cuáles son esos indicadores de calidad.

La anatel reconoce³¹⁸ que incluso con el gran número de indicadores proporcionados periódicamente por los operadores, la evaluación para la satisfacción de los usuarios no se realiza. Los objetivos de calidad no tienen en cuenta los beneficios de las diversas condiciones, tales como red propia, cantidad de usuarios atendidos, ámbito geográfico de cobertura del servicio o nivel de la competitividad.

³¹⁸ Según datos del Informe Anatel/octubre 2008, para la revisión de los contratos de STFC para el período de 2010-2015. (2008: 267).

CONCLUSIONES: Perspectivas y propuestas

A lo largo de la tesis se han analizado elementos imprescindibles para conocer las bases jurídicas y el reciente proceso histórico de cambio por el antiguo modelo de servicios públicos de telecomunicaciones. Ha sido primordial en esta reestructuración el éxito de las nuevas tecnologías, con nuevas redes y mejoras técnicas pero, destaca el hincapié de las Administraciones públicas en sostener y amparar las continuas innovaciones de productos y servicios.

A través de la vinculación de un marco regulador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas es posible reconocer que, junto a los factores de crecimiento económico, es fundamental la inversión eficiente y la innovación de infraestructuras para favorecer las libertades y los derechos fundamentales de la persona.

Establecer el origen del proceso de liberalización, bajo la influencia de la teoría de la regulación económica, parece el camino más racional hacia la preservación de los propósitos futuros del mercado de las telecomunicaciones, siempre que esa sea la condición imperativa para la defensa de los servicios económicos de interés general que representan las comunicaciones electrónicas.

Ha sido posible crear mercados regulatorios centrados en dos objetivos principales: a) permitir la evolución tecnológica de las telecomunicaciones; b) favorecer el doble propósito de las privatizaciones, es decir, permitir el control de precios, con ventaja para los ciudadanos, y romper con los monopolios estatales históricos.

La búsqueda del modelo ideal de eficiencia en los servicios de telecomunicaciones ha sido más representativa que el propio objetivo de la competencia, que se convirtió en un instrumento particular de desarrollo y de estrategia de crecimiento económico en muchos países.

Las consecuencias de más de diez años de liberalización del sector conducen ahora a la necesidad de investigar el impacto social y económico a la sujeción del sector a los criterios regulatorios vigentes.

Se ha demostrado que el camino hacia un modelo eficiente y plenamente liberado sigue siendo un reto para muchos mercados, como es el brasileño. Aunque en

Europa la comunidad siga luchando por hacer prevalecer el refuerzo del marco regulador para hacer más competitivo el sector, legislando mejor y a favor del progreso y de la inversión, los problemas de Latinoamérica son diferentes. La competencia sostenible no ha sido suficientemente lograda cuando existe un exceso de control político sobre la estructura normativa, convirtiendo las telecomunicaciones en un instrumento sometido a las circunstancias económicas.

La regulación europea es cada vez más minuciosa, con amplio control sobre el ritmo de las inversiones en nuevas tecnologías y redes alternativas; demuestra la constante readaptación normativa a los nuevos tiempos y la tendencia a aumentar el control del Estado en el despliegue de las redes de nueva generación; prueba de ello es la modificación más reciente del paquete sobre telecomunicaciones y la propuesta de reforma de la ley de telecomunicaciones española.

La mejora del enfoque regulatorio también abre otro frente: la defensa del sector contra la incertidumbre de la industria en el ciclo recesivo mundial desde la crisis de 2008. La condición de influencia de factores económicos dentro de la construcción de los mercados de servicios de interés general confirman que la regulación puede minimizar los efectos perversos de la economía pero no los elimina por completo.

En la primera parte del trabajo se ha podido concluir que la secuencialidad de los ciclos de desarrollo de las estructuras de los servicios nos ayuda a entender cómo se ha transformado un sector esencialmente monopolista en una actividad económica sostenible y en expansión. En primer lugar porque la competencia ayudó a superar los costes de las inversiones y, en segundo lugar, la consolidación del sector de telefonía móvil y banda ancha permitió un crecimiento del consumo mediante la reducción de precios de acceso y bucle, y la mejora de la calidad de los servicios.

Esa fue la tendencia general. La regulación que se presenta actualmente en Brasil todavía se resiente de un sistema de competencia más ágil y necesita respuestas más eficientes sobre los conflictos entre usuarios y operadores privados. La eliminación de la incertidumbre regulatoria exige la superación de barreras de la insuficiente competencia, lo que también favorece la reducción del bienestar colectivo.

El poder de las autoridades sectoriales en España obedece a la normativa europea, lo cual presenta otro aspecto divergente del régimen de Brasil. En la Unión

Europea el modelo regulatorio ha tenido que superar el escaso fundamento teórico a través de la modernización de las redes para convertirse actualmente en un modelo de inversión que se reinventa para facilitar el acceso de nuevos entrantes, instigando a la competencia y al desarrollo económico. Es decir, el desafío inicial de la liberalización se ha convertido en un reto permanente para mantener el estatus de la autoridad pública y la defensa de la competencia, evitando la captura del ente regulador por el regulado, en perjuicio de los intereses de los ciudadanos.

La lucha por conseguir la calidad de los servicios y precios más bajos es reconocida como una constante pelea en los regímenes liberalizados. Esa voluntad también intenta justificar la existencia de los objetivos del modelo regulador brasileño. Sin embargo, la lucha por la competitividad parece que ha sido relegada a un segundo plano.

Este trabajo intenta evidenciar que la liberalización ha atraído más competencia a España que a Brasil y, como consecuencia, el proceso de expansión tecnológica y la mejora de la atención a los usuarios acompañó esa trayectoria europea. Asimismo lo que se refleja en los mejores resultados para los consumidores europeos todavía no ha alcanzado a los usuarios brasileños.

En Brasil, la brecha digital con la gran dificultad de expansión de las redes de infraestructuras en el “país continente” sigue siendo un problema de difícil solución. El freno en el ritmo de inversiones en las redes de nueva generación en Europa es la consecuencia del contexto de la crisis financiera mundial del *subprime*, que afecta sobre todo a las economías más industrializadas. En Brasil, los efectos de la desaceleración económica actual se notan en menor escala, así que la ausencia de inversiones en la expansión tecnológica es fruto de una política regulatoria más débil que impide la conducción de medidas correctivas adecuadas.

En el sistema brasileño tendría sentido una mejor regulación. Sin embargo, es sabido que las mejores condiciones para la competencia no significan el despliegue de las inversiones de los operadores, ya que muchos factores interfieren en ese proceso. Asimismo, el acceso a nuevos competidores favorece otras alternativas para los usuarios.

En la actualidad hay más de doscientos millones de usuarios de teléfonos móviles activos. Mantener la alta concentración del mercado significa perpetuar un sistema regulatorio poco eficiente, sin el análisis exacto del mercado.

Los progresos en la reestructuración de la Administración pública son notables. La liberalización de las telecomunicaciones posibilitó en primer lugar, la subasta de empresas públicas poco eficientes, lo que permitió reducir la estructura del Estado; en segundo lugar ayudó a disminuir el gasto público mediante la transferencia de las prestaciones al sector privado. Sin embargo, la excesiva carga tributaria es la marca del sector y sigue motivando los objetivos públicos, como la tendencia histórica del Estado a buscar mejores medios de incrementar los ingresos del erario público.

En efecto, la presión recaudatoria se presenta con un peso relevante en las decisiones públicas. Aparentemente el Estado brasileño atribuye una importancia secundaria a la promoción de mecanismos sancionadores de impulso a la mejora de los servicios. La reducción de costes de los servicios al consumidor y la universalización del acceso, con la disminución de los precios, no son una recomendación principal para los objetivos regulatorios futuros.

En los capítulos I y II se ha demostrado que el modelo de liberalización adoptado en Europa y Brasil se asemejan, pero sus resultados han sido muy distintos. Las consecuencias para el sector público y para los mercados económicos fueron diversas aunque nacieron bajo marcos regulatorios muy similares.

Construir un modelo sostenible de competitividad a largo plazo y con significativos avances de la fibra óptica y en el despliegue de las redes de nueva generación fue una conquista conseguida de hecho en el mercado de las comunicaciones electrónicas en Europa. En Brasil todavía se sigue utilizando la nomenclatura de telecomunicaciones para identificar el conjunto de actividades que todavía dependen de nuevas inversiones para progresar en las nuevas infraestructuras, heredadas de los antiguos monopolios públicos.

En el capítulo III analizamos la importancia de las nuevas tendencias de la teoría de regulación económica para las telecomunicaciones, sobre todo en el marco europeo, donde el regulador comunitario intenta mejorar la uniformización de las prácticas, a veces muy distintas entre los países. Ese desafío es lo más urgente en Europa, mientras que en Brasil la cuestión del acceso a las infraestructuras, la

extensión de la cobertura, la velocidad de los servicios y el mejor control de los precios de la banda ancha reflejan una problemática que el regulador necesita solucionar urgentemente.

Llegamos a esas conclusiones mediante el análisis de la segunda parte de la tesis, a partir de la investigación sobre la estructura actual de las telecomunicaciones, la legislación y el modelo de actuación del regulador brasileño. La liberalización ha logrado resultados sorprendentes, pero no suficientes en materia de la defensa y de la garantía de los derechos de los usuarios de estos servicios.

Vimos que en Brasil sigue vigente el uso de la estructura de los antiguos monopolios; la apertura del bucle y el mecanismo de la escalera de inversión todavía no se ha alcanzado de modo sostenible y el proceso de inversiones en la construcción de redes alternativas aún va muy lento y a niveles más bajos que en Europa.

Es notable la lentitud hacia la apertura de la competencia en Brasil, lo que repercute en el aumento del poder de presión de los grupos de interés que, por otro lado, también hacen inviable la entrada de nuevos competidores.

La participación ciudadana, por otro lado, presenta resultados poco satisfactorios, aunque imprescindibles para la mejora del sector. Es relevante la ausencia de previsión legal de cara a crear instrumentos que permitan a la autoridad reguladora conocer y analizar el funcionamiento del mercado, lo que empeora la calidad de actuación de la autoridad de regulación sobre los operadores.

Analizado el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Brasil desde su origen constatamos que:

- I) El sector ha evidenciado una verdadera explosión tecnológica, tendencia nivel mundial. Como consecuencia de ese cambio se ha concebido el proceso regulatorio como actividad adecuada para someterse a la libre competencia de redes y de servicios.
- II) En Europa, al igual que en España, la competencia ha sido sostenible, con una regulación más simple pero con más calidad, aunque con dificultades de orden tecnológico y sobre todo en cuanto a proporcionar nuevas inversiones en infraestructuras y redes. En Brasil, por otro lado, la competencia es residual, débil y

está pendiente de una regulación más vigorosa que motive el ritmo de las nuevas inversiones.

- III) Existe una fuerte tendencia a que las operaciones se fusionen; la reserva de mercado se percibe como un fenómeno presente en el mercado brasileño, dificultando los cambios correctores en el sector. La movilidad y el incremento de la velocidad de banda ancha en todo el mundo influirán en el creciente desarrollo de la telefonía móvil, de banda ancha y súper ancha.
- IV) La gran crisis del año 2008 afectó al sector de las telecomunicaciones, que se recupera muy lentamente, mientras otros factores de orden energético, geopolítico y financiero siguen influyendo en gran medida en el ritmo de inversiones en las redes de nueva generación, afectando sobre todo a Europa y Estados Unidos;
- V) El gobierno brasileño tiene como principal prioridad y desafío para el futuro de las telecomunicaciones impulsar firmemente la universalidad y la inclusión digital. Mientras, solo se propone formalmente desarrollar un verdadero modelo de competencia, basado en nuevas y verdaderas alternativas de redes en defensa de los usuarios.
- VI) La legislación comunitaria sigue intentando perfeccionar el marco regulador europeo, y lo hace con criterios jurídicos y económicos, para luego regular aspectos tecnológicos dentro de perspectivas y necesidades futuras. En el momento actual propone una gestión más eficaz del espectro radioeléctrico y modifica la tendencia que pretendía que cada red fuera portadora de su respectivo servicio. Pretende garantizar una competencia real a través del avance de instrumentos de autorización general para permitir la entrada de nuevos operadores, con más transparencia y coordinación entre las diversas autoridades nacionales de regulación. Además reconoce la necesidad de un refuerzo en la defensa de los derechos de los consumidores mediante el aumento de protección de la intimidad de los datos personales.

- VII) La autoridad reguladora en Brasil debe romper con la regulación ineficiente a favor de los derechos de los consumidores y de un mayor bienestar colectivo.

Abstrayendo la lógica empresarial de considerar que la regulación económica genera un efecto de desestímulo en las empresas privadas, el enfoque de esta tesis se refleja en las consecuencias de la regulación como instrumento de cohesión social y mecanismo de progreso de las relaciones privadas de interés general.

Para ello hemos tenido en cuenta la capacidad del Estado para generar decisiones regulatorias que favorezcan los intereses de los usuarios. En ese sentido, la regulación actual de las telecomunicaciones como un modelo de intervención estatal tiene como propósito fundamental limitar y condicionar las actividades de los operadores, lo que les obliga a fomentar una mayor estabilidad del mercado.

A partir del esfuerzo comparativo de los servicios de telecomunicaciones de Brasil y de España, hemos intentado demostrar a lo largo de este trabajo que bajo características institucionales tan distintas, las soluciones iniciales de la liberalización fueron básicas y sin embargo nada homogéneas entre todos los países que las adoptaron.

Los desiguales grados operados en sistemas regulatorios distintos demuestran que la capacidad de gestión estatal es un elemento esencial para motivar la competitividad, la defensa de la calidad de los servicios y la protección de los derechos de los usuarios.

Los matices de la calidad institucional y regulatoria han tenido una importancia superior en este trabajo porque no solo las observaciones sobre el análisis de la normativa en materia regulatoria fueron determinantes para el desarrollo del servicio de telecomunicaciones sino también de la eficacia tecnológica generada a partir de los cambios impulsados por las reformas regulatorias. Las debilidades del actual sistema brasileño de telecomunicaciones ponen de manifiesto fallos del servicio desde una perspectiva de resultados insatisfactorios y contrarios a una política sectorial que sea prioritariamente defensora de los consumidores.

La dinámica competitiva ha sido otro punto de gran relieve en la identificación de las consecuencias de menor expansión de la cobertura del sector, con especial atención en la problemática de los precios y el acceso de la banda ancha. Por

eso hicimos especial referencia a la cantidad de demandas judiciales y a las reclamaciones por la falta de atención y respeto a los derechos de los usuarios por parte de los operadores brasileños.

Así, el grado de capacidad de gestión estatal para controlar los servicios de telecomunicaciones en Brasil ha sido considerado deficiente, sobre todo en cuanto a la cobertura y calidad tecnológica en la mejora de la atención a los consumidores.

La experiencia de Brasil, con la preservación de un mercado concentrado, pocos inversores entrantes y operadores que forman el verdadero grupo de interés, con captura del sector, imponen la necesidad de revisión de los contratos de servicios.

El sistema exige la implicación de la autoridad reguladora en la mejora de la seguridad de las redes y en la integridad de las comunicaciones electrónicas para beneficiar a los usuarios, mediante mayor transparencia y acceso a informaciones fiables. Por lo tanto, se trata de mejorar la arquitectura de la red para no retroceder en materia de competencia, pero sí imponer nuevas obligaciones a las empresas entrantes que suministran nuevos servicios.

Otras soluciones pueden surgir del apoyo a los operadores ya existentes y con poder significativo en el mercado, pero imponiendo con más eficacia la normativa regulatoria para impulsar la tecnología basada en el diseño europeo. Los cambios son todavía muy lentos y, por lo tanto, los consumidores necesitan respuestas rápidas y positivas en dirección a la superación de barreras que impiden el acceso a las nuevas estructuras y mejores condiciones de los servicios.

BIBLIOGRAFIA

ALDANA, Ana Teresa. VALLEJO, Azucena. (2010) Telecomunicaciones, convergencia y regulación. Revista de economía institucional. V. 12. Nº. 23. Pg. 165-197

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. (2004) Derecho Administrativo y Globalización. Civitas. Navarra.

ALMEIDA, M. (1999) Negociando a reforma: a privatização de empresas públicas no Brasil. Revista de Ciências Sociais. V.45. nº.3. Rio de Janeiro.

ALONSO SALTERAIN, S. (2008). La separación funcional como remedio a las deficiencias competitivas del mercado de las comunicaciones electrónicas: situación, reflexiones. En Revista de Derecho de las Telcomunicaciones, transportes e infraestructuras. Nº. 31. Pp. 41-64

ANDREWS, Cristina. (2009) Da Década perdida à Reforma Gerencial: 1980-1998. In: Administração Pública no Brasil. Breve História Política. Andrews, Cristina e Bariani, Edison. (org). Unifesp. São Paulo. Pp.85-118

ARINO ORTIZ, Gaspar. (2007) Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de interés General. Aranzadi, Navarra.

ARIÑO ORTIS, Gaspar. (2006) Fallos y Logros de los sistemas Regulatorios. In Regulación, Desregulación, Liberalización Y Competencia. Marcial Pons. Madrid. 23-37

ARIÑO, ORTIS, Gaspar. (2004) Privatizaciones y Liberalizaciones en España. Camares, Granada.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (1999) Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Comares. Granada.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (1993) Economía y Estado. Marcial Pons, Madrid.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (1997) De LA CUÉTERA, MARTINEZ López-Muñiz, J.L. El nuevo servicio público. Marcial Pons, Madrid.

ARMSTRONG, M. y Sappington, D. (2007): "Recent Developments in the Theory of Regulation", *Handbook of Industrial Organization*, Ámsterdam. Elsevier. vol. I

ARPÓN DE MENDÍVIL, A. (1997) El régimen jurídico de la interconexión en España. Revista Juridica General. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Sep. 1997. Nº6.

ARROYO FERNÁNDEZ, M^a Jesús. HURTADO OCAÑA, Inmaculada. (2007) Un análisis comparado entre Estados Unidos, Japón, Gran Bretaña y España. Revista Española de control externo.

ARROYO JIMÉNEZ, I. MENDONZA LOSANA, A. (2009) Los usuarios de las telecomunicaciones. Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones.Iustel.Madrid. Pp.233-296

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. (2005) Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: Temas de direito Regulatório. Freitas Bastos. Rio de Janeiro.

BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. (1988)Organización Administrativa, Tecnos, Madrid.

BANON, Rafael. CARRILLO, Ernesto. (1997) La Legitimidad de la Administración Pública. La Nueva Administración. Alianza . Madrid.

BANDEIRA D MELLO, Celso.(2002) Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo. 2002

BAUTZER, Tatiana.(1999) Empresas podem Abater até R\$7bi em impostos. (1999)O Estado de São Paulo. 28 nov. 1999. p.b4

BELLANTE, Filippa. Il Sistema dei Servizi Pubblici. (2000)Le dinamiche evolutive verso nuovi profili di competitività. CEDAM. Milani.

BETANCOR, Andrés. Regulación: mito y derecho. (2010) Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. Thomson Reuters. Civitas. Navarra.

BETANCOR, Andrés. Mejorar la Regulación.(2009) Una guía de razones y de medios. Colección economía y empresa. Marcial Pons. Madrid.

BETANCOR, Andrés. Enron, liberalización, nueva economía. (2002) Revista de Política Exterior. Vol.XIV mar.abril 2002. nº. 86. Pg.59-70

BETANCOR, Andrés. La crisis del “cowboy” capitalista. 2002 In Revista de Política Exterior. Vol.XVI sept.oct.2002., Nº.89. Pg.113-121

BETANCOR RODRIGUES, Andrés. (1994) Las Administraciones Independientes. Tecnos. Madrid.

BANCO MUNDIAL. Informe sobre El desarrollo mundial. (1997)El Estado en un mundo en transformación. Banco Mundial. Washington, D.C.

BAÑON, Rafael. CARRILLO, Ernesto.(1987) La legitimidad de la Administración Pública. In La nueva Administración. Alianza Editorial. Madrid.

BIFANI, Paolo. La globalización. (2002)¿Otra caja de Pandora?. Universidad de Granada. Granada.

BOBBIO, Norberto. La crisis de la democracia y la lección de los clásicos. (1985) In: Crisis de la democracia. Barcelona. 1985

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. (1995) Plano Diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília. Imprensa Nacional, 1995
https://dc148.4shared.com/download/.../Material_Extra_-_PDRAE-95.pdf

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. (2000) A Reforma Gerencial do Estado de 1995. Revista de Administração pública da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, N.º. 34(4). Jul-Ag.2000 Pg.7-26

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. (1998) Reforma do Estado Para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. Brasília: ENAP

BREYER, Stephen. (1982) Regulation and its reform. Harvard University Press.

BUCHANAN, James. (1980) De las preferencias privadas a una filosofía del sector público. Revista del Instituto de Estudios económicos. Madrid. Pg.205-218

BUCHANAN, J.M. (1985) Liberty, Market, and The State: Political Economy in the 1980s. Washington Square, Nova York, New York Univ. Press

BULLINGER, Martín. (1991) Procedimientos administrativos al ritmo de la Economía y la Sociedad (directivas constitucionales para la reforma), REDA, n.º69. Pp.140-172

BULLIGEN, Franz. Estudios de las Telecomunicaciones. (2001) Tendencias en el sector alemán. Evolución hasta 2010. Panoramicas. Economía Industrial. N.º. 337. Pp.13-44

BUSTAMANTE, J.E. (1993) Desregulación. Entre el Derecho y la Economía. Avelado-Perrot. Buenos Aires.

CALVO, G. (2008) Diez años de experiência regulatória. La CMT. In: REDETI. Revista de Derecho de las telecomunicaciones, transportes e infraestructuras. N.º. 33. Pp.13-36.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (1998) Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, Coimbra.

CANOTILLO, J.J. (1991) Direito Constitucional. Coimbra. Livraria Almedina.Coimbra.

CARBAJALES, Mariano. (2006) El Estado Regulador. Ábaco. Buenos Aires, 2006

CARRASCO, Angel, ARROYO, Jimenez, MENDONZA, Ana Isabel. (2005) Impacto de la Evolución de la liberalización de las Teledomunicaciones en la Protección del Consumidor. In: Estudios sobre telecomunicaciones y Derecho de Consumo.

Thomson. Aranzadi. Coord. Angel Carrasco Pereira. Thomson Aranzadi. Navarra. Pp.185-228

CARRASCO PEREIRA, Ángel. MENDONZA LOSANA, A.I. (2005b) La Protección de los Consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las leyes 32/2003 y 11/1998. Thomson Aranzadi. Pp. 85-184

CASSESE, S. La retórica del servizio universale.(1999) In: Telecomunicazioni e servizio universale. Istituto di Studi e Analisi economica. Giuffré. Millan. 1999

CASSAGNE, Juan Carlos. (2002) Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tales los procesos de privatización. Revista de Administración Pública. Nº. 157. Enero-abril 2002. Pp.467-494

CASSAGNE, Juan Carlos. (1996) Servicio Público. Revista de Administración Pública. Nº. 140. 1996. Pg.106

CASSESE. Sabino. (1974) La Formazione dello Stato Amministrativo. Casa Editrice Giuffré. Milano

CANALS, Jordi. (1993). La nueva Economía global. Exapansión Deusto. Madrid.

CANALS AMETLLER, Dolors. (2010) El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración. In: El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración. Huygens editorial. Madrid. Pp.21-123

CASTELLS, Manuel (2001). Tecnología de la información y capitalismo global. In: En el límite la vida en el capitalismo global. Kriterion tusquets editores. Barcelona. Pp.81-112

CASTELLS, Manuel. (1999) A era da Informação. Economia, Sociedade e cultura. Editora Paz e Terra. São Paulo. 1999

CASTILLO, R.J. (1987). Financiamento da Privatização.

CARRILLO DE ALBORNOZ, Ortega.(1997) Servicio público e interés general. REDA. Nº. 84. 1997

CARLÓN RUIZ, M. (2009) Características generales y régimen jurídico de la telefonía móvil: evolución y situación actual. In: Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones.Iustel.Madrid. Pp.561-597

CARLÓN RUIZ, Matilde. (2007)El servicio universal de Telecomunicaciones. Thompson-Civitas. Navarra.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. (2000) A independência da função reguladora e os entes regulatórios independentes. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo. Jan/mar.2000.Pp.250-263

CHINCHILLA MARÍN, M. (2009) Organismo de regulación y supervisión de las telecomunicaciones. Cuadernos de derecho para ingenieros. V.1.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. CARLÓN RUIZ, Matilde. (2003) Del Servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones. In Aspectos Jurídicos de las telecomunicaciones. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial.Direc.Tomás Quadra-Salcedo y Fernández del Caastillo. VI.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. (1998) Servicio público: ¿Crisis o renovación?. Cuadernos de Derecho Judicial, CCPJ. 1998

CHINCHILLA MARIN, Carmen. (1997) El Régimen jurídico de las telecomunicaciones: El servicio público y la gestión en monopolio al servicio del interés general prestado en régimen de competencia. In: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1632/12.pdf>

CHINCHILLA MARÍN, C. (1991) El servicio público, ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la Televisión en Estudio sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría. Civitas. Madrid.1991. II

CLÉVE, Clémerson Merlin. (2001)Atividade legislativa do Poder Executivo. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2ª. Ed. 2001

COASE, R.H. (1994) La empresa, el mercado y la ley. Alianza. Madrid. 1994

COASE, R. H. (1960)The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics. vol. III n.º 3 pp 1-44.

CORDERO LOBATO, Encarna & MENDONZA LOSANA, Ana Isabel. (2005)Cord. Angel Carrasco Pereira. In: Estudios sobre Telecomunicaciones y derecho de Cnsumo. Thomson. Arandi. Navarra. 2005.

CORNEJO, Thury M. (1995) Fundamentos y límites de la potestad sancionatoria de los entes reguladores de servicios públicos. In: Régimen de la Administración Pública. Nº. 227. Buenos Aires. 1995

CORREA VÁSQUEZ, Eugenia. VITAL BONIFAZ, Gregorio. RODRIGUEZ LÓPEZ, Patricia.(2009) Cambios em la estructura financiera em América Latina: Brasil, México y Argentina. In: La financiarizacion e la economia. El fracaso del crecimiento dirigido por las finanzas. Ekonomiaz. Revista Vasca de economia. nº. 72.2009. Pp.198-223

COUTINHO, Diogo Rosenthal. (2002)Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA José Eduardo (org.). Regulação, direito e democracia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002 Pp. 67-94.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. (1987) Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da Legalidade. Almedina. Coimbra.

CUBERO MARCOS, José Ignacio. (2008)Régimen Jurídico de la obligación de interconexión de redes en el sector de las telecomunicaciones.

CUELLAR, Leila. (2001) As agencias reguladoras e seu poder normativo. Dialética. São Paulo.

DE LA CRUZ FERRER, Juan. (2002) Principios de Regulación económica en la Unión Europea. Instituto de estudios económicos. Madrid.

DE LA CRUZ FERRER, Juan. (1999)La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y Análisis de la Ley 54/1997.Macial Pons. Madrid.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan. (1997)Aproximación a la Regulación de Servicio público. In: El nuevo servicio público. Macial Pons. Madrid.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. (2009) Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios. In: Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones.Iustel.Madrid. Pp.661-723

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución económica europea. Centro e Estudios Constitucionales. Madrid.1995

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. (2004) Las palabras y las cosas. In: ¿liberación y regulación? Un mercado para l electricidad. Macial Pons.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. (2000) Constitución y modelo económico liberalizador. Cuadernos de Derecho público. 9. Enero-abril 2000.

DE LA SIERNA, M.N. (2009) Despliegue de redes e infraestructuras de telecomunicaciones e intereses generales. In: Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones.Iustel.Madrid. Pp.433-496

DARNACULLETA I GARDELLA, MM. Y ARMENARIZ, S. (2010). Nuevas fórmulas de génesis y Ejecución Normativa en la globalización: El caso de la regulación de la actividad financiera. Revista de Administración Pública. Nº. 183. Sep.dic.Pp. 139-177

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M. (2009) La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía. In: Derecho de la Regulación

Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Iustel. Madrid. Pp.634-667

DESDENTADO DAROCA, Eva. (1999) La crisis de identidad del Derecho Administrativo: Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia.

DI PIETRO, Maria Sylvia. (1999) Parcerias na administração pública: concessao, permissão, franquia, terceirização e outras formas. Atlas. São Paulo. 1999

DI PIETRO, Maria Sylvia.(2001) Discricionarieidade administrativa na Constituicao de 1998. Atlas. São Paulo. 2001

DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel. (1981)El incumplimiento en la Concesión de servicio público. Editorial Montecorvo. Madrid, 1981

DONAHUE, John. (1991)La decisión de privatizar. Ed. Paidós. Barcelona. 1991

DROMI, José Roberto.(1977) Derecho Administrativo económico. Buenos Aires, 1977

DUGUIT, León.(1926) Las Transformaciones del Derecho Público. Francisco Beltran Librería Española y extranjera. Madrid, 1926

ESCRIBANO SÁEZ, Álvaro. (2009) Estructura y dinámica del sector de las telecomunicaciones. Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones.Iustel.Madrid. Pp.83-138

ESTEVE PARDO, José.(2009) La regulación de Industrias y Public Utilities en Estado Unidos de America. Modelos y Experiencias. In: Derecho de la regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Dir. Muñoz Machado y Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2009.

FABRA ULTRAY, Jorge. (2004)¿Liberación o regulación? Un mercado para la electricidad. Macial Pons. Madrid. 2004

FERNÁNDEZ GARCIA, L.D. (2008). La regulación de las redes de telecomunicaciones de nueva generación (NGN). Perspectivas de Evolución en España. En Revista de Derecho de las Telcomunicciones, transportes e infraestructuras. Nº. 32. Pp.77-85

FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, (1999)Miguel Ángel. La protección y la competencia desde los órganos sectoriales. Gaceta Jurídica de la Unión europea y de la competencia. Madrid, nº. 204. 1999. Pp.93-100

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro.(2003) Servicio público e intervención pública: una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica. Estudios de derecho público económico : libro homenaje al prof. Dr. D.

Sebastián Martín-Retortillo / coord. por Luis Cosculluela Montaner. 2003. pp. 585-610

FERNANDO PABLO, MM. (2009) La ordenación de las redes inalámbricas. In: Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones. Iustel. Madrid. Pp.905-928

FERNANDO PABLO, M.M. (2005). El espectro radioeléctrico entre mercado y Administración Pública. In: Economía, derecho y tributación: estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón. Pp. 577-604

FERNANDO PABLO, M.M. (2003). Aspectos Relevantes de la Nueva Ley General de Telecomunicaciones. [Is Base dOn] E-Derecho Administrativo (e-DeA). Nº. 10.

FERNANDO PABLO, M.M. (2000). El poder regulador de los mercados de las telecomunicaciones. In: El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI- Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. T. III. Tirant lo Blanc, Valencia. 2000

FERNANDO PABLO, M.M. (1998). Derecho General de las Telecomunicaciones. Colex. Madrid.

FEIJÓ, C. GÓMES BARROSO, J. L. y ROJO, D. (2006) Competencia en el sector de las telecomunicaciones: evolución de la regulación europea y análisis crítico del marco actual. Información Comercial Española. ICE: Revista de Economía. Nº.832.Pp.45-57

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio.(2000) Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 35. 2000. Pp.143-158

FERRER, Juan de la Cruz. (1999) La Liberalización de los Servicios Públicos y el sector eléctrico, Madrid, 1999

FERRER, Juan de la Cruz. (2000) Regulación, desregulación y neo-regulación. In: Luis Jordana de Pozas: Creador de la ciencia administrativa. Maestros de la Complutense. Universidad Complutense. Madrid, 2000

FERRER, Juan de la Cruz. (2002) Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2002

FERRIS, James. (1997) Iniciativas locales para la prestación de servicios públicos. In BAÑÓN, Rafael. CARRILLO, Ernesto (coord.). La Nueva Administración. Alianza Editorial. Madrid.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (2008) Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultado. Editor Fórum. Belo Horizonte,

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. (2000).Direito Regulatório. Rio de Janeiro. Renovar.

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. (2000b) Consideraciones sobre la participación en el Derecho Comparado Brasil-España. RAP. Nº152.

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. (1992) Direito de Participação Política, Legislativa, Administrativa e Judicial. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da democracia. Renovar. Rio de Janeiro.

FILARDI, Fernando. (2000).Os primeiros resultados do novo modelo de regulação do setor elétrico: a experiência da Light Serviços de Eletricidade S.A. In Enanpad. Anais do Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração. (CDROM)

GUARNIDO RUEDA, Almudena, JAÉN GARCÍA, Manuel. AMATER FORTES, Ignacio. (2007)La desregulación y privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España. Editorial Univesidad de Almeria, 2007.

FORSTHOFF, Ernst.(1975) El Estado de la Sociedad Industrial. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975

GARCIA CALVO, Luis Felipe.(1998) El nuevo paradigma de la intervención Pública. Las privatizaciones. Cuadernos de Relaciones Laborales. Nº13. Serv. Pub. UCM. Madrid,1998

GARCIA DE COCA. (1996) Sector Petrolero Español: Analisis jurídico de la Despublicatio de un Servicio Público. Tecnos. Madrid. 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando.(2003) ¿Crisis de la Noción de Servicio Público?Estudios de derecho público libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo. Civitas. Madrid, 2003.Pgs.441-456

GARRIDO FALLA, Fernando. (1994)El concepto de servicio público en derecho español. RAP. Nº. 135. 1994

GASCON HERNANDES, Juan. (1953) Los fines de la Administración. Revista de Administración pública. nº. 11. 1953. Pg. 34-50

GIDDENS, Antony. (2001). Um mundo desbocado. Los efectos de la globalización de nuestras vidas. Taurus. Madrid.

GIDDENS, Antony. (2000)A terceira Via –Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Record. São Paulo, 2000.

GONÇALVES, Pedro. (1999) A concessão de serviços públicos. Almedina. Coimbra. 1999.

GONZALEZ RIVAS, Juan José. (1997) Régimen Jurídico de los Servicios Públicos. Escuela Judicial/Consejo General del Poder Público. Cuadernos de los Servicios públicos. Madrid, 1997

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. (2005) El Derecho Administrativo europeo. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. (2001). Los mercados de interés general: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes. Privatización, liberalización, Regulación pública y derecho de la competencia. Camares. Granada.

GREESPAN, Alan. (2007) A era da Turbulência. Editora Campus. São Paulo, 2007

GRAU, Eros Roberto. (2002) O direito posto e o direito pressuposto. Malheiros. São Paulo. 2002

GRAU, Eros Roberto. (1998) A Ordem Económica na Constituição federal de 1988. Malheiros. São Paulo. 1998.

HABERMAS, Jürgen. (1975) Problemas de legitimación en el capitalismo tardío. Amorroutu. Buenos Aires, 1975

HABERMANS, Jürgen. Direito e Democracia- entre facticidade e validade. Tempo brasileiro. Rio de Janeiro. V. 2.

HAYEK, Frederich. (2000) Camino de servindumbre. Alianza Editorial. Madrid.

HANKE, S. H. (1987). Privatizar para crescer. Editorial Nórdica Ltda. Rio de Janeiro, Brasil

HERRERA GONZÁLEZ, F. (2006) La aplicación de principios de derecho de competencia a la reulación sectorial de telecomunicaciones. Información Comercial Española. ICE: Revista de economía. Nº. 832. Pp.59-74

HUSAIN M. & SAHAY R. (1992) Dos Sequencing of Privatization Matter in Reforming Planned Economies. International Monetary Fund. WP/92/1

JAUREGUI, Garutz. La democracia en el siglo XXI: un nuevo mundo, unos nuevos valores. Añadi. Instituto Vasco de Administración Pública. 2004

JÈZE, Gastón. (1949) Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo II La Noción de Servicio Público. Los Agentes de la Administración Pública. De Palma. Buenos Aires, 1949

JIMENEZ CISNEROS CID. F.J. (1987) Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico. INAP. Madrid. 1987

KATZ, R. (2009) La crisis económica mundial. El retorno del Keynesianismo a las nuevas redes de comunicaciones. Telos. Cuadernos de Comunicación y innovación. Nº. 78. Pp. 13-27

LADA DÍAS, Luis. (2006) Problemas, Obstáculos Y Condicionantes en la Desregulación del Sector de las Telecomunicaciones. Regulación, Desregulación, Liberalización y Competencia. Marcial Pons. Madrid, 2006. Pg. 133-168

LAFFONT, J. J. y TIROLE, J. (2000): Competition in Telecommunications. Cambridge. MA. The MIT Press

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. (2010) Telecomunicaciones. Regulación y mercado. Thomson Aranzadi. 3ª. Edición. Navarra.

LAGUNA DE PAZ (2009). El servicio universal. Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones. Iustel. Madrid. Pp. 389-431

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. (2008). Redes de Acceso de nueva generación. In. Perspectivas de Evolución en España. En Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, transportes e infraestructuras. Nº. 32. Pp. 41-74

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. (1995) Liberalización y Neoregulación de las Comunicaciones en el Derecho Comunitario. REDA, nº 88.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. (1995) La Renuncia de la Administración pública al derecho administrativo, RAP, nº. 136.

LANDAU D. L., (1985) Government expenditure and economic growth in the developed countries. Pp. 1952-1976.

LASHERAS, Ariel. Miguel Angel. (1999) La regulación económica de los servicios públicos. Ariel. Barcelona. 1999

LAVILLA RUBIRA, J.J. (2008) Las redes de cable y los servicios prestados a través de las mismas. In: REDETI. Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, transportes e infraestructuras. Nº. 33. Pp. 53-66

LEPAGE, H. (1979) Mañana, el capitalismo. Alianza. Madrid. 1979.

Livro Verde sobre los servicios públicos de Interés general COM (2003) 270 final – Diario Oficial 76 de 25.3.2004. http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/l23013_es.htm

MCKENZIE, R. & MACAULAY H.H. (1980). Public Choice 35, 297-313

MALARET I GARCIA, Elisenda. (2007). Administración Pública y Regulación económica. Asociación española de Derecho Administrativo. nº2. Thomson-Aranzadi. Pamplona. Pp.131-145

MALARET I GARCIA, ELisenda. (1999). Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública. Marcial Pons.

MALARET I GARCIA, Elisenda. (1998) Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos. Revista de Administración Pública. Nº. 145. Ene.

MARTIN MATEO, Ramon. (1999)El marco público de la economía de mercado. Trivium. Madrid. 1999

MARTIN MATEO, Ramón. (1969)El horizonte de la Descentralización. Madrid, 1969

MARTÍN REBOLLO, Luis.(2003) Sociedad, Economía y Estado(A propósito del viejo Regeneracionismo y el Nuevo Servicio Público). Estudios de derecho público libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo. Civitas. Madrid, 2003. Pgs. 611-648

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián.(1998) De La Simplificación de la Administración Pública, RAP, nº147, 1998

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. (2000)Consideraciones sobre los orígenes históricos del derecho administrativo en España. 137-146, in MAESTROS COMPLUTENSES DE DERECHO. LUIS JORNADA DE POZAS-Creador de Ciencia Administrativa. Servicio publicaciones facultad derecho. Madrid,2000

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián.(1989) Derecho Administrativo económico. Tomo I. La ley. Madrid, 1989

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo.(2003) El Derecho de Acceso a los servicios de Interés Económico General. Estudios de derecho público libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo. Civitas. Madrid, 2003.Pgs. 493-523

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, J. L. (2000)Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos. RAP. Nº. 39.2000

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, J.L. (1997)La regulación económica en España. In: El nuevo Servicio Público. Org. Ariño Gaspar., dela Cuétara, Martínez Lopez-Muñiz. Marcial Pons. Madrid. 1997

- MARTINEZ MARIN, Antonio. (1990) El buen Funcionamiento de los Servicios públicos. Tecnos. Madrid. 1990
- MASSONETTO, Luis Fernando. (2009) (Des) Regulação: Em busca do Senso Perdido. In: ZANNELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Regulatório. Temas Polêmicos. Editor Fórum. Belo Horizonte. 2009. Pg.111-121
- MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. (1950) Tomo II. Parte Especial. Poder de policía y Poder Tributário. Editorial de Palma Buenos Aires.
- MEILÁN GIL, José Luis. (2006) Progreso Tecnológico y servicios públicos. Thomson. Civitas.
- MENDOZA LOMANA, Ana Isabel. (2005) Obligaciones de Acceso e interconexión en el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas. Estudios sobre telecomunicaciones y consumo. Coord. Carrasco Pereira. Pp.349-478
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva. (2004) La Liberalización del Servicio Postal en la Unión Europea. Thomson. Aranzadi. Navarra, 2004
- MIR PUIGDELAT, Oriol.(2004) Globalización, Estado y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Civitas. Madrid.
- MOREL OCAÑA, Luis.(1999) La organización e las formas de gestión de los servicios públicos nos últimos cincuenta años. Revista de Administración Pública. Nº. 150. 1999
- MORENO MOLINA.(1996) La Administración por agencias en los Estados Unidos de America. Marcial Pons. Madrid. 1996
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2009) El nuevo modelo de Regulación de la economía. In: Fundamentos e instituciones de la regulación. Coord. Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. Pg.15-243
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. (1997) Servicio público y mercado. I-Fundamentos. Civitas. Madrid, 1997
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. (1998) Servicio público y mercado. Vol.II. Las telecomunicaciones. Civitas. Madrid, 1998
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. (1977) Concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la administración. RAP. Nº. 84. Madrid, 1977
- NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás. (2003) Calidad de los servicios. Revista estudios socio-jurídicos. Colombia.V.5.nº1. 2003. Pg.19-32
- NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. (2000) Notas sobre Derecho Administrativo. I. Ratio Legis. Salamanca.

- NIETO, Alejandro. (2008) El Desgobierno del público. Ariel, Barcelona.
- NORIEGA SANDBERG, Raquel. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (2003) Liberalización y competencia en las telecomunicaciones: Balance 1998-2003.
- OCDE-ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, <http://www.oecd.org/dataoecd/9/62/2790042.pdf>
- OCDE ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2002b. <http://www.oecd.org/dataoecd/8/39/2080169.pdf>
- OECD (1997): The OECD Report on Regulatory Reform: Sectorial Studies and Thematic studies, París
- OECD (1999): Relationship between Regulators and Competition Authorities, Policy Round Tables
- ORTIZ DIAS, José.(2000) Algunas consideraciones de las Administraciones públicas en el Cambio del siglo. Algunas consideraciones de cara al año 2000. In EL Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Coordinador Francisco Sosa Wagner. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 63-117
- OSA, Joaquin. (2001) El futuro en la Regulación de las Telecomunicaciones. Unión Europea y España. Economía Industrial. Nº. 337.
- ÓSCAR DE JUAN, (1980). Principios rectores de la actuación de las empresas públicas en la Constitución Española de 1978. REDA. Nº25. 1980
- OSBORNE, David. PLASTRIK, Peter. (1998) La reducción de la burocracia. Cinco estrategias para reinventar el gobierno. Paidós. Barcelona, 1998
- PAREJO ALFONSO, Luciano. (2004) La electricidad y su suministro: Un reto para el Estado y el mercado. In: ¿Liberación o regulación? Un mercado para la electricidad. FABRA ULTRAY, Jorge. Macial Pons. Madrid. 2004
- PAULIANI, Leda.(1998) A Dança dos Capitais. Praga. São Paulo. Nº. 6. 1998.
- PETITBÓ, Amadeo (2004): El Mercado de las Telecomunicaciones, en Telecomunicaciones, Infraestructuras y Libre Competencia, Valencia, Tirant Monografías nº 278
- PISSARIDES, C. (1980). A. British Government Popularity and Economic Performance. The Economic Journal, 90.
- PINHEIRO, A.C. & SCHNEIDER, B.R. (1993). The Fiscal Impact of Privatization in

Latin America. Trab. apresentado na Latin America 2000 Conference, Texas, Austin 4-5, nov.

PONCE SOLE, Julio.(1996) Una aproximación al fenómeno privatizador en España. Revista de Administración Pública, nº.193. 1996

PRASAD, Eswar. RAGHURAN, Rajan. SUBRAMANIAN, Arvind. (2007)La paradoja del capital. Finanzas & Desarrollo: Publicacao Trimestral do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial.Vol.44. nº. 01, março de 2007. Pg.16-19

PRIMEAUX, W. (1977). An Assessment of X-Efficiency Gained through Competition. Review of Economic and Statistics.

PROSSER, Tony. (1997)Law and regulators. Clarendon Press. Oxford.1997

PRZEWORSKY, Adam, (julho-setembro /1996) “Nota sobre o Estado e o Mercado”, Revista de Economia Política, Vol. 16, n.º 3 (63).

KAHN, Alfred. (1988)The economics of regulation: Principes and institucions. MIT press. Cambridge. Mass. 1988.

KEYNES, J. M(1970). Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro. Editora Fundo de Cultura. São Paulo, Brasil.

KONDER COMPARATO, Fábio.(2003) Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro. São Paulo. Nº. 63. 2003

RAJAN, RAGHURAM & ZINGALES, Luigi. (2004)Salvando o capitalismo dos capitalistas: acreditando no poder do livre mercado para criar mais riqueza e ampliar as oportunidades. Editora Campos: São Paulo, 2004.

RAMON FERNANDEZ, Tomás.(1999) Del Servicio Público a la liberación desde 1950 hasta hoy. In Revista de Administración Pública Núm. 50. Septiembre-diciembre 1999

Regulatory Reform Act in Braitain, Inglaterra, 2000, [http://www.fundsis.org/docs_act/79_UK-Taking-Lessons-from-Catalonia-\(version-castellana\).pdf](http://www.fundsis.org/docs_act/79_UK-Taking-Lessons-from-Catalonia-(version-castellana).pdf)

REICH, Norbert. (2002)Mercado y Derecho. Ariel. Barcelona, 2002

REICH, Norbert. (1985) Mercado y Derecho. Ariel Derecho. Barcelona, 1985

RIVERO ORTEGA, Ricardo. (2007)Derecho Administrativo Económico. Marcial Pons, Madrid.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. (2006)Instituciones Administrativas. Desarrollo y Control de la corrupción, UIM, Granada.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. (1998) Administraciones públicas y Derecho Privado. Macial Pons, Madrid.

SAINS MORENO, F. (1983) Ejercicio privado de funciones públicas. RAP. Nº. 100-102

SALA ARQUER, J.M. El Estado neutral. (1984) Contribución al estudio de las administraciones independientes. Revista Española de Derecho Administrativo. nº. 42. 1984

SALOMAO FILHO, Calixto.(2001) Regulacao da atividade econômica. Princípios e fundamentos jurídicos. Malheiros. São Paulo. 2001

SALVADOR ARMENDARIZ, Maria Amparo. La Directiva de servicios y su transposición. ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa? In: Mercado Europeo y reformas administrativas

SANCHEZ BLANCO, M. y SOLER MATUTEL, P.(2009) Autoridades de regulación y telecomunicaciones: las organizaciones públicas y su regulación. Especial referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones.Iustel.Madrid. Pp.187-231

SANCHEZ MORÓN, Miguel. (1980)La Participación del Ciudadano en la Administración Pública. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.

SARTORI, G. (1993)La democracia después del comunismo. Alianza. Madrid. 1993

SCHIMIDT-ABMANN, Eberhard. (2006)La ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. RAP. Nº171. Stp/dic.2006. Pg.7-34

SCHMICH-ASSWANN, Eberhard. (2003)La teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Macial Pons. Barcelona.

SEN, Amartya. (2011) Desarrollo y crisis global. Complutense. Madrid.

SEN, Amartya. KLIKSBERB, Bernardo. (2007) Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado. Ediciones Deusto. Barcelona, 2007.

SENDIN GARCIA, Miguel. (2006)Servicio Público. Regulación y servicios públicos. Tirand lo Blanch. Granada.

SENDIN GARCIA, Miguel. (2004)Servicio Público. Hacia un servicio público europeo: El nuevo derecho de los servicios públicos. Tirand lo Blanch. Granada, 2004

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. (2003) Regulación y servicios públicos. Comares. Granada. 2003

SENDIN GARCIA, Miguel Ángel. NAVARRO, Karlos. (2006) Los mercados regulados de servicios públicos. In El Control Jurídicos de la actividad económica del Estado. Universidad de Durango. México. 2006

SHAPIRO, C. & WILLIG R.D. (1990). Economic rationales for the escape of privatization. Princeton University.

SIMONSEN, M. H. (1995) Porque privatizar é urgente? Revista Exame, 10 de maio

SIQUEIRA, Ethevaldo. MANCINI, Luciana. (1993) Telecomunicações: privatização ou caos. Telepres Editora. São Paulo. 1993

STONE, A. (1989). Wrong Number: The Breakup of AT&T. New York.

STRANGE, Susan. (2003) La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial. Icaria Editorial. Barcelona.

STREEL, A. de. (2003). The integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications. World Competition. Nº26. 2003

STIGLER, George. (1997) Wither socialism? Cambridge, MA, MIT Press. 1997

STIGLER, George. (1994) The Organization of industry. The American Economic Review. mayo 1994.

STIGLITZ, Joseph. CHARLTON, Andrew. (2007) Comercio Justo para todos. Taurus. Madrid.

STIGLITZ, Joseph. (2006) Como Hacer que la Globalización Funcione, Taurus, Madrid, 2006

STIGLITZ, Joseph. (2002) El Malestar en la Globalización, Taurus, Madrid, 2002

STIGLITZ, J. (1986) On the Economic Role of the State. In A. Heertje (Ed): The Economic Role of the State. Basil Blackwell. Oxford.

SOUVIRON MARENILLA, José Maria. (2000) Sobre la administración pública y El derecho administrativo: en torno a la sustantividad del derecho administrativo y su vis expansiva. In El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Tomo I. Tirant lo Blanch. Valencia.

TÁCITO, Caio. (2000). Agencias reguladoras da Administração. In: Revista de Direito Administrativo. Nº. 221. Jul-sep. 2000. Pp. 3-20

TODESCAN LESSA MATTOS, Paulo. (2002) Agencias reguladores e democracia: Participação pública e desenvolvimento. In: Regulação e desenvolvimento. Calixto Salomao Filho(coord.). Malheiros. São Paulo.

TORNOS MÁS, Joaquín. (2009) Regulación de Precios y Tarifas. In: Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la Regulación. Iustel. Madrid.

TORNOS MÁS, Joaquim.(2008) Ordenación Económica. Lex Nova. Valladolid.

TORNOS MÁS, Joaquín. (2000) La actualidad de la regulación. Tiran lo Blanch. Valencia.

TORRERO MAÑAS, Antonio. (2007) A propósito de la crisis financiera actual. Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía. III. 2007. Pp.83-91

TOURINHO, O. & VIANA R. L. L. (1993). Avaliação e Agenda do Programa Nacional de Desestatização. Texto para discussão n.º 322. IPEA

TRANCOSO REIGADA, Antonio. (1997) Privatización, Empresa Pública y Constitución. Marcial Pons, Madrid, 1997

TULLOCK G. (1965) The Politics of Bureaucracy. Washington, D. C.

VALLESPIN OÑA, Fernando. (2003) Democracia y globalización. In Globalización, Estado y democracia. Universidad de Málaga, 2003

VICKRES, J. & YARROW G. (1995) Privatization: An Economic Analysis. The MIT Press

VICKERS, J. KEY, (1988) J. Regulatory Reform: An appraisal. In: Desregulation or Re-regulation? "Reform in Europe and the United States". Edited by Giandomenico Majone. Usa, St. Martin's Press, 1988.

VILLAR ROJAS, Francisco José.(2004) Las instalaciones Esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho público económico. Comares. Granada, 2004

VILLAR ROJAS, Francisco José. (1993) Privatización de Servicios Públicos, Tecnos, Madrid, 1993

VILLAR EZCURRA, José Luis. (2000) Los cauces de la intervención Administrativa. In: Luis Jordana de Pozas, Creador de la ciencia administrativa. Colección Maestros complutenses de derecho. Madrid, 2000

VILLAR EZCURRA, José Luis. VILLAR PALASI, José Luis. (1980) Servicio Público y técnicas de Conexión. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1980

VITAL MOREIRA. (1997) Auto-regulação profissional e Administração Pública. Almedina. Lisboa.

VOLCKER, Paul. (2001). El océano de las finanzas mundiales. In: En el límite la vida en el capitalismo global. Kriterion tusquets editores. Barcelona. Pp.113-126

VON STEIN, Lorenz. (1957) Movimientos sociales y monarquía. Madrid.1957

VON STEIN. Lorenz.(1897) La Saenza D'Elia Pubblica amministrazione. Unione Tipografica Editore. Torino, 1897

ZANOBINI, Guido. (1959)Curso di diritto amministrativo. Vol.V. Giuffré. Milán, 1959.

ZANOBINI, Guido. (1941). L'esercizio privato della funzioni e di servizi publico. In: Trattato di Diritto Amministrativo. Orlando. Milán.

WEBBER, Max. (1993).Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Economica. México, 1993

Páginas de Internet

Agencia Nacional de Telecomunicaciones de Brasil

<http://www.anatel.gov.br>

Asociación Española de Tecnologías de la Comunicación y Telecomunicaciones

<http://www.aetic.es>

Boletín Oficial del Estado de España

<http://www.boe.es>

Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones

<http://www.coit.es/>

Comisión Europea. Competencia

http://ec.europa.eu/comm/competition/index_es.html

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España

<http://www.cmt.es/cmt/index.htm>

Grupo de Reguladores Europeos (ERG)

<http://www.erg.eu.int/>

Instituto Nacional de Estadística

<http://www.ine.es/>

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

<http://www.mityc.es/es-ES/index.htm>

OCDE

<http://www.oecd.org/>

Office of Communications (OFCOM)

<http://www.ofcom.org.uk/>

Servicio de Defensa de la Competencia

<http://www.dgdc.meh.es/>

Tribunal de Defensa de la Competencia

<http://www.tdcompetencia.org/>

Unión Internacional de Telecomunicaciones

<http://www.itu.int/net>