

Universidad de Brasilia

Curso de Reglamentación en Telecomunicaciones

Tema: **Derecho Constitucional y Telecomunicaciones**

**Márcio Iorio Aranha**

Profesor de la Facultad de Derecho de la UnB

Coordinador del Núcleo de Derecho Sectorial de la Facultad de Derecho de la UnB

Coordinador del Grupo de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones de la UnB

Traducido por Priscila Solís (ENE-UnB, Brasil)

## “DERECHO CONSTITUCIONAL Y TELECOMUNICACIONES”

### POSTILA

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES .....	2
Jerarquía normativa.....	2
Control de constitucionalidad y competencia jurisdiccional .....	4
Estructura constitucional.....	6
Histórico constitucional de las telecomunicaciones .....	7
Constitución Federal de 1988, Enmenda Constitucional nº 8 y los servicios de telecomunicaciones .....	10
División constitucional de titularidad de actividades en general.....	19
TÓPICOS CONSTITUCIONALES PERTINENTES A LAS TELECOMUNICACIONES.....	22
Sigilo de comunicaciones .....	22
Inmunidad sectorial.....	25
Transferencia económica de contribuciones sociales .....	27
Fondo Nacional de Telecomunicaciones .....	29
Isonomía tributaria .....	39
REGLAMENTACIÓN DE TELECOMUNICACIONES EN BRASIL .....	41
Telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones .....	41
Elementos conceptuales de la telecomunicación .....	44
Transmisión.....	44
Electromagnetismo y transmisión electromagnética .....	45
Concepto de servicio de telecomunicación.....	47
Servicios de Valor Adicionado (SVA): exclusiones legales expresas de los servicios de telecomunicaciones .....	48
Otros servicios relacionados a los de telecomunicaciones .....	50
BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA: .....	56
Libros .....	56
Instrumentos normativos (orden cronológica).....	56

La comprensión de los aspectos constitucionales de las telecomunicaciones depende de algunos presupuestos peculiares a cada ordenamiento jurídico nacional.

## **PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES**

### ***Jerarquía normativa***

En Brasil, la adopción del principio de la *supremacía de la Constitución* explica la sumisión a la Carta constitucional, del 5 de Octubre de 1988, de toda producción normativa oriunda de los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Sobre el punto de vista formal, el texto constitucional se encuentra en el topo del ordenamiento jurídico, definiendo las materias reservadas a ley complementar o a ley ordinaria, así como a otros actos de sello normativo o jurisdiccional. Dentro de las normas constitucionales, las calificadas como *cláusulas pétreas* están inmunes a modificaciones por intermedio del proceso legislativo de *enmenda* a la Constitución. Obedientes al texto constitucional, otros instrumentos dividen ámbitos de atribuciones dadas por la Constitución. Leyes complementares, leyes ordinarias, tratados internacionales, leyes delegadas, medidas provisionales y demás actos normativos primarios se encuentran en el mismo nivel jerárquico. La distinción entre tales instrumentos normativos se da en virtud del ámbito de competencia distinto atribuido a cada un por la Constitución. Hay materias reservadas expresamente a leyes complementares, como, por ejemplo, la definición de las áreas de actuación de fundaciones, empresas públicas y sociedades de economía mixta.<sup>1</sup> En el mismo

---

<sup>1</sup>“Art.37. La administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, al siguiente: (...) XIX - solamente por ley específica podrá ser creada autarquía y autorizada a institución de empresa pública, de sociedad de economía mixta y de fundación, cabiendo a la ley complementar, en este último caso, definir las

dispositivo, se exige ley específica para creación de autarquías. Cuando no expresa la exigencia de ley complementar, se entiende por la exigencia de ley ordinaria para disciplina de la materia referida en el texto constitucional. Las leyes delegadas y medidas provisionales detienen igual estatura jerárquica de la ley ordinaria, mientras tanto con restricciones materiales.<sup>2</sup> Un modelo de disposición jerárquica de los instrumentos normativos, administrativos y jurisdiccionales consta de la Figura n° 1 de esta postila.

En el caso de las telecomunicaciones, la Constitución Federal brasileña de 1988 atribuye a la *ley* el tratamiento normativo de la “organización de los servicios [de telecomunicaciones], la creación de un órgano regulador y otros aspectos institucionales”<sup>3</sup>. Así, está de reserva a la ley ordinaria la disciplina primaria de las telecomunicaciones en Brasil.

Como, además de eso, la Constitución de 1988 previene como atribución de la Unión (ente federado) tal disciplina de las telecomunicaciones en Brasil, esta se da por intermedio de ley ordinaria *federal* aprobada en proceso legislativo dividido por los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión.

A pesar de la paridad jerárquica y considerable intercambio entre ley ordinaria, tratado internacional, ley delegada y medida provisional, es vetado a la medida provisional y, por tanto, al acto normativo primario del Jefe del Ejecutivo, reglamentar los servicios de telecomunicaciones en sentido amplio gracias al incremento del Art.246 a las Disposiciones Constitucionales Generales de la Constitución Federal de 1988 por la Enmeda Constitucional n.º 6, de 1995,

---

áreas de su actuación;” (Constitución Federal brasileña de 1988 con redacción de la Enmeda Constitucional n.º 19, de 04/06/98).

<sup>2</sup>La Constitución Federal brasileña de 1988 no autoriza delegación de actos de competencia exclusiva del Congreso Nacional, de competencia privativa de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal, de temas reservados a ley complementar, ni a legislación sobre organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales, planes plurianuales, directrices presupuestarias y presupuestos (art.68). También hay limitaciones para la edición de *medidas provisionales*. Además de las limitaciones atribuidas a ley delegada, la medida provisional no se presta al disciplinar derecho penal, procesal penal y procesal civil, la materia ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente de la República (art.62,§1º).

<sup>3</sup>“Art.21. Compete a la Unión: (...) XI - explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso, los servicios de telecomunicaciones, en los términos de la ley, que dispondrá sobre la organización de los servicios, la creación de un órgano regulador y otros aspectos institucionales;” (Constitución Federal brasileña de 1988, con redacción de la Enmeda Constitucional n.º 8, de 15/08/95).

confirmado por la Enmeda Constitucional n.º 7 del mismo año.<sup>4</sup> La alteración del Art.246 por la Enmeda Constitucional n.º 32, de 2001, preserva la prohibición.<sup>5</sup>

## ***Control de constitucionalidad y competencia jurisdiccional***

Cabe al Supremo Tribunal Federal de Brasil (Art.102, *a*) efectuar el control concentrado de constitucionalidad en abstracto de las leyes federales o estatales acusadas de inconstitucionalidad<sup>6</sup> o de constitucionalidad<sup>7</sup> por ciertos legitimados. En el ámbito estatal (Estados-Miembros de la Federación brasileña), son los Tribunales de Justicia estatales que desempeñan esta función de protección, en abstracto, de los dispositivos de las Constituciones Estatales, que por ventura estén siendo heridos por producciones normativas del propio Estado-Miembro o de los Municipios contenidos en el mismo.

El control en abstracto, por regla, no incide sobre actos normativos secundarios, tales como decretos del Presidente de la República, sobre el fundamento de que carecerían primeramente de un vicio de ilegalidad (desafía la norma infraconstitucional, generando la llamada inconstitucionalidad indirecta). Hay, en el mientras tanto, posibilidad de control en abstracto de decretos, y esta hipótesis sucedió en el sector de telecomunicaciones. El Supremo Tribunal Federal realizó control en abstracto del Decreto 1.719, de 28/11/1995<sup>8</sup>, que aprobara el *Reglamento*

---

<sup>4</sup>“Art.246. Es prohibida la adopción de medida provisional en la reglamentación de artículo de la Constitución cuya redacción tenga sido alterada por medio de enmeda promulgada a partir de 1995” (Constitución Federal brasileña de 1988, con redacción de la Enmeda Constitucional n.º 6, de 15/08/1995).

<sup>5</sup>“Art. 246. Es prohibida la adopción de medida provisional en la reglamentación de artículo de la Constitución cuya redacción haya sido alterada por medio de enmeda promulgada entre 1º de Enero de 1995 hasta la promulgación de esta enmeda, incluso.” (Constitución Federal brasileña de 1988, con redacción de la Enmeda Constitucional n.º 32, de 11/09/2001).

<sup>6</sup>Son legítimos interesados para propositura de acción directa de inconstitucionalidad: el Presidente de la República; la Mesa del Senado Federal; la Mesa de la Cámara de los Diputados; la Mesa de Asamblea Legislativa; el Gobernador de Estado; el Procurador-General de la República; el Concejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; partido político con representación en el Congreso Nacional; confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional. (Constitución Federal brasileña de 1988, art.103).

<sup>7</sup>Son legítimos interesados para propositura de acción declaratoria de constitucionalidad: el Presidente de la República; la Mesa del Senado Federal; la Mesa de la Cámara de los Diputados; y el Procurador-General de la República. (Constitución Federal brasileña de 1988, art.103, §4º).

<sup>8</sup>Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 1.435-8/DF, relatada por el Min. Francisco Resek y requerida por el Partido Democrático Trabajista (PDT). Sesión plenaria, de 27 de Noviembre de 1996, por mayoría, vencidos los Ministros Francisco Resek (relactor), Maurício Corrêa y Néri de la Silveira,

*de Otorga de Concesión o Permiso para Explotación de Servicios de Telecomunicaciones en Base Comercial.* Con base en este decreto, el Gobierno pretendía implantar la explotación por empresas privadas de *servicios de telecomunicaciones vía satélite geoestacionarios* y el *Servicio Móvil Celular*. Había, mientras tanto, un vicio de inconstitucionalidad, pues el Decreto 1.719/95 acababa usurpando la función reservada a ley ordinaria, de reglamentación de la prestación de servicios de telecomunicaciones en base comercial autorizados por la Enmeda Constitucional n.8/95.

Además del control concentrado de constitucionalidad de las leyes infraconstitucionales, hay, en Brasil, el llamado *control difuso* efectuado por cualquier juez federal o estatal, que, para juicio de las causas perante ellos suscitadas, entienda necesaria la declaración incidental de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de leyes.

Compete a la justicia federal juzgar, en general, acciones en que participen la Unión, autarquía federal o empresa pública federal. La característica pública de los servicios de telecomunicaciones prestados por las concesionarias de servicios de telecomunicaciones no es suficiente para llevar sus causas a la justicia federal. Así, por regla, las causas envolviendo telecomunicaciones en Brasil son juzgadas por las justicias estatales.

Con la entrada de los juzgados especiales en la estructura de los Judicarios estatales brasileños, se inicio un segundo frente de definición de su competencia para juicio de acciones pertinentes al sector de telecomunicaciones. El argumento de las operadoras de telefonía, cada vez mal cuestionadas por esta vía facilitada de acceso al Organismo Judicial, contra el juicio por los juzgados especiales de acciones envolviendo telecomunicaciones, viene del alejamiento de ciertas materias por las leyes creadoras de estos juzgados en frente de la *complejidad de la causa*. Así, las operadoras recorrido al Supremo Tribunal Federal para invalidación de las causas perdidas en juzgados especiales estatales. Mientras tanto, el STF entendió que la definición de la complejidad de la causa “está adscrita al ámbito de la interpretación de norma infraconstitucional”<sup>9</sup>. La jurisprudencia no fue todavía

---

decidió por la declaración de suspensión liminar de vigencia del Decreto 1.719/95. Ementário de Jurisprudencia del STF n° 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999.

<sup>9</sup>AgRAI - Agravo Régimenntal en el Agravo de Instrumento 405.728-2 (DJ 04/04/2003, Ementário del STF n.2105-11, 2ª Turma, j.11/03/2003, relactor Min. Gilmar Mendes, relatório del relactor). “Los criterios de identificación de las ‘causas cíviles de menor complejidad’ y de los ‘crímenes de menor

uniformizada, mas, actualmente, cuestiones envolviendo cobranzas indebidas vienen siendo aceitas por los Juzgados Especiales de Pequeñas Causas del Distrito Federal y Territorios y de Bahía, entre otros. Por otro lado, cuestiones como la de saber se la ‘habilitación’ de teléfonos celulares sufrirá incidencia de impuesto sobre circulación de mercaderías y servicios (ICMS) han sido llevadas por las operadoras de telefonía para la Justicia Común estatal<sup>10</sup>.

## ***Estructura constitucional***

La estructura del texto constitucional auxilia en la comprensión de la posición de los servicios de telecomunicaciones en el derecho brasileño. Se trata de una constitución analítica conteniendo *títulos* ordenados sistemáticamente, los cuales son: principios fundamentales; derechos y garantías fundamentales; organización del Estado; organización de los Poderes; defensa del Estado y de las instituciones democráticas; tributación y presupuesto; orden económica y financiera; orden social; disposiciones constitucionales generales; disposiciones constitucionales transitorias (Figura 2). A partir de esta estructura, se puede verificar la inserción de las telecomunicaciones en dos espacios claramente definidos: en las normas de *organización del Estado*; y en las normas pertinentes a la *orden social*. Cuanto a la *organización del Estado*, los servicios de telecomunicaciones vienen atribuidos a la Unión. Ya, en el tocante al *orden social*, el capítulo de la *comunicación social* delimita el formato de los medios de comunicación social, incluso de la *radiodifusión* y de la llamada *comunicación social electrónica*<sup>11</sup>. Dispositivos con referencia expresa a las comunicaciones constan del título de tributación y presupuesto, especialmente en lo que se refiere a la llamada *inmunidad sectorial* más a frente abordada.

---

potencial ofensivo’, a ser confiados a los Juzgados Especiales, constituye materia de Derecho Procesal, de la competencia legislativa privativa de la Unión.” (ADIMC 1.807, Pleno del STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/06/1998, ementa).

<sup>10</sup>STJ, Apelación Cível 19980110442286, julgada en 11-10-1999, 2ª Turma Cível, relatora Nancy Andrigui, DJU 23-02-2000 – decisión por la incidencia si a partir del Convenio ICMS 69/98.

<sup>11</sup>“Art.222. (...) § 3º Los medios de comunicación social electrónica, independentemente de la tecnología utilizada para la prestación del servicio, deberán observar los principios enunciados en el art. 221, en la forma de ley específica, que también garantizará la prioridad de profesionales brasileños en la ejecución de producciones nacionales.” (Constitución Federal brasileña de 1988, con parágrafo acrecido por la Enmenda Constitucional nº 36, de 28/05/2002).

## ***Histórico constitucional de las telecomunicaciones***

La observación sobre las alteraciones sufridas por las telecomunicaciones en ámbito constitucional auxiliará a la comprensión de las dificultades jurídicas actuales en la clasificación de los servicios. Ni siempre fue de la Unión la competencia privativa de operatividad<sup>12</sup> y normalización<sup>13</sup> del sector de telecomunicaciones.

En las constituciones anteriores, se trataba de los servicios de telecomunicaciones como un todo monolítico. En la CF/1891<sup>14</sup>, había a penas la referencia a la competencia tributaria de la Unión y de los Estados para tasar los *correos y telégrafos*, de donde se deducía la competencia para disciplinar el servicio de telegrafía. Las Constituciones de 1934<sup>15</sup> y de 1937<sup>16</sup> dedicaban un único inciso a los *servicios de telégrafos, radiocomunicación, navegación aérea y vías férreas*. La Constitución Federal de 1946<sup>17</sup>, por su vez, divisó la *radiodifusión* y la *telefonía* de los tradicionales servicios de *telégrafos* y de *radiocomunicación*. Con la Constitución de 1967<sup>18</sup> y la Enmeda Constitucional nº 1, de 1969, se pasó a disciplinar la

---

<sup>12</sup>Art. 8º, XV, *la* de la CF/67 y EC1/69; art. 21, XI y XII, *la* de la CF/88.

<sup>13</sup>Art. 8º, XVII, *i* de la CF/67 y EC1/69; art. 22, IV de la CF/88.

<sup>14</sup>Constitución Federal de 1891: “Art. 7º ES de la competencia exclusiva de la Unión decretar: 4º Tasas de los correos y telegrafos federales; Art. 9º ES de la competencia exclusiva de los Estados decretar impuestos: §1º Também compete exclusivamente a los Estados decretar: 2º Contribuciones concernientes a los seus telegrafos y correos.” (CAMPANHOLE, Adriano y Hilton Lobo. **Constituciones de Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 752-753).

<sup>15</sup>Constitución Federal de 1934: “Art. 5º Compete privativamente a la Unión: VIII, explotar o dar en concesión los servicios de telegraphos, radio-comunicación y navegación aerea, incluso las instalaciones de poso, bien como las vias-ferreas que liguem, directamente portos maritimos la fronteras nacionaes, o transponían los limites de un Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano y Hilton Lobo. **Constituciones de Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 683-684).

<sup>16</sup>Constitución Federal de 1937: “Art. 15. Compete privativamente a la Unión: VII – explotar o dar en concesión los servicios de telégrafos, radio-comunicación y navegación aérea, incluso las instalaciones de poso, bien como las vias férreas que liguem directamente portos marítimos la fronteras nacionales o transponían los limites de un Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano y Hilton Lobo. **Constituciones de Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 599).

<sup>17</sup>Constitución Federal de 1946: “Art. 5º Compete a la Unión: XII – explotar, directamente o mediante autorización o concesión, los servicios de telégrafos, de radiocomunicación, de radiodifusión, de teléfonos interestaduais e internacionales, de navegación aérea y de vias férreas, que liguem portos marítimos la fronteras nacionales o transponían los limites de un Estado.” (CAMPANHOLE, Adriano y Hilton Lobo. **Constituciones de Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 474).

<sup>18</sup>Constitución Federal de 1967 y Enmeda Constitucional nº 1, de 1969: “Art. 8º Compete a la Unión: XV – explotar, directamente o mediante autorización o concesión: la) los servicios de telecomunicaciones;” (CAMPANHOLE, Adriano y Hilton Lobo. **Constituciones de Brasil**. 13ªed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 384 y 256-257).

competencia de la Unión para los *servicios de telecomunicaciones* como un todo, sin otras especificaciones.

Innovando, la Constitución Federal de 1988<sup>19</sup> introdujo la distinción de tratamiento *inicialmente* entre ‘*servicios de radiodifusión sonora y de sonidos y imágenes*’ de un lado, y los ‘*servicios públicos de telecomunicaciones*’, de otro, enumerando, expresamente, los *telefónicos*, los *telegráficos*, y los *de transmisión de datos* como servicios públicos. Más tarde, la EC8/95<sup>20</sup> introdujo la distinción entre ‘*servicios de telecomunicaciones*’ y ‘*servicios de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes*’. Además de esta distinción entre los servicios nombrados de telecomunicaciones por el diploma mayor y los apartados de este rolo común y denominado de radiodifusión, se promovió un nítido tratamiento diferenciado de las concesiones, permisos y autorizaciones de radiodifusión sometidas al Art. 223 de la CF/88.

El movimiento de segregación entre los servicios de radiodifusión y los servicios *comunes* de telecomunicaciones fue seguido de disciplina infraconstitucional dada por la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97), que sometió todos los servicios de telecomunicaciones a sus disposiciones *excepto* los servicios de *radiodifusión*, cuyo tratamiento normativo permaneció sumiso al antiguo Código Brasileño de Telecomunicaciones (Ley 4.117/62) a la excepción de la competencia de la ANATEL sobre la alocación, fiscalización y cuestiones relacionadas al espectro electromagnético.

Estas distinciones visibles en el ambiente constitucional hombreran con innumerables otras distinciones entre servicios de telecomunicaciones implementadas en foro infraconstitucional resultantes de la evolución tecnológica y de las peculiaridades de tratamiento normativo exigidas por cada especie de servicio de telecomunicaciones, que comenzaron su especialización a partir del Código Brasileño

---

<sup>19</sup>Constitución Federal de 1988: “Art. 21. Compete a la Unión: XI – explotar, directamente o mediante concesión la empresas sobre control acionario estatal, los servicios telefónicos, telegráficos, de transmisión de datos y demás servicios públicos de telecomunicaciones, asegurada la prestación de servicios de informaciones por entidades de derecho privado através de la red pública de telecomunicaciones explotada por la Unión; XII – explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso: la) los servicios de radiodifusión sonidoora, de sonidos e imagens y demás servicios de telecomunicaciones.”

<sup>20</sup>Constitución Federal de 1988, con la redacción de la Enmeda Constitucional nº 8, de 1995: “Art. 21. Compete a la Unión: XI - explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso, los servicios de telecomunicaciones, en los términos de la ley, que disporá sobre la organización de los servicios, la creación de un órgano reglador y otros aspectos institucionales; XII – explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso: la) los servicios de radiodifusión sonidoora, y de sonidos e imagens.”

de Telecomunicaciones, de 1962. Hoy existen diversas subdivisiones de servicios de telecomunicaciones en ámbito infraconstitucional: *telefónico fijo conmutado; TV a cabo; distribución de señales multipunto multicanal; distribución de señales de televisión y de audio por suscripción vía satélite; especial de televisión por suscripción; especial de radio llamada; avanzado de mensaje; especial de radio-recado; especial de frecuencia padrón; especial de boletín metereológico; especial de señales horarios; móvil por satélite; radiocomunicación aeronáutica; móvil celular; red de transporte de telecomunicaciones; móvil especializado; radio taxi especializado; telestrada; especial para fines científicos y experimentales; especial de radio autocine; limitado privado; limitado de radio estrada; limitado estaciones itinerantes; móvil aeronáutico; radio del ciudadano; radio amateur; especial de radio determinación; especial de supervisión y control; especial de radio acceso; limitado especializado; red especializado; circuito especializado; móvil marítimo dentro de otros.*<sup>21</sup>

La multiplicación de los servicios de telecomunicaciones se reflejó en la producción normativa infraconstitucional y infralegal (decretos, portarías, resoluciones, actos, dentro de otros), generando vasta reglamentación tanto más específica cuanto más específicos a los servicios a que se refieren. Este movimiento de *sometimiento incondicional a las demandas de evolución tecnológica* encontró cierta sistematización normativa en la *Ley General de Telecomunicaciones – LGT* (Ley 9.472/97), cuyas disposiciones observaron los servicios de telecomunicaciones en tópicos con efectos jurídicos distintos capaces de diseñar bloques de servicios con características comunes, jerarquizando servicios y permitiendo la racionalización reglamentar por intermedio de conceptos tales como los de público y privado, de interés colectivo y de interés restringido. Además de estas distinciones entre los servicios de telecomunicaciones, la LGT dispuso sobre tres otros conceptos, que reflejan el ambiente de transmisión y transporte de informaciones: las redes de telecomunicaciones; la radiofrecuencia; y las órbitas.

El estudio de este conjunto – servicios de telecomunicaciones y ambiente de operación de los servicios de telecomunicaciones, este último dividido didácticamente en redes de telecomunicaciones, espectro de radiofrecuencia y

---

<sup>21</sup>Cf. Acto n° 3.807, de 23 de Junio de 1999, de la ANATEL, que dispone sobre la clasificación de los servicios de telecomunicaciones cuanto a los intereses que atenden.

recursos de órbita – fornece el instrumental necesario a la comprensión de las especificidades y políticas públicas concernientes al sector de telecomunicaciones.

## ***Constitución Federal de 1988, Enmeda Constitucional nº 8 y los servicios de telecomunicaciones***

La Constitución de 1988 nació en medio a una postura de reacción del Poder Ejecutivo a la división constitucional entre servicios públicos prestados por entes controlados por el Estado y otros servicios públicos y privados posibles de prestación por particulares. El Gobierno brasileño buscaba ampliar el abanico de servicios posibles de prestación por particulares. En este contexto, hubo la tentativa de alejamiento de los servicios celulares, entonces nacientes, de la regla constitucional delimitadora de la prestación de servicios de telefonía por empresas con control estatal por acciones (Art.21, XI pre Enmeda Constitucional nº8/95). El Decreto nº 97.057, de 10 de Noviembre de 1988 – poco más de un mes después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 –, alteró dispositivos del antiguo Reglamento General del Código Brasileño de Telecomunicaciones (Decreto 52.026/63), acrecentando la posibilidad de emisión, por el Ejecutivo, de reglamento específico para los *servicios público-restrictos*, ya editado poco de un mes antes de la Constitución Federal de 1988 (Decreto 96.618, de 31 de Agosto de 1988). Ellos eran una categoría tradicional de servicios de telecomunicaciones específicos diferenciados en razón de la finalidad y facultados “al uso de los pasajeros de los barcos, aeronaves, vehículos en movimiento o al uso del público en localidades todavía no atendidas por servicio público de telecomunicaciones”<sup>22</sup>.

Mismo cerrada la hipótesis de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones por empresas privadas a partir de la Constitución Federal de 1988<sup>23</sup>, se buscó implantar una *competencia intramonopolio* en los servicios de

---

<sup>22</sup>Art. 6º, ítem 51 del Reglamento del Código Brasileño de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto 52.026, de 20 de Mayo de 1963.

<sup>23</sup>“Art.21. Compete a la Unión. (...) XI - explotar, directamente o mediante concesión la empresas sobre control accionario estatal, los servicios telefónicos, telegráficos, de transmisión de datos y demás servicios públicos de telecomunicaciones, asegurada la prestación de servicios de informaciones por entidades de derecho privado através de la red pública de telecomunicaciones explotada por la Unión.” (Constitución Federal brasileña de 1988)

comunicación de datos por intermedio de la Portaria 525/88<sup>24</sup>, del Ministerio de las Comunicaciones, que extendía a las demás empresas del Sistema Telebrás la explotación de dicho servicio antes restringido a la Embratel. Se acusa<sup>25</sup> *lobby* de la Embratel, a la época, de introducir en dicha portaría la exigencia de que las operadoras regionales solamente pudieran utilizar *redes dedicadas* posibles de uso viable solamente por clientes intensivos, aunque la vocación de esas empresas estuviere orientada al tráfico al por menor-continuo en face de su alta capilaridad. No fuese eso bastante, la evolución tecnológica ya permitía la utilización de redes de datos conmutadas y no-dedicadas para creación de *redes virtuales permanentes* más confiables y más baratas que las redes dedicadas, prácticamente inviabilizando cualquier especie de amenaza a la Embratel por parte de las operadoras locales.<sup>26</sup>

El inicio de la década de 1990 fue caracterizado por *iniciativas espasmódicas* en el sector de telecomunicaciones. La Ley 8.029, de 12 de Abril de 1990, ya esbozaba el camino de la desestatización, pues autorizó a TELEBRÁS a reducir para ocho el número de sus operadoras, excepto la Embratel, por medio de fusiones e incorporaciones dentro del Sistema TELEBRÁS, pasando, cada una de ellas a operar en *macro regiones* definidas por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística.<sup>27</sup>

Al lado de eso, en el ambiente internacional:

“En 5 de Junio de 1990 (...), en Ginebra, en Suiza, se realizaba una reunión sobre el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (Gatt). En ella, los Estados Unidos presentaron una propuesta de creación de ‘un nuevo tipo de telecomunicaciones, el *business telecommunication service*, o servicio comercial, completamente diferenciado

---

<sup>24</sup>Portaria n° 525, de 8 de Noviembre de 1988: “II – Las demás empresas del Sistema TELEBRÁS, controladas o asociadas, compete: (...) c) Observado el dispuesto en los itens I e iII [competencias de la Embratel y de la Empresa Brasileña de Correos y Telégrafos] de la presente Portaria, explotar los servicios: (...) 2 – Intraestadual por línea dedicada telefónico, telegráfico, y de comunicación de datos, especializados y no especializados, en sus áreas de operación;”

<sup>25</sup>Cf. REGO, Luiz Carlos Moraes. *Las liciones de la liberalización*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et ali]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53.

<sup>26</sup>Cf. REGO, Luiz Carlos Moraes. *Las liciones de la liberalización*, p. 51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et ali]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53.

<sup>27</sup>Ley 8.029, de 12 de Abril de 1990: “Art. 16. ES el Poder Ejecutivo autorizado la promover: I - por intermedio de la Telecomunicaciones Brasileñas S.La. (Telebrás), la fusión o la incorporación de las empresas de telecomunicaciones, exceto la Embratel, integrantes del respectivo Sistema, de modo la reducir para ocho empresas de ámbito regional, las actualmente existentes, observado lo que dispone el parágrafo único del art. 14 de esta ley, cuanto al referencial para la delimitación de las regiones;”

y separado legalmente de la operación pública'. Dentro de este nuevo concepto, estarían los servicios de valor agregado (*enhanced services*), que representan lo que hay de más lucrativo y más moderno en el sector.”<sup>28</sup>

En ese ambiente sucedió el choque de las corrientes *pro* y *contra* desestatización del sector de telecomunicaciones parcialmente paralizado en razón del *impeachment* del ex-presidente Collor en finales de 1992. En el segundo semestre de 1992, la FITTEL (Federación Ínter estadual de los Trabajadores en Telecomunicaciones) divulgó folleto conteniendo los argumentos del *Movimiento en Defensa de la TELEBRÁS*.<sup>29</sup> De otro lado estaban las constataciones de analistas del sector, en 1993, que reflejaban la deterioración del Estado, acusándolo de haber perdido su *función modernizadora*<sup>30</sup>. La *radicalización*<sup>31</sup> del debate fue rebatida en la época y los análisis comparativos del atraso brasileño en telecomunicaciones evidenciaban la urgencia de medidas que retrocedieran los índices de densidad telefónica y de digitalización de las redes.<sup>32</sup> Aunque las propuestas estuvieran, en regla, direccionadas a la determinación de la mejor forma de desestatización e introducción de modelos reglamentatorios normativos en la estructura de la Administración Pública federal brasileña, hubo propuestas orientadas a adaptar el modelo monopolista a la antigua autonomía gerencial por intermedio del control por los resultados viabilizados con el instrumento administrativo del *contrato de gestión*.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup>VIANNA, Gaspar. **Privatización de las telecomunicaciones**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 255-256 – grifos nuestros.

<sup>29</sup>El texto del documento, juntamente con respostas a los argumentos de la Fittel, se encuentra en: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 131-155.

<sup>30</sup>Cf.MANCINI, Luciana. *El Estado y las telecomunicaciones*, p. 126. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 124-129.

<sup>31</sup>Alencastro y Silva lamentava, en 1993, que “a semejanza de lo que sucedio cuando se discutió en el país la política del petróleo, liderada por la corriente nacionalista, con su *slogan* ‘El petróleo es nuestro’, el debate sobre el problema de la privatización de las telecomunicaciones vem siendo radicalizado” (ALENCASTRO Y SILVA, José Antônio. *Prefácio*, p. 4. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 4-7).

<sup>32</sup>Brasil ocupava, en el inicio de 1992, el 42º lugar en densidad telefónica, con 6,56 líneas por 100 habitantes, abaixo de la média mundial de entonces de 9,77 líneas por 100 habitantes y de la média latino-ameriacana de 7,31 líneas por grupo de 100 habitantes. Cf. SIQUEIRA, Ethevaldo. *Brasil, décimo en la América Latina*, p.26. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 24-29. El autor utilizó como fontes estadísticas la UIT – Unión Internacional de Telecomunicaciones (*Blue Book*), el Anuário *International Telecom Statistics 1992* de la Siemens, un levantamento internacional elaborado por la Revista Nacional de Telecomunicaciones (RNT) y por la *Telepress Lationamericana* de 1993.

<sup>33</sup>Se atacava el control estatal común a la primera metade de la década de 1990 evidenciada en la “tutela primaria de la restricción de medios. Es absurdo que empresas del porte de una Telesp o de una

En 25 de Septiembre de 1992, fue firmado por el Ministro de los Transportes y Comunicaciones y por el representante del Banco Mundial para la América Latina y Caribe el *Memorando de entendimiento relativo a la reestructuración del sector de telecomunicaciones*, que incluía sub capítulo específico destinado a resumir el compromiso del gobierno brasileño en la privatización del Sistema Telebrás.<sup>34</sup>

A par de estos acontecimientos, el sector de telefonía móvil estaba en plena pauta del día patrocinada por movimientos del Ejecutivo para su paulatina transferencia a la iniciativa privada. El espacio abierto por el Decreto 96.618, de 31/08/1988, que reglamentaba los Servicios Público-Restrictos, evidenciaba el interés gubernamental de dar tratamiento diferenciado al Servicio Móvil Celular, remitiéndolo a la prestación privatizada. En Marzo de 1989, edítales de licitación para escoger los abastecedores de terminales del servicio móvil celular de la sub faja “A” fueron publicados para São Paulo, Río de Janeiro y Brasilia. La licitación de São Paulo fue anulada por iniciativa de la TELEBRÁS, que alegó que las propuestas presentadas tenían precios excesivos además de la imposibilidad de prestación del servicio de telefonía móvil en la frecuencia de 800MHz, que, en la época, estaba alocada para el control de tráfico aéreo. En los casos de Río de Janeiro y Brasilia, recursos administrativos de las empresas derrotadas en las licitaciones perjudicaron el inicio de las operaciones celulares para 1990 y 1991. La *Nec*, vencedora de la licitación en el Río de Janeiro, vendió su primer teléfono celular portátil en Brasil en Diciembre de 1990. La Portaria 117, de 07/12/1990, del entonces Ministerio de la Infra-Estructura, publicó minuta de la *Norma Específica de Telecomunicaciones – NET*, finalmente aprobada por la Portaria 31, de 25/02/1991, orientada a disciplinar la forma de *permiso* de la prestación del Servicio Móvil Celular por la iniciativa privada en la segunda rodada de licitaciones dirigidas para las ciudades de São Paulo, región de Campinas, Belo Horizonte, Salvador, Recife y Fortaleza, indicando la actuación de estas permitidas en sub faja de frecuencia<sup>35</sup> no-coincidente<sup>36</sup> a la de prestadora de

---

Telepar tengan que ser sometidas la reglas hasta para la admisión de ingenieeros, cabistas, técnicos o telefonistas” (SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 174).

<sup>34</sup>Texto integral del *Memorandum of understanding relating to the restructuring of the brazilian telecommunications sector* en: VIANNA, Gaspar. **Privatización de las telecomunicaciones**. 3<sup>a</sup>ed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 271-274.

<sup>35</sup>La definición de las Subfajas “La” y “B” venia definido en la Norma 004/88 (*Reglamento del Servicio de Radiocomunicación Móvil Terrestre Restricto Celular/Servicio Móvil Celular*) aprobada por la Portaria n°6, de 16/01/1989, del Ministerio de las Comunicaciones.

*Servicio Público de Telecomunicaciones*. Este esfuerzo privatizador, mientras tanto, fue obstruido por acciones judiciales apoyadas en la prohibición constitucional de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones por empresas que no fueran de mayoría accionaria estatal.<sup>37</sup> Solamente en Enero de 1993, fue definido el vencedor (*Nec*) de la competencia para el abastecimiento de equipos de servicio móvil celular para la TELESP. En razón de recursos administrativos, la operación sería atrasada para algunos meses más tarde. Eso no impidió la expansión del servicio móvil celular por el interior de São Paulo y por otras regiones del país. En 1994, el servicio móvil celular cubría varias regiones.<sup>38</sup>

Ya en mitad de 1990, con el intuito de dinamizar la prestación de servicios de telecomunicaciones, que encontraban obstáculos de inversiones privadas a partir del texto constitucional<sup>39</sup>, el equipo dirigido por el entonces Ministro de las Comunicaciones<sup>40</sup>, propuso la prestación de los servicios de telecomunicaciones no más centrada en la figura del *Estado-prestador*, mas remitida al potencial de inversiones privadas, que deberían ser *canalizados* por padrones de *calidad* y *universalización* de las telecomunicaciones, cuya demanda reprimida aparecía bien caracterizada en los antiguos *planes de expansión*. Los deseos de la privatización del conocido *Sistema Telebrás* encontraron obstáculos de naturaleza jurídica, cuyas limitaciones pretendieron extirpar mediante dispositivos normativos introducidos en

---

<sup>36</sup>Norma Específica de Telecomunicaciones (NET), vehiculada por la Portaria nº 31, de 25/02/1991: “Edichal de Habilitación para la Explotación del Servicio Móvil Celular (...) 3.6 Datos del edichal. 3.6.1 Datos obligatorios. El Edichal debe conter, entre otros, los datos la seguir indicados: b) la faja de frecuencias para utilización en la respectiva área, que será, entre las dos disponibles en la faja de 800MHz, aquella no destinada a la empresa prestadora de Servicio Público de Telecomunicaciones;”

<sup>37</sup>“En la práctica, hasta el inicio de 1993, sólo los servicios celulares de faja La estaban siendo implantados. Y todas las tentativas para explotación de la faja B (...) haviam sido impedidas judicialmente por iniciativa de grupos de interés político-sindicales, con base en el inciso XI del artículo 21 de la Constitución de la 1988” (REGO, Luiz Carlos Moraes. *Las licciones de la liberalización*, p.51. In: SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993, p. 48-53). “Medidas judiciales anularam la desreglamentación de los servicios de telefonía celular” (PADILHA, Marcos Lopes. **Análisis sectorial: telefonía fija en perspectiva**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001, p. 23).

<sup>38</sup>Cf.PADILHA, Marcos Lopes. **Análisis sectorial: telefonía móvil**. Vol.I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 2000, p. 9.

<sup>39</sup>“Consultados por las grandes corporaciones internacionales, los abogados que, en Brasil, a ellas prestan asesoría jurídica especializada, han sido unanimes [en 1993], en ses pareceres técnicos, en desaconsejar cualquier inversión substancial en las telecomunicaciones brasileñas, hasta que, verdaderamente, haya una cambio en la Constitución Federal y en aquellas dos leyes [Ley del Programa de Privatización y de Política de Explotación de las telecomunicaciones públicas]” (VIANNA, Gaspar. **Privatización de las telecomunicaciones**. 3ªed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993, p. 261).

<sup>40</sup>Cf.PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. **Sergio Motta: los bastidores de la política y de las telecomunicaciones en el gobierno FHC**. São Paulo: Generación editorial, 1999, p. 323-408.

el orden jurídico brasileño<sup>41</sup>, se siguiendo el folleto internacional para dinamización sectorial<sup>42</sup>. Armada de esta nueva perspectiva de prestación de servicios públicos, la base aliada del Ejecutivo en el Congreso Nacional dio prosequimiento a las transformaciones normativas referentes a los servicios de telecomunicaciones, iniciadas por la retirada del óbice constitucional a la flexibilización de los servicios de telecomunicaciones, que venían calificados por la Constitución Federal de 1988 como servicios *públicos*, habiendo adquirido nueva facción con la Enmeda Constitucional n.º 8, de 15 de Agosto de 1995.

#### **Redacción dada por la Enmeda Constitucional n.º 8, de 15/08/95**

Art.21. Compete a la Unión:

XI – explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso, los servicios de telecomunicaciones, en los términos de la ley, que dispondrá sobre la organización de los servicios, la creación de un órgano regulador y otros aspectos institucionales;

---

<sup>41</sup>Dentro de las inovaciones normativas más relevantes, están: la Ley 8.977, de 06/01/1995, que disciplinó el servicio de TV la Cabo y su otorga; la Enmeda Constitucional n.º 8, de 15/08/1995, que posibilitó la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante autorización o permiso y retiró la exigencia de que solamente fueran transheridos a las empresas sobre control acionario estatal; el Reglamento de Otorga de Concesión o Permiso para Explotación de Servicios de Telecomunicaciones en Base Comercial minutado por la Portaria 223, de 1º/09/1995 y aprobado por el Decreto 1.719, de 28/11/1995; la Ley 8.987/95, que deu nuevo tratamiento a los institutos de la concesión y permiso de servicios públicos conforme art.175 de la Constitución Federal de 1988; la Ley 9.074/95, que estableció normas para otorga y prorrogaciones de las concesiones y permisos, posibilitando también la transferencia de la prestación de servicios públicos mediante privatización (las dos últimas expresamente alejadas por la Ley 9.472/97, mas que servem para revelar la dirección del esfuerzo histórico del Ejecutivo); la Ley 9.295/96, conocida como Ley Mínima, que basicamente vino solucionar, a título provisório, la abertura de la telefonía móvil celular al capital privado; la Ley 9.472/97 (Ley General de Telecomunicaciones), que revocó la casi totalidad del antiguo Código Brasileño de Telecomunicaciones (Ley 4.117/62), excepcionando las disposiciones relativas a la radiodifusión y las referentes a la materia penal. A todo esto, se suma un conjunto gigantesco de Portarias del Ministerio de las Comunicaciones y Resoluciones posteriores de la Agência Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL), que disciplinam la prestación de los servicios de telecomunicaciones en específico, existindo la propuesta de que tal reglamentación sea substituída por disposiciones que tratem del *medio de transmisión* en detrimento del *tipo de servicio prestado*.

<sup>42</sup>El texto significativo la respecto es intitulado *The Blue Book* y es resultado de un esfuerzo conjunto del *Telecommunication Debelopment Bureau (BDT)* integrante de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) en colaboración con la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL) integrante de la Organización de los Estados Americanos (OEA). El *livro azul* busca sintetizar recomendaciones oriundas de encontros internacionales para potencializar el desarrollo del sector de telecomunicaciones. El trecho la seguir transcrito es significativo cuando aplicado al sistema introduzido en Brasil: “*The telecommunication legislation should also set forth the basic policies and requirements that will apply to the services, facilities and operators within its scope. Typically, these provisions might include: public or social obligations that the dominant operator in the public telecommunication network generally has to meet, such las the duty to offer service on la non-discriminatory basis, to provide universal service, to make emergency and disaster relief services available, or to meet predlined cality or reliability requirements*” (ITU & CITEL. **Telecommunications for the Americas: the Blue Book**. Genebra, 2000, p. 9).

XII – explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso:

a) los servicios de radiodifusión sonora, y de sonidos e imágenes;

Buscaron la adaptación de la legislación a las demandas de *globalización* del sistema de telecomunicaciones, de cierta forma impuestas por políticas de préstamos internacionales<sup>43</sup>, y orientadas al cambio del papel del Estado en la economía, mediante el concepto del *Estado Regulador* en disminución del *Estado Prestador*. Se evidenció la transformación de la política estatal, abandonando la idea de reglamentación operativa centralizada en nombre de una reglamentación operativo descentralizada. Este cambio de perspectiva de la función estatal fue acompañado del fortalecimiento de la *reglamentación normativa* reflejada en la creación de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones – ANATEL.

Las modificaciones normativas descritas arriba, acompañadas de las desestatizaciones, permitieron un salto expresivo de las inversiones privadas en el sector con la convergencia del interés internacional<sup>44</sup> para la demanda reprimida brasileña de servicios de telecomunicaciones.

Después de la abertura hecha por la Enmeda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, el Poder Ejecutivo federal intentó reglamentar directamente por Decreto lo que llamó de *explotación de servicios de telecomunicaciones en base comercial*. El Decreto 1.719, de 28/11/1995, aprobó el *Reglamento de Otorgamiento de Concesión o Permiso para Explotación de Servicios de Telecomunicaciones en Base Comercial*.

---

<sup>43</sup>Esclarecedora la posición exarada por el Banco Mundial en la *Americas Telecom 2000*, realizada entre 10 y 15 de Abril de 2000, en el Rio de Janeiro, cuando su representante, Carlos Braga, fue cuestionado por el Gobierno de Porto Rico sobre la ausencia de líneas de crédito para empresas estatales prestadoras de servicios de telecomunicaciones. La respuesta transmitió decisión del Banco Mundial en solamente fomentar el desarrollo de empresas privadas de telecomunicaciones en mercados libres, pues partió del presupuesto de que la concentración del servicio de telecomunicaciones en las manos del Estado no satisfaría las exigencias de tecnología y dinamización en un mundo globalizado.

<sup>44</sup>Tal convergencia del interés internacional se quedó evidente en la fuerte presencia de las multinacionales en la privatización del Sistema Telebrás y de los adicionales pagados. Para la telefonía fija, la Tele Centro-Sul obtuvo adicional de 6,15%, vendida por R\$2,07billones para Telecom Itália y Opportunity encunto la Telesp sufrió adicional de 64,29%, vendida por R\$5,783billones para Telefónica, RBS Iberdrola, Portugal Telecom y BBV. En el campo de la telefonía celular, la Tele Leste Celular obtuvo adicional de 242,40% con precio de R\$428millones, la Tele Sudeste Celular, de 138,59%, vendida por R\$1,36billón, la Tele Centro-Oeste Celular, un adicional de 91,36%, vendida por R\$440millones, la Telesp Celular, un de 226,18%, vendida por R\$3,588billones, la Tele Nordeste Celular, de 193,33%, vendida por R\$660millones, la Telemig Celular, de 228,69%, vendida por R\$756millones y la Tele Celular Sul, con 204,34%, vendida por R\$700millones. (Fuente: Gazeta Mercantil de 30/07/1998: Encarte especial de 'El leilão de la Telebrás', p. 1).

Con base en él, el Ministro de las Comunicaciones aprobó la Portaria n° 327<sup>45</sup>, de 19/12/1995, que sometía a la *consulta pública previa* a las *características técnicas básicas* exigidas para la *autorización de medios de prestación de servicios de telecomunicaciones vía satélite geostacionario*. También fundada en el Decreto 1.719/95, la Portaria n° 48, del Secretario de Servicios de Comunicaciones del Ministerio de las Comunicaciones, sometía a la consulta pública previa la propuesta de acto normativo sobre *criterios y procedimientos contables para la prestación de Servicio Móvil Celular*. El Decreto 1.719/95 pretendía reglamentar la transferencia de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones para particulares conforme autorizado por la EC8/95, mas fue acusado de inconstitucionalidad, ya que la Ley General de Concesiones (Ley 8.987/95) y la Ley 9.074/95, no se aplicaban al sector de telecomunicaciones<sup>46</sup>. Como el Art. 21, XI de la Constitución Federal de 1988 exigía la disciplina por ley del régimen de autorización, concesión o permiso inseridos por la EC8/95, el Supremo Tribunal Federal suspendió de forma liminar la vigencia del Decreto 1.719/95, en 27 de Noviembre de 1996 (ADIn 1.435/DF)<sup>47</sup>, sobre la alegación de que se faltó el respeto a la reserva legal impuesta por el texto constitucional.

El juicio del Supremo Tribunal Federal sucedió cuando ya en vigor la llamada Ley Mínima (Ley 9.295, de 19/07/1996), que sirvió como disciplina legislativa inicial de los servicios de telecomunicaciones tenidos por más urgentes y de alta atracción económica: sub. Faja “B” del servicio móvil celular; servicios vía satélite; servicios de *trunking*; servicios de *paging*; y, reglamentación de la utilización de la red pública de telecomunicaciones para prestación de servicios de valor

---

<sup>45</sup>Portaria 327, de 19/12/1995, publicada en el DOU de 21/12/1995, p. 21801/21802.

<sup>46</sup>La Medida Provisional n° 890, de 13/02/1995, definía, en su art. 1º, cales *actividades económicas* estarían sujetas a los regímenes de concesión y permiso previstos en la Ley 8.987, también de 13 de Febrero de 1995, generando, con eso, la interdependencia entre los dos instrumentos normativos. El inciso III del art. 1º de la MP n° 890/95 previa expresamente la aplicación de los dispositivos de la Ley 8.987/95 a las telecomunicaciones. Antes de la promulgación de la EC8/95, dicha medida provisional fue analizada por el Congreso Nacional, que considero inconstitucional la inclusión de las telecomunicaciones en el rolo común de servicios públicos plausibles de concesión o permiso de la Ley 8.987/95. Como ya estaba en discusión la EC8/95, una negociación entre Ejecutivo y Legislativo resultó en el compromiso de veto del inciso III del art. 1º de la Ley 9.074, de 07/07/1995, que resultó de la conversión de la última reedición de la MP 890, numerada como MP 1.017, de 08/06/1995. De esta forma, las dos leyes – Ley 8.987/95 y Ley 9.074/95 – se volvieron inaplicables a los servicios de telecomunicaciones.

<sup>47</sup>Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 1.435-8/DF, relatada por el Min. Francisco Resek y requerida por el Partido Democrático Trabalhista (PDT). Sesión plenária, de 27 de Noviembre de 1996, por mayoría, vencidos los Ministros Francisco Resek (relactor), Maurício Corrêa y Néri de la Silveira, decidiu por la declaración de suspensión liminar de vigencia del Decreto 1.719/95. Ementário de Jurisprudencia del STF n° 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999.

adicionado. Cuando de la aprobación del Decreto 1.719/95, no había sido editada la Ley Mínima, que suplía, en parte, la exigencia de disciplina legal del Art. 21, XI de la Constitución Federal de 1988. Se indagó, en el juicio, en la pérdida de objeto de la acción directa de inconstitucionalidad movida contra el Decreto 1.179/95, se alegando su revocación por la Ley 9.295/96, mas prevaleció al final la decisión de suspensión de liminar de vigencia del Decreto cuestionado. Pocos días después la decisión del Supremo Tribunal Federal, el Decreto 1.719/95 fue revocada.<sup>48</sup>

En los dos meses finales de 1996, ya sobre el manto de la Ley 9.295/96, fue reglamentado el Servicio Móvil Celular por el Decreto 2.056, de 04/11/1996, y alteradas las reglas de privatización del servicio celular por la Medida Provisional n° 1.531. El territorio brasileño fue dividido, por el Gobierno, en 10 áreas de concesión para las operadoras de la Banda “B”, cuya licitación sucedió en 4 de Junio de 1997, mas que solamente fue finalizado, en razón de discusiones jurídicas y dificultades de se encontrar interesados para ciertas regiones, en 19 de Octubre de 1998, cuando el consorcio formado por la Tele Centro Oeste de la Banda A de telefonía móvil celular y la Inepar remataron la concesión del área 8 de la Banda B de telefonía móvil celular.

Para el proceso de desestatización, la Unión federal ya contaba con el funcionamiento del *órgano regulador* previsto por la EC8/95 para el sector. Esto posibilitó la previa estructuración estratégica del Estado para el enfrentamiento de las nuevas condiciones de reglamentación normativa centralizada, que fueron impuestas en el modelo de prestación de servicios públicos y privados de telecomunicaciones por intermedio de particulares.

La Agencia Nacional de Telecomunicaciones – ANATEL fue creada por la *Ley General de Telecomunicaciones – LGT* (Ley 9.472, de 16 de Julio de 1997) como *autoridad independiente* (Art.9°), asumiendo la forma jurídica de entidad integrante de la Administración Indirecta de la Unión, especie de autarquía, sobre supervisión del Ministerio de las Comunicaciones, y con características de ausencia de subordinación jerárquica, mandato fijo de sus dirigentes y autonomía financiera (Art.8°, §2°). En Octubre del mismo año, el Presidente de la República aprobó, por medio del Decreto 2.338, de 7 de Octubre de 1997, el *Reglamento de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones*, que viabilizó la instalación efectiva de la ANATEL, cuyo inicio de funcionamiento esperó hasta Noviembre del mismo año por las

---

<sup>48</sup>Decreto 2.087, de 4 de Diciembre de 1996. Publicado en el DOU de 05/12/1996, p. 25.847.

nominaciones y el completamiento de 4 de los 5 cargos del Concejo Director.<sup>49</sup> Solamente en Enero de 1999, el último cargo vago fue completado.<sup>50</sup>

Le tocó a la ANATEL, por expresa disposición legal (Art.97 de la LGT), se manifestar previamente a la *división, fusión, transformación, incorporación, reducción del capital o transferencia de control por acciones* de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. A la par de esto, también fue establecido por la Ley General de Telecomunicaciones<sup>51</sup> la competencia de la ANATEL para *aprobar edictales de licitación, homologar adjudicaciones y decidir sobre la prorrogación, transferencia, intervención y extinción* de los derechos orientados a la prestación de servicios de telecomunicaciones en el régimen público. Los dispositivos citados exigieron la presencia de la ANATEL, mediante su necesaria manifestación sobre la transferencia del control societario de las empresas federales de telecomunicaciones, que se dio por los Actos 672 la 683 de la ANATEL, de 3 de Agosto de 1998.

### ***División constitucional de titularidad de actividades en general***

La discusión jurídica surgida cuando de la alteración del Art.21, XI y XII de la Constitución Federal de 1988 por la Enmeda Constitucional n.8/95 se centralizo sobre el *régimen jurídico* de prestación de los servicios de telecomunicaciones. Tales servicios estarían sometidos, por entero, al régimen público? Estarían sometidos, por entero, al régimen privado? O, estarían sometidos a un doble régimen público y privado?

---

<sup>49</sup>El primero Presidente del Concejo Diretor de la ANATEL (Renacto Navarro Guerreiro), con mandato inicial de 3 años, fue nombrado por el Decreto sin número de 4 de Noviembre de 1997, publicado en el DOU de 5/11/1997, emposado en el día de la publicación por el Ministro de las Comunicaciones, Sérgio Motta. Seguindo la orden del art.25 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97) de no-coincidencia de mandatos, los otros 3 consejeros nombrados en esta fecha tiveram mandatos de duraciones distintas: Luiz Francisco Tenório Perrone (mandato de 4 años); José Leite Pereira Filho (mandato de 5 años); Antônio Carlos Valente de la Silva (mandato de 7 años), todos también nombrados por Decretos del mismo día 4/11/1997 y emposados en el día 05/11/1997.

<sup>50</sup>El Decreto sin número de 7 de Enero de 1999 nombró el último consejero (Luiz Tito Cerasoli), fijando para 04/11/2003 el término del mandato correspondiente. El término de pose fue firmado por el Ministro de las Comunicaciones João Pimenta de la Veiga Filho, en 10 de Enero de 1999.

<sup>51</sup>Art. 22, V de la Ley General de Telecomunicaciones, reproducido en el art. 35, VI del Reglamento de la ANATEL aprobado por el Decreto 2.338, de 07/10/1997.

Para comprensión de estas indagaciones, dos conceptos deben ser esclarecidos: régimen jurídico; y titularidad constitucional de las actividades económicas en sentido amplio.

*Régimen* es el sistema de una disciplina jurídica. Así, es el conjunto de reglas jurídicas integradas para consecución de una finalidad común. Cuando esta finalidad es de *interés público* en medio a una *relación vertical*<sup>52</sup> caracterizada por la manifestación de *poder extraverso*<sup>53</sup> estatal, se llama dicho sistema de *régimen público*.

Uno de los elementos fundamentales para determinación del régimen a ser aplicado a una relación jurídica cualquier es la naturaleza de la actividad en juego. Si la actividad es considerada *exclusiva* del Estado, o mismo *privativa* del Estado, automáticamente, el régimen jurídico aplicable será el público, en mayor o menor extensión conforme el caso. Si la actividad es considerada un *servicio social*, el régimen variará conforme la persona prestadora. Finalmente, si la actividad es caracterizada como *actividad económica*, el régimen a ella aplicable será el privado.

Aunque la distinción arriba presentada sea relativamente clara, la definición de la naturaleza de las actividades no lo es. El índice más seguro para se establecer la distinción viene del texto constitucional. Es de él que se extrae la titularidad de las actividades en general.

Hay actividades que son atribuidas al Estado de forma *exclusiva*, tales como las actividades de trato soberano (jurisdicción, poder de policía, tributación, dentro de otros). Son titularizadas por el Estado y son impasibles de transferencia para los particulares.

Próximas a las actividades *exclusivas* están las actividades *privativas* del Estado. Ellas son titularizadas por el Estado mas la propia constitución permite la transferencia de su prestación al particular. Como solamente la prestación de dichas actividades puede ser transferida a los particulares por intermedio de contratos

---

<sup>52</sup>Se dice de la relación en que el Estado detiene una posición privilegiada, generando efectos de subordinación. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de derecho público**. São Paulo: Malheiros Edichores, 1992, p.68.

<sup>53</sup>Poder extroverso es la posibilidad de imposición de deberes al otro sujeto de la relación jurídica sin su concordancia. Decorre del poder público, de la prevalencia del interés público y de la posibilidad del uso de la fuerza física y su exclusividad por el Estado. Se trata de la manifestación del poder político así entendido cuando un centro de imputación normativa interfiere unilateralmente en la esfera jurídica de otro. Poder extroverso es, por tanto, la posibilidad de obligar unilateralmente la terceros. Se opone, por tanto, al llamado *poder interno*, que es el poder propio de las relaciones privadas consubstanciado en la posibilidad del sujeto de derechos restringir su propia esfera jurídica.

administrativos de concesión o de permiso (Art.175 de la CF/88), el Estado continúa responsable subsidiariamente por su prestación.

Dentro de las actividades *privativas*, está la parcela de los *servicios de telecomunicaciones* comprendidos como *esenciales* a la sociedad. También se encuadran en esta categoría algunos servicios pertinentes a los sectores de energía eléctrica, minas, transportes, entre otros.

Hay una categoría especial de servicios, que son titularizados integralmente tanto por el Estado como por los particulares, como los servicios de salud y de educación. Cuando prestados por el Estado directamente, o por intermedio de terceros, se someten al régimen público. Si, mientras tanto, son prestados por cuenta y riesgo de los particulares, se someten al régimen privado.

Finalmente, el campo de las *actividades económicas* es residual. Se encuadran en esta categoría todas las actividades no expresamente definidas como actividades *exclusivas, privativas o sociales* por la Constitución Federal de 1988.

El concepto de servicio público surge entonces como un elemento aglutinador de las actividades titularizadas por el Estado, y, por consecuencia, tenidas como *esenciales* a la sociedad.

Tradicionalmente, los servicios de telecomunicaciones, en Brasil, fueron considerados *servicios públicos* y, por tanto, sometidos, por regla, a régimen especial administrativo (régimen público). Con la modificación implementada por la Enmenda Constitucional n.8, de 1995, el tratamiento de los servicios de telecomunicaciones exprimió claramente una rajadura entre el sector en actividades sometidas al régimen público y actividades sometidas al régimen privado, pues la enmenda constitucional introdujo la competencia de la Unión para *autorización* del servicio de telecomunicación. Al lado, por tanto, de los contratos administrativos de concesión y de permiso de servicios públicos de telecomunicaciones, surgió la posibilidad de mera liberación de enredos administrativos al ejercicio de la actividad económica de telecomunicaciones. Es en esta novedad constitucional que se apoya todo el sistema brasileño actual de reglamentación de telecomunicaciones.

Especificadas las características constitucionales básicas útiles a la calificación de los servicios de telecomunicaciones, a seguir serán tratados temas constitucionales de interés del sector.

# TÓPICOS CONSTITUCIONALES PERTINENTES A LAS TELECOMUNICACIONES

La disciplina jurídica de las telecomunicaciones presenta varias fases, muchas de ellas enunciadas directamente en el texto constitucional. A seguir, serán tratadas algunas de estas materias constitucionales pertinentes a las telecomunicaciones.

## ***Sigilo de comunicaciones***

El derecho al *sigilo* se sitúa dentro de los *derechos fundamentales*. Como elementos centrales para comprensión del sigilo, están los conceptos de *vida privada e intimidad*.

La *vida privada* es definida en oposición a la *vida pública*; a la vida de conocimiento del público; a la vida impasible de encubrimiento; a la vida compuesta de acontecimientos de naturaleza no reservada y, por tanto, dentro del alcance de la colectividad. La *vida privada* todavía tiene relación con la *vida social*, mas se presenta como *vida social de acceso restringido* al grupo social que de ella hacen parte (familia, en el espacio de la residencia; colegas de trabajo, en el espacio de trabajo; alumnos, en el espacio de aprendizaje). El derecho a la vida privada protege a la persona de la exposición de informaciones compartidas por un grupo social en que este inserida. El grupo social correspondiente tendrá acceso a tales informaciones como resultado de la inevitable convivencia, mas no tendrá el derecho de divulgarlas para fuera de aquella esfera privada de conocimiento. El *derecho a la intimidad*, por su vez, es un espacio todavía más estrecho dentro de la vida privada: es “el derecho que permite se sustraer la personalidad de alguien, de manera física o psíquica, de la exposición en relación a la esfera de la vida pública y a la esfera de la vida privada, comprendidas estas como siendo la vida social de conocimiento notorio de todos y la vida social de acceso restringido a un determinado grupo, respectivamente”<sup>54</sup>. El concepto de intimidad garantiza, por tanto, una esfera de participación de personas en

---

<sup>54</sup>VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo bancário: obtenção de informações por la administración tributária federal**. Monografía de Final de Curso de Especialización en Derecho Tributário de la AEUDF. Brasília, 2003, p. 51.

las cuales el titular del derecho deposita *confianza* en conversaciones íntimas. Es en esta esfera que se producen las cuestiones más sensibles sobre el sigilo (correspondencia, comunicación reservada, datos reservados). Aunque la doctrina alemana haga todavía una subdivisión de la intimidad en esfera del *secreto*, tal distinción no fue pleiteada por la Constitución Federal de 1988, que engloba el *secreto a la vida privada* en la intimidad. Así, como categorías autónomas de derechos, constan de la Constitución Federal de 1988 la *vida privada* y la *intimidad* (Art.5º,X)<sup>55</sup>.

Entendidas vida privada e intimidad como derechos fundamentales, violaciones autorizadas por el ordenamiento jurídico en nombre de otros bienes constitucionalmente protegidos tendrán apenas la extensión necesaria de fines legítimos de instrucción criminal o protección de otros derechos fundamentales. Así, la divulgación de los hechos oriundos de la violación tendrán por destinatarios solamente los legítimos interesados, como, por ejemplo, el juez, el promotor de la causa, los miembros de la respectiva Comisión Parlamentar de Inquérito o la Receta Federal.

El sigilo es inserido en esta temática de vida privada e intimidad como una *segunda blindaje*, que dispensa la verificación directa del escape de informaciones propiamente, de contenido privado o íntimo. La protección contenida en el Art.5º, XII de la Constitución Federal de 1988 se refiere a la propia conducta de violación de correspondencias, de comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, sean estas atentadoras o no a la vida privada o a la intimidad. Evidentemente, los casos que escapan de la dupla protección de los derechos a la vida privada y al sigilo, por su rareza, serán despreciados en este análisis.

**Art. 5º** Todos son iguales delante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, se garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes:

**XII** - es inviolable el sigilo de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones

---

<sup>55</sup>“Art.5º (...). X - son inviolables la intimidade, la vida privada, la honra y la imagem de las personas, asegurado el derecho la indenización por el daño material o moral resultante de su violación;”

telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establecer para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal;

La previsión de la inviolabilidad del sigilo de comunicaciones telefónicas “salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establecer” generó intensa discusión en el medio jurídico después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988. Todos los casos de interceptación telefónica llevados a los tribunales antes de la reglamentación de este Art. 5º, XII fueron invalidados como prueba criminal<sup>56</sup>. Solamente en Julio de 1996, la Ley 9.296 reglamentó la parte final del inciso XII del Art. 5º de la Constitución Federal, posibilitando la *interceptación telefónica*, por orden judicial, seguidos ciertos requisitos<sup>57</sup>. Las demás protecciones contenidas en el Art.5º, XII – referentes al sigilo de correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, y de datos – no tuvieron el tratamiento rígido destinado a las comunicaciones telefónicas. Tales garantías pudieron y pueden ser suspendidas desde que estén presentes razones de interés público (seguridad pública, interés de la administración fiscal). A la par de estas constataciones, todavía se implementó en la jurisprudencia la distinción entre *interceptación telefónica* y *escucha telefónica* o *grabación clandestina*. La escucha telefónica autorizada por un de los interlocutores no constituye violación del sigilo de comunicaciones telefónicas, desde que haya razón justificable amparada en la legítima defensa<sup>58</sup>. Finalmente, cuanto a la extensión del significado del sigilo de las *comunicaciones telefónicas* constante del texto constitucional, se entiende que ellas abarcan todo *flujo* de informaciones caracterizado por la *instantaneidad* y *ausencia de vestigios*. Así, alcanzan todos los sistemas de tráfico de informaciones por vía de telecomunicaciones – telefónica, informática o telemática. Por eso, el acceso a informaciones de llamadas telefónicas contenidas en registros electrónicos almacenados en prestadoras de servicios de telecomunicaciones no dice respecto al

---

<sup>56</sup>Supremo Tribunal Federal, HC69912-0/RS, Tribunal Pleno, j.30/06/1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>57</sup>Dentro de los requisitos necesarios para justificar la interceptación telefónica o mismo la interceptación de flujo de comunicaciones en sistemas de informática o telemática, están: presencia de indicios razonables de autoría o participación en infracción penal de los investigados; inexistencia de otro medio de prueba cabível; que el facto investigado constitua infracción penal punível con pena de reclusión; determinación de la interceptación por decisión judicial mediante requisición de autoridad policial o del representante del Ministerio Público.

<sup>58</sup>Supremo Tribunal Federal, HC74.678/SP, 1ª Turma, j.10/06/1997.

*sigilo de comunicaciones telefónicas*, mas al *sigilo de datos* del cliente. El principio constitucional de *reserva de jurisdicción* se aplica expresamente solamente a las comunicaciones telefónicas y semejantes flujos de informática y telemática. Solamente el juez puede determinar su violación. Ya, los datos almacenados dicen respecto al sigilo de datos, que no sufre tal reserva. Una Comisión Parlamentar de Inquérito, por ejemplo, puede adentrar justificadamente el sigilo fiscal, bancario o de datos telefónicos de un investigado. No puede, mientras tanto, decretar la suspensión del sigilo de comunicaciones telefónicas por tratarse de prerrogativa del Poder Judicial. La materia del sigilo todavía es polémica, existiendo quien diga que la referencia del Art.5º, XII al sigilo *de datos* seria destinada a proteger en absoluto la *comunicación* de datos.<sup>59</sup> Este posicionamiento parece estar destinado a ser superado en virtud de los avances tecnológicos, que imponen la interpretación del Art.5º, XII, en el mínimo se facultando a la suspensión, por decisión judicial, de la comunicación telefónica digitalizada en protocolos de Internet.<sup>60</sup>

### ***Inmunidad sectorial***

Otro tema de interés para el sector de telecomunicaciones y de foro constitucional fue objeto de la discusión sobre la inmunidad tributaria del sector prevista en el Art.155, §3º, de la Constitución Federal. Las modificaciones sufridas por ese párrafo colocan en evidencia la dimensión de los intereses en juego. La redacción original del §3º del Art.155 previa la no incidencia de otros tributos que no fueran los impuestos de importación, exportación y el ICMS<sup>61</sup> sobre “operaciones relativas a energía eléctrica, combustibles líquidos y gaseosos, lubricantes y minerales”.

En 17 de Marzo de 1993, fue aprobada la Enmenda Constitucional n.3, que, dentro de otras modificaciones, acrecentó al §3º, del Art.155, el término “*servicios de telecomunicaciones*” como beneficiarios de la inmunidad allí prevista.

---

<sup>59</sup>Considerando el sigilo de datos como sigilo de comunicaciones de datos icmune la suspensión por decisión judicial, vide: voto del Min. Nelsonido Jobim (STF, RE 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99, p.23). Considerando el sigilo de datos como plausible de suspensión unicamente por decisión judicial, vide: voto del Min. Marco Aurélio de Mello (STF, Pet577QO/DF, DJ de 23.04.93).

<sup>60</sup>Vide: voto del Min. Néri de la Silveira, ADIMC n.1488/DF.

<sup>61</sup>Se trata de impuesto estatal intitulado impuesto sobre operaciones de relativas a la circulación de mercancías y sobre prestaciones de servicios de transporte interestadual e intermunicipal y de comunicación, todavía que las operaciones y las prestaciones se inicien en el exterior.

En 11 de Diciembre de 2001, nueva Enmenda Constitucional de n. 33 modificó el texto de aquel mismo párrafo para sustituir la prohibición de institución de otros “tributos” por “impuestos”.

Abajo son transcritos los tres momentos descritos:

**CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988 (redacción original)**

**Art.155.** (...)

§ 3º A La excepción de los impuestos de que tratan el inciso I, b, del "capuz" de este artículo y el Art. 153, I y II, ningún otro tributo incidirá sobre operaciones relativas la energía eléctrica, combustibles líquidos y gaseosos, lubricantes y minerales del País.

**ENMENDA CONSTITUCIONAL N.3, de 17/03/1993**

**Art.155.** (...)

§ 3º A La excepción de los impuestos de que tratan el inciso II, del "capuz" de este artículo y el Art. 153, I y II, ningún otro tributo podrá incidir sobre operaciones relativas a energía eléctrica, servicios de telecomunicaciones, derivados de petróleo, combustibles y minerales del País.

**ENMENDA CONSTITUCIONAL N.33, de 11/12/2001**

**Art.155.** (...)

§ 3º A La excepción de los impuestos de que tratan el inciso II del *capuz* de este artículo y el Art. 153, I y II, ningún otro impuesto podrá incidir sobre operaciones relativas a energía eléctrica, servicios de telecomunicaciones, derivados de petróleo, combustibles y minerales del País.

El esfuerzo político de introducción de las telecomunicaciones en el Art.155, §3º se justificó, en término jurídicos, por el alejamiento de la incidencia de *contribuciones* sobre la facturación, planilla de salarios, dentro de otros símbolos económicos de las operadoras del sector. Los argumentos de las operadoras de telecomunicaciones se centralizo en la calificación de las *contribuciones sociales y de intervención en el dominio económico* como tributos, como indica el Art.149 de la CF/88. Por otro lado, los argumento del Gobierno Federal para permanencia de la cobranza del PIS, COFINS, contribuciones del sistema “S”, entre otros, de las operadoras de telecomunicaciones se resumían a tres: **la**)no cabría a las operadoras se alejar del deber de contribuir con contribuciones sociales porque distribuidas solidariamente por toda la sociedad para manutención de la seguridad social; **b**)la prohibición del Art. 155, §3º seria para *operaciones* de minas, energía eléctrica, telecomunicaciones o referentes a combustibles líquidos y gaseosos. No se dirigiría,

por tanto, para otras hipótesis de incidencia, tales como la facturación de la empresa o la planilla de salario de sus empleados; c) la finalidad del Art. 155, §3° de la Constitución Federal de 1988 sería únicamente la de evitar *préstamos compulsorios* sobre actividades que cargasen la cadena productiva del país como evidenció la expresa excepción prevista en el Art. 34, §12 del Acto de las Disposiciones Constitucionales transitorias.<sup>62</sup>

La batalla judicial fue vencida por el Gobierno, que mantuvo la inmunidad de los sectores de telecomunicaciones, energía, minerales y combustibles a penas a las *operaciones*, resguardando las contribuciones sociales destinadas a la manutención de la seguridad social y demás impuestos no incidentes sobre dichas operaciones. La cuestión fue definitivamente ganada cuando la Enmeda Constitucional n.33/2001 alteró el Art.155,§3° de la CF/88 substituyendo la prohibición de “tributos” por la prohibición de nuevos “impuestos” sobre servicios de telecomunicaciones.

### ***Transferencia económica de contribuciones sociales***

El éxito del contrato firmado entre la Agencia Nacional de Telecomunicaciones y las concesionarias de servicios de telecomunicaciones depende de la preservación de una de las únicas cláusulas propiamente contractuales del *contrato de concesión*: el equilibrio económico-financiero. Como índice siempre presente en las discusiones envolviendo este aspecto de la relación jurídica ANATEL-Concesionaria, se tiene la fijación de la *tarifa* del servicio. Esta es el precio máximo fijado por el poder público como contraprestación a los servicios de telecomunicaciones prestados por las empresas concesionarias del sector. Hasta aquí, todo está claro. El problema surge cuando se agregan a esos ítems de complicación.

Las normas legales y contractuales que buscan mantener el equilibrio económico-financiero en razón de alteraciones del contexto de la prestación de servicios de telecomunicaciones acaban introduciendo dichos elementos de complicación. La cláusula 1.2 del Plan Básico del Servicio Local del Modelo de

---

<sup>62</sup>El art.34, §12 del ADCT de la Constitución Federal de 1988 previene la manutención del *préstamo compulsório* incidente sobre el consumo de combustibles en favor de las Centrales Eléctricas Brasileñas S.La. (Electrobrás) como excepción provisional a la prohibición del art.155, §3° de tributación de las operaciones de energía eléctrica además de los impuestos de importación, exportación y del ICMS.

Contrato de Concesión del STFC Local es polémica. Ella dicha, *in verbis*: “Las tarifas presentadas son máximas, líquidas de impuestos y contribuciones sociales”. De aquí se podrían retirar dos hipótesis: la) serían líquidas, pues los gastos de las empresas con los impuestos y contribuciones sobre ellas incidentes no estarían cubiertos por la tarifa, autorizando, así, el incremento de impuestos y contribuciones al valor tarifario; b) serían líquidas, pues el cálculo de las tarifas ya tendría integradas las deducciones debidas a gastos con impuestos y contribuciones incidentes sobre la empresa, y, por tanto, imposibilitando su incremento al valor tarifario.

La cuestión aparentemente compleja aparece más clara a partir de un presupuesto: el de que la fijación del sujeto pasivo de la obligación tributaria – del contribuyente – no puede ser influenciada por cláusulas de índole contractual administrativa. Tales cláusulas no detienen status normativo para alterar al contribuyente de una relación tributaria. Al contrario, es la naturaleza del tributo que define al contribuyente. Si el tributo viene especificado en la legislación con el formato de un tributo dicho *directo*, viene de allí la prohibición de la transferencia del encargo tributario. En ese caso, el contribuyente de derecho – previsto en la norma – será el mismo del contribuyente de hecho – que arca con el pago del tributo. Si, por otro lado, el tributo estuviera formateado como un tributo *indirecto*, eso significa que el ordenamiento jurídico permitió la transferencia del encargo tributario para la persona siguiente de la cadena productiva; este incide sobre una dualidad de sujetos; sobre una operación. Es ese el presupuesto para comprensión de la cuestión de la posibilidad o no de incremento a la tarifa máxima del valor de contribuciones sociales como viene siendo demandado por las concesionarias de servicios de telecomunicaciones en Brasil.

A partir de estas constataciones de índole tributaria, se puede, desde ya concluir que las contribuciones sociales, como tributos directos que son, no permiten su transferencia directa para otros contribuyentes, o sea, no permiten su transferencia para pago efectivo por el usuario del servicio de telecomunicación. Eso no significa, mientras tanto, que aumentos de contribuciones no repercutan en el valor de la tarifa y es exactamente esto que diversas otras cláusulas contractuales y legales previenen.<sup>63</sup>

Así, como los tributos son costos de tarifación, no pueden ser, en regla, sumados como agregados diferenciados de la tarifa, aunque ellos *sirvan* para el

---

<sup>63</sup>En ese sentido: Ley 8.987/95, art.9º, §3º; Ley 9.472/97, art.108, *caput* y §3º; Cláusula 12.3 del Modelo de Contrato de Concesión del STFC Local.

cálculo del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión. Los tributos directos no *componen*, como unidades autónomas, el valor tarifario, mas sirven como índices para su cálculo. Siendo, así, también no pueden ser acrecidos a las tarifas para ser arcados por los usuarios del servicio. Ya los tributos indirectos, porque incidentes sobre la operación de prestación de servicios de telecomunicaciones, son transferidos para el usuario como agregado a la tarifa por el paga.

### ***Fondo Nacional de Telecomunicaciones***

El estudio del destino reservado al Fondo Nacional de Telecomunicaciones, creado en la década de 1960 para expansión y mejoramiento de los servicios de telecomunicaciones brasileños es fundamental para comprensión de la progresiva desestructuración del antiguo Sistema Telebrás.

Este fondo era constituido por sobre tarifas instituidas por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones – CONTEL, creado por el Código Brasileño de Telecomunicaciones (Art.14), limitadas al plazo de 10 años a partir del inicio de su cobranza y al montante de 30% de las tarifas de cualesquiera servicios de telecomunicaciones, incluso tráfico mutuo, tasas terminales y tasas de radiodifusión y radio amateur, haciendo parte del presupuesto de empresa pública federal (Art. 42, §5º, *b*), que debería ser creada por la Unión para el fin de explotar industrialmente los servicios de telecomunicaciones (Art. 42, *capuz*). Esta empresa pública prevista en el Código Brasileño de Telecomunicaciones fue efectivada en 1965 con el nombre de EMBRATEL constante del Reglamento General de aquel Código aprobado por el Decreto 52.026, de 20 de Mayo de 1963.

Todavía en 1963, el Decreto 53.352, de 26 de Diciembre de aquel año, reglamentó el *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*, determinando que las sobre tarifas de telecomunicaciones serían definidas, dentro de los límites legales, por portaría del *Concejo Nacional de Telecomunicaciones – CONTEL*.

A partir de 1966, los usuarios de los servicios de telecomunicaciones pasaron a contribuir para el *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*, proyectando el término de su cobranza para 1º de Mayo de 1976.

En 1972, al lado de la autorización<sup>64</sup> para constitución, por la Ley 5.792/72, de las *Telecomunicaciones Brasileñas S.A. – TELEBRÁS*, sociedad de economía mixta federal orientada a gerenciar la participación por acciones de la Unión en las empresas de telecomunicaciones del país, el Ejecutivo federal también fue autorizado<sup>65</sup> a transferir al patrimonio de aquella persona jurídica las acciones y créditos de todas las empresas federales de servicios públicos de telecomunicaciones y el propio *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*, que quedaría “a la disposición de la TELEBRÁS”<sup>66</sup> para aplicación segundo las directrices emanadas del Ministerio de las Comunicaciones. La misma ley facultó<sup>67</sup> al Ejecutivo federal transformar la *Empresa Brasileña de Telecomunicaciones – EMBRATEL* en sociedad de economía mixta, hecho que se consolidó con el Decreto 70.913, de 2 de Agosto de 1972, seguido, en el mismo día del Decreto 70.914, que instituía la TELEBRÁS también como sociedad de economía mixta.

En el Gobierno Geisel, en 1974<sup>68</sup>, fue creado el *Fondo Nacional de Desarrollo – FND*, instituido por la Ley 6.093/74, teniendo como una de sus fuentes las sobre tarifas de los servicios de telecomunicaciones destinadas al *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*.<sup>69</sup> El *Fondo Nacional de Desarrollo* de entonces prevenía aplicación de los recursos que no fueran repasados a los fondos sectoriales en *infra-estructura*, principalmente de *minas y energía, transportes y comunicaciones*, demostrando que el sector no estaba completamente desasistido<sup>70</sup>, mas la creación de este *fondón* – como quedo conocido en la época – evidenció el sometimiento de las estrategias de inversiones del sector de telecomunicaciones a los reveses políticos. La

---

<sup>64</sup>Art.2º, §3º de la Ley 5.792, de 11 de Julio de 1972. El Decreto 70.914, de 2 de Agosto de 1972 concretizó la creación de la TELEBRÁS.

<sup>65</sup>Art.5º, de la Ley 5.792, de 11 de Julio de 1972.

<sup>66</sup>Art.10, de la Ley 5.792, de 11 de Julio de 1972.

<sup>67</sup>Art.11, de la Ley 5.792, de 11 de Julio de 1972.

<sup>68</sup>En este año, fue implantado el *Segundo Plan Nacional de Desarrollo* en la estera del modelo de *planes y programas nacionales de desarrollo* introducidos por la Constitución Federal de 1967 (art.46, III), que consistiam en el “conjunto de decisiones armónicas destinadas a alcanzar, en el período fijado, determinado estado de desarrollo económico y social” (art.2º, de la Ley Complementar nº3, de 7 de Diciembre de 1967).

<sup>69</sup>Ley 6.093, de 29 de Agosto de 1974: “Art. 2º Integrarán el FND: (...) III – las parcelas del (...)producto de la recaudación de las sobretarifas a que se refiere la línea a del art. 51 de la Ley nº 4.117, de 27 de Agosto de 1962.”

<sup>70</sup>La preocupación con el sector estaba esbosada en la reducción de tributos. El Decreto-ley 1.330, de 31 de Mayo de 1974, tres meses antes de la creación del Fondo Nacional de Desarrollo, reduzió la alícuota del impuesto de renta de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. El Decreto-ley 1.331, de misma fecha, concedió isención del IPI de los produtos empleados en el sistema de telefonía adquiridos por la Telebrás y por empresas autorizadas o concesionarias de servicios de telecomunicaciones.

desvinculación operada entre las *sobre tarifas de telecomunicaciones* y los deberes estatales de mejora y expansión de los servicios de integración nacional de las redes generó la inconstitucionalidad de las cobranzas, que solamente vinieron a sufrir posicionamiento definitivo del STF en 1990. La corrosión de los recursos vinculados a las telecomunicaciones era progresiva en el tiempo, se iniciando en 1975, con 10%, para, en 1979, estabilizarse en 50% de los valores de las sobre tarifas.<sup>71</sup> Para viabilizar la continuidad de las entradas en el nuevo fondo recién creado, fue promulgada la Ley 6.127, de 6 de Noviembre de 1974, que prorrogó, por plazo indeterminado, el límite de diez años fijado en el Art. 51 de la Ley 4.117/62 referente al período máximo de cobranza de las sobre tarifas de telecomunicaciones.

En el Gobierno Figueiredo, fue determinado, por el Decreto-ley 1.754/79, el aumento de los porcentajes de transferencia del *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT* para el *Fondo Nacional de Desarrollo – FND* fijados en 50%, en el año de 1982, y en 100%, en el año de 1983, bien como hubo el endurecimiento de las reglas de movimiento de los fondos nacionales.<sup>72</sup> La previsión de extinción del *Fondo Nacional de Desarrollo – FND* había sido renunciada por el Decreto-ley 1.754/79 para el año de 1983. A partir de entonces, la totalidad de los recursos del *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT* pasaría a componer la ley presupuestaria como “recursos ordinarios del Tesoro Nacional, sin cualquier vinculación a órgano, fondo o gasto”<sup>73</sup>. Sucedió, todavía, que la extinción de este *Fundão*, como era llamado el FND, fue adelantada por el Decreto-ley 1.859/81 para el año de 1982, lo que anticipó la corrosión de los valores totales del *Fondo Nacional de*

---

<sup>71</sup>Ley 6.093, de 29 de Agosto de 1974: “Art.3º De los montantes de cada espécie de los recursos de que trata el ítem III, del artículo 2º, serán automáticamente transferidos para los respectivos Fondos, como subcuentas del FND, consonantes las vinculaciones legales existentes y sin perjuízo de las normas que rigen su administración, los siguientes porcentajes: I – en 1975 – 90% (noventa por ciento); II – en 1976 – 80% (oitenta por ciento); III – en 1977 – 70% (setenta por ciento); IV – en 1978 – 80% (ochenta por ciento); V – la partir de 1979 – 50% (cinquenta por ciento).”

<sup>72</sup>Decreto-ley 1.174, de 31 de Diciembre de 1979: “Art.2º - Del producto de la recaudación a que se refieren los ítems III y V del artículo 2º de la Ley nº 6.093, de 29 de Agosto de 1974, serán transferidos a la cuenta del Fondo Nacional de Desarrollo, a partir de 1981, los siguientes porcentajes: I - en 1981 - 50% (cinquenta por ciento); II - a partir de 1982 - 100% (cien por ciento); Art.4º - Los presupuestos de todos los fondos de cualquier naturaleza serán aprobados antes de iniciado el ejercicio financiero a que se refieren. (...); ★estas limitaciones no se aplican a los ingresos previstos en los arts.7 y 8 del DL 1.437, de 17 de Diciembre de 1975, y también no se aplican a los programas especiales de los DLs 1.106, de 16 de Junio de 1970, y 1.179, de 6 de Julio de 1971★. Art.5º ES prohibido empeñar, transferir o llevar la crédito de cualquier fondo, recursos presupuestários que no le fueran específicamente destinados en ley presupuestária, o en créditos adicionales.”

<sup>73</sup>Decreto-ley 1.174, de 31 de Diciembre de 1979: “Art.7º A partir del ejercicio financiero de 1983, incluso, queda acabado el Fondo Nacional de Desarrollo (FND), y los recursos que lo integran continuarán componiendo la ley presupuestária como recursos ordinários del Tesoro Nacional, sin cualquier vinculación al órgano, fondo o gasto.”

*Telecomunicaciones* prevista apenas para 1983.<sup>74</sup> Así, en 1982, el *Fondo Nacional de Telecomunicaciones* fue extinguido al quedarse vacío, aunque se continuase a cobrar las sobre tarifas de telecomunicaciones, que, a partir de entonces, pasaban a integrar el Tesoro Nacional.

En Diciembre de 1984, la sobre tarifa que recaía hasta entonces en los servicios de telecomunicaciones fue substituida por el *Impuesto sobre Servicios de Comunicaciones – ISSC* con la llegada del Decreto-ley 2.186/84, que revocó expresamente el Art.51 de la Ley 4.117/62 y la Ley 6.127/74. Estos dispositivos revocados, respectivamente, creaban el *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT* y prorrogaban por plazo indeterminado la cobranza de las sobre tarifas de telecomunicaciones. El nuevo tributo incidía sobre los *servicios públicos y servicios público-restrictos* de telecomunicaciones, se excluyendo, por tanto, dentro de otros, los servicios postales, de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes, servicios limitados, servicios de radio amador y servicios especiales. Las dificultades ocasionadas por la ausencia de la fuente financiera tradicional del *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT* pasaron a hombrar con el incremento de aquel impuesto de alícuota de 25% sobre el precio del servicio<sup>75</sup> incidente, en la jerga de derecho tributario, *por dentro*, el que proyectó la alícuota real para más de 30%. Justicia sea hecha que el Decreto creador del ISSC también salvaguardó la obligación del Estado de arcar con los encargos financieros de las deudas de la Telebrás contraídas hasta 1984.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup>Decreto-ley 1.859, de 17 de Febrero de 1981: “Art.1º La partir del ejercicio financiero de 1982, incluso, queda extinto el Fondo Nacional de Desarrollo – FND, creado por la Ley nº 6.093, de 29 de Agosto de 1974, y el produto de la arrecaudación de que trata el Decreto-ley nº 1.754, de 31 de Diciembre de 1979, en su artículo 2º e item II, pasara a componer las leyes presupuestarias y constituirá recursos ordinarios del Tesoro Nacional, sin cualquier vinculación la órgano, programa, fondo o gasto.”

<sup>75</sup>Decreto nº 2.186, de 20 de Diciembre de 1984: “Art. 1º El impuesto sobre servicios de comunicaciones tiene con facto generador la prestación de servicios de telecomunicaciones destinados al uso del público (art. 6º, letras “la” y “b”, de la Ley nº 4.117, de 27 de Agosto de 1962); Art. 2º La alícuota del impuesto es de veinte y cinco por ciento; Art. 3º Contribuyente del impuesto es el prestador del servicio; Art. 4º La base de cálculo del impuesto es el precio del servicio. §1º El precio del servicio será representado por la cantia total paga por el usuario al prestador del servicio. §2º El montante del impuesto integra la base de cálculo la que se refiere este artículo.”

<sup>76</sup>Decreto nº 2.186, de 20 de Diciembre de 1984: “Art. 9º El Poder Ejecutivo hará consignar, en las Propuestas de Presupuesto de la Unión relativas a los ejercicios de 1986 la 1989, dotación anual equivalente al valor de los encargos financieros de los empréstitos, internos y externos, contraídos hasta 31 de Diciembre de 1984 por la Telecomunicaciones Brasileñas S/La (TELEBRÁS) y sus controladas, para inversiones destinados a la expansión y mejora de los servicios de telecomunicaciones.”

El Sistema Telebrás, a mitad de la década de 1980, ya no tenía más ninguna parcela de los recursos antes destinados al *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*.

Básicamente, eran tres las posiciones jurisprudenciales ventiladas en el juicio de las *sobre tarifas sobre cualquier servicio de telecomunicación*, principales fuentes mantenedoras del *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*: la) inconstitucionalidad de cobranza de las sobre tarifas citadas desde su creación por la Ley 4.117/62; b) constitucionalidad plena; c) inconstitucionalidad a partir de la vigencia de la Ley 6.093/74 hasta la llegada del Decreto-ley 2.186/84, creador del impuesto sobre servicios de comunicaciones.

Toda la polémica fue reforzada por la sucesión de dispositivos normativos que alteraron la destinación de los recursos del *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*, culminando con la creación del impuesto sobre servicios de comunicaciones, en 1984.

El análisis de constitucionalidad de las sobre tarifas recayó en la determinación de su naturaleza jurídica – tributo *versus* tarifa. Si fueron considerados incrementos de tarifas para reinversión en expansión y mejora de los servicios, integrando, por tanto, la propiedad del prestador del servicio tarifado, sería constitucional su creación por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones. Si, por otro lado, fueran consideradas cobranzas compulsorias estatales calificadas como tributos, la ausencia del requisito de definición, por ley, de hecho generador, contribuyente y alícuota, implicaría su inconstitucionalidad. A la par de estos dos argumentos de peso, circulaba el argumento del cambio de destinación de los recursos de las contestadas sobre tarifas de servicios de telecomunicaciones a influenciar su naturaleza jurídica.

Para los defensores de la inconstitucionalidad plena *ab initio* de cobranza de *sobre tarifa sobre cualquier servicio de telecomunicación* de la Ley 4.117/62, del cambio de destinación del producto de la recaudación de las sobre tarifas de telecomunicaciones no tendría alterado su naturaleza, pues significaría un simple fenómeno financiero referente al campo del *gasto público*. Luego, las sobre tarifas, a diferencia de los cambios de legislación, permanecerían las mismas y si su institución careciese de constitucionalidad, el cambio de destinación de los recursos no podría sanearla. La Ley 4.117/62, que previó el *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*, apenas autorizó la cobranza de *sobre tarifas*, remitiendo su creación para acto

del *Concejo Nacional de Telecomunicaciones – CONTEL*, incompetente para creación de tributos. En esa línea de raciocinio, los defensores de la inconstitucionalidad plena de las *sobre tarifas de telecomunicaciones* entendían que ellas se presentaban, aunque con ropaje de *precio público*, como tributos, conforme definición del Código tributario Nacional de 1966. Las tarifas tendrían destinación constitucional expresa orientada a remunerar las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. Como las *sobre tarifas de telecomunicaciones* no estarían configuradas en la legislación para remunerar las concesionarias de servicios públicos (exigencia constitucional de las tarifas), ellas solamente podrían estar inseridas en el campo de los tributos.

La tesis opuesta de la constitucionalidad plena de las sobre tarifas de telecomunicaciones fue esposada con base en otro fundamento teórico. La diferenciación entre tasa y precio público surgiría, para esta corriente, principalmente del carácter compulsorio de su pago por la sociedad. En función de ser considerado un servicio esencial a las funciones estatales y, por tanto, público, el servicio de telecomunicación tradicionalmente tendría sido explotado como monopolio industrial sin la característica básica de las tasas, que importan en imposición unilateral de exacción. Nadie estaría obligado a tener una línea telefónica. Por eso, las contraprestaciones ligadas a los servicios de telecomunicaciones no se podrían encuadrar como tributos, mas como precios públicos. Tal como en la argumentación de los defensores de la inconstitucionalidad plena de las sobre tarifas de telecomunicaciones, se entendía que el cambio de destinación de los recursos de allí resultantes no interferiría en la naturaleza de la cobranza, que continuaría a ser precio público. La *sobre tarifa de telecomunicación* sería *tarifa adicional*. El Art.167 de la Enmeda Constitucional n°1/69 disponía sobre el *régimen de las empresas concesionarias de servicios públicos*, remitiendo a la ley la disciplina de *tarifas que permitiesen la justa remuneración del capital, el mejoramiento y la expansión de los servicios y aseguración del equilibrio económico y financiero del contrato*. Como las *sobre tarifas de telecomunicaciones* estaban destinadas, expresamente, por la Ley 4.117/62<sup>77</sup>, dentro de otras cosas, a la mejora y expansión de los servicios, su

---

<sup>77</sup>Ley 4.117/62: “Art.101. Los criterios para determinación de la tarifa de los servicios de telecomunicaciones, excluidas las referentes a la Radiodifusión, serán fijados por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones de modo la permitir: la) cobertura de las gastos de custo; b) justa remuneración del capital; c) mejoras y expansión de los servicios (Constitución, art. 151, párrafo único). §1°. Las tarifas de los servicios internacionales obedecerán a los mismos principios de este artículo, se

cobranza por determinación del Concejo Nacional de Telecomunicaciones sería constitucional. Siendo el servicio monopolizado, la Unión podría cobrar un *precio social*<sup>78</sup> para su expansión y mejora y, por tanto, arriba del costo del servicio. No se estaría también hiriendo los derechos de los accionistas privados de las empresas estatales del sector de telecomunicaciones, pues los valores para reinversión y, dentro de ellos, también las sobre tarifas, vendrían escriturados en rubrica especial en la contabilidad de las empresas (Art.102 de la Ley 4.117/62).

Finalmente, había la posición intermediaria<sup>79</sup>, según la cual la inconstitucionalidad de cobranza de la *sobre tarifa de las telecomunicaciones* solamente ocurriría después de la entrada en vigor de la Ley 6.093/74, que creó el *Fondo Nacional de Desarrollo – FND*. Según esta línea de pensamiento, la Ley 6.093/74 tendría descaracterizado la naturaleza y destinación de la tarifa, que pasara a ser exigida de forma compulsoria a semejanza de un impuesto. La legalidad de la cobranza de este nuevo tributo solamente tendría sido alcanzada en el ejercicio financiero siguiente al de la vigencia del Decreto-ley 2.186/84, que creó el *Impuesto sobre Servicios de Comunicaciones – ISSC*. Esa interpretación llevaba a la constatación de que solamente parcelas de las *sobre tarifas* cuestionadas eran inconstitucionales, restringiéndose a aquellas que tuvieran sido transferidas del *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT* para el *Fondo Nacional de Desarrollo – FND*.

Cuando el tema fue llevado al Supremo Tribunal Federal (RE117.315-RS, Tribunal Pleno, juzgado en 19.04.1990), los argumentos jurisprudenciales precedentes fueron mejor desmenuzados para reflexionar, básicamente, dos posiciones: la) inconstitucionalidad plena de la sobre tarifa, pues constituiría tributo camuflado ya que el precio público, para existir, demanda una correspondencia entre el servicio prestado y la cobranza, que debe integrar el patrimonio del prestador;

---

observando lo que venga a ser establecido en acuerdos y convenciones a que Brasil este obligado. §2º. Ninguna tarifa entrará en vigor sin previa aprobación por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones.”; “Art.102. La parte de la tarifa que se destinar a mejoras y expansión de los servicios de telecomunicaciones, de que trata el art. 101, letra c, será escriturada en rubrica especial en la contabilidad de la empresa.”

<sup>78</sup>Cf.Voto del Ministro Torreño Braz en la Argüición de Inconstitucionalidad en el REO nº107.525-0/PB del antiguo Tribunal Federal de Recursos transcrito en el RE nº117.315-7/RS del Supremo Tribunal Federal de reporte del Ministro Moreira Alves, juzgado en 19.04.1990, en el Tribunal Pleno. Ementário del Servicio de Jurisprudencia del STF nº1586-3, p. 599.

<sup>79</sup>Cf.Voto del relator, Ministro Pedro Acioli, en la Argüición de Inconstitucionalidad en el REO nº107.525-0/PB del antiguo Tribunal Federal de Recursos transcrito en el RE nº117.315-7/RS del Supremo Tribunal Federal de reporte del Ministro Moreira Alves, juzgado en 19.04.1990, en el Tribunal Pleno. Ementário del Servicio de Jurisprudencia del STF nº1586-3, p. 592.

b) constitucionalidad inicial de la sobre tarifa, como precio público destinado a cubrir la expansión y mejora del servicio de integración de la red nacional de telecomunicaciones como deber estatal fijado en el Plan Nacional de Telecomunicaciones de 1963, mas cuya cobranza se tornara inconstitucional en la medida de los porcentajes repasados al Fondo Nacional de Desarrollo y, después, al Tesoro Nacional, después de la llegada de la Ley 6.093/74, que adulteró la aplicación de los recursos resultantes de las sobre tarifas de telecomunicaciones, las desviando del destino legítimo de mejora de la red nacional integrada, que seria de responsabilidad de la Unión. La segunda posición esposada por el ministro Sepúlveda Pertence sucumbió frente a la posición mayoritaria del restante del plenario, que votó en los moldes definidos por el relator del proceso, ministro Moreira Alves.

Las discutidas *sobre tarifas de telecomunicaciones* previstas en la composición del *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT* estaban dirigidas, originariamente, por la Ley 4.117/62, a la cobertura de mejoras y expansión de los servicios de telecomunicaciones, que vendrían determinados en el *Plan Nacional de Telecomunicaciones* a ser elaborado por el *Concejo Nacional de Telecomunicaciones – CONTEL*. Esta constatación era reforzada por la previsión constitucional<sup>80</sup> de que los *lucros* de las concesionarias de servicios públicos y, por tanto, el margen de tarifa excedente a los costos de prestación (sobre tarifa), deberían atender a las necesidades de mejoras y expansión de los servicios.

#### **Código Brasileño de Telecomunicaciones**

**(Ley 4.117/62)**

**Art.42.** Es el Poder Ejecutivo autorizado a constituir una entidad autónoma, sobre la forma de empresa pública, de cuyo capital participen exclusivamente personas jurídicas de derecho público interno, bancos y empresas gubernamentales, con el fin de explotar industrialmente servicios de telecomunicaciones puestos, en los términos de la presente ley, sobre el régimen de explotación directa de la Unión.

§5° Los recursos de la nueva entidad serán constituidos:

---

<sup>80</sup>Constitución Federal de 1946: “Art.151. La ley dispondrá sobre el régimen de las empresas concesionarias de servicios públicos federales, estatales y municipales. Parágrafo único. Será determinada la fiscalización y la revisión de las tarifas de los servicios explotados por concesión, a fin de que los lucros de los concesionarios, no excedendo la justa remuneración del capital, les permitan atender las necesidades de mejoras y expansión de esos servicios (...)”

b) de los recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones creado en el Art. 51 de esta ley, cuya aplicación obedecerá al Plan Nacional de Telecomunicaciones elaborado por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones y aprobado por decreto del Presidente de la República;

**Art.51.** ES creado el Fondo Nacional de Telecomunicaciones constituido de los recursos abajo relacionados, los cuales serán recaudados por el plazo de 10 (diez) años ... (vetado) ... para ser aplicados en la forma prescrita en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, elaborado por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones y aprobado por decreto del Presidente de la República:

la) producto de recaudación de sobre tarifas creadas por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones sobre cualquier servicio de telecomunicación, ... (vetado) ..., incluso tráfico mutuo, tasas terminales y tasas de radiodifusión y radio amateur, no pudiendo, entonces, la sobre tarifa, ir a más de 30% (treinta por ciento) de la tarifa;

**Art.101.** Los criterios para determinación de la tarifa de los servicios de telecomunicaciones, excluidas las referentes a la Radiodifusión, serán fijadas por el Concejo Nacional de Telecomunicaciones de modo a permitir:

- a) cobertura de los gastos de costeo;
- b) justa remuneración del capital;
- c) mejoras y expansión de los servicios (Constitución, Art. 151, párrafo único).

**Art.102.** La parte de la tarifa que se destinar a mejoras y expansión de los servicios de telecomunicaciones, de que trata el Art. 101, letra c, será escriturada en rubrica especial en la contabilidad de la empresa.

El Decreto 53.352, de 26 de Diciembre de 1963, que reglamentó el *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*, determinó la recaudación conjunta de las sobre tarifas por los establecimientos recaudadores de los servicios de telecomunicaciones (Art.4º, §1º), bien como la obligatoriedad de recogimiento de las *sobre tarifas*, conforme indicado en la Ley 4.117/62 (Art.51, a línea “a”), por las concesionarias, autorizatorias y permisionarias de servicios de telecomunicaciones. Las sobre tarifas deberían ser recogidas directamente del usuario del servicio de telecomunicaciones en el Banco de Brasil a crédito del Fondo Nacional de Telecomunicaciones dentro de 20 días de la expedición de la cuenta (Art.4º, §3º). Este

Fondo sería aplicado por la EMBRATEL, y después 1972, por la TELEBRÁS, de la forma prescrita en el Plan Nacional de Telecomunicaciones (Art.8º, párrafo único).

Se ve que las *sobre tarifas de telecomunicaciones* eran dirigidas al *Fondo Nacional de Telecomunicaciones – FNT*, cuya administración, pautada en las determinaciones del Ministerio de las Comunicaciones, estaba a cargo primeramente de la EMBRATEL, seguida de la TELEBRÁS, que aunque tenía un dominio casi absoluto de las telecomunicaciones brasileñas, convivía con otras prestadoras menores privadas.

A partir del momento que los servicios de telecomunicaciones se presentan como típicos *servicios públicos facultativos*, su prestación espeja una contraprestación de precio público. La relación que de allí surge es una *relación de bilateralidad* entre el servicio prestado y la contraprestación que lo remunera. A esa bilateralidad se agrega el aspecto *contractual* de los precios públicos, que los distingue de los tributos, estas típicas cobranzas compulsorias estatales.

La posición predominante del plenario del Supremo Tribunal Federal firmó el entendimiento de que cuando las sobre tarifas de telecomunicaciones, a pesar de inicialmente travestidas de acrecimientos a las contraprestaciones por los servicios de telecomunicaciones para los fines de su expansión y mejora, no se pudieran caracterizar como *propiedad* de la concesionaria para reaplicación en los servicios, perderían su característica de precio público, transmutándose en impuesto, que solamente podría tener sido creado por ley definidora de los elementos esenciales a su cobranza para garantía del contribuyente.

Se agregan a estos argumentos las disposiciones constitucionales de 1946<sup>81</sup>, 1967<sup>82</sup> y 1969<sup>83</sup> pertinentes a las *tarifas* de telecomunicaciones, que determinaban su fijación en el montante necesario para cubrir los gastos con mejoras y expansión de los servicios. Luego, tales objetivos ya estarían suplidos con el montante de las tarifas, no cabiendo acrecimientos de tarifas a los servicios de telecomunicaciones para los fines de reinversión en el sector. Las tarifas ya

---

<sup>81</sup>CF/46: “Art.151. (...) Parágrafo único. Será determinada la fiscalización y la revisión de las tarifas de los servicios explotados por concesión, a fin de que los lucros de los concesionarios, no excediendo la justa remuneración del capital, les permitan atender la necesidades de mejoras y expansión de esos servicios”.

<sup>82</sup>CF/67: “Art.160 (...): II – tarifas que permitan la justa remuneración del capital, la mejora y la expansión de los servicios y aseguren el equilibrio económico y financiero del contrato”.

<sup>83</sup>CF/69: “Art.167 (...): II – tarifas que permitan la justa remuneración del capital, la mejora y la expansión de los servicios y aseguren el equilibrio económico y financiero del contrato;”

corresponderían a las necesidades del prestador del servicio para su mejora y expansión.

La conformación jurídica de las *sobre tarifas de telecomunicaciones* se aproximaba tanto de un impuesto, que, en 1966, el Decreto 59.698, de 8 de Diciembre de 1966, acrecentó los parágrafos 7º y 10 al Art.4º del Decreto 53.352/63. En el parágrafo 10, determinó que los servicios prestados al gobierno o a representaciones diplomáticas y otras entidades gubernamentales, serían *exentos* de cualesquier tasas o *sobre tarifas*. La exención es instituto propio de tributos.

Fueron principalmente estas razones, en conjunto, que hicieron con que la cobranza de las tradicionales *sobre tarifas de telecomunicaciones* fuese declaradas inconstitucionales por el STF. Caso ellas hubiesen sido incorporadas al patrimonio de las prestadoras de los respectivos servicios de telecomunicaciones tarifados (verdaderos destinatarios de los precios públicos cobrados), mismo que vinculadas al fin de reaplicación en la mejora y expansión de los servicios, no padecerían de la inconstitucionalidad que recorrió toda su existencia.

### ***Isonomía tributaria***

El Art. 150, VI, *la* de la Constitución Federal de 1988<sup>84</sup> dispone sobre lo que se convencionó llamar, en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, de *inmunidad recíproca*. Consiste en la prohibición impuesta a los entes federados (Unión, Estados Miembros, Distrito Federal y Municipios) de instituir impuestos sobre patrimonio, renta o servicios unos de los otros. Tal inmunidad alcanza también las respectivas descentralizaciones de estos entes: las *autarquías* y las *fundaciones públicas instituidas y mantenidas por el poder público*.<sup>85</sup> Una fundación pública municipal no sufre cobranza, por parte de la Unión, del impuesto de renta. En sentido opuesto, una fundación pública federal no sufre incidencia de impuesto sobre propiedad territorial urbana sobre sus inmuebles.

---

<sup>84</sup>“Art. 150. Sin perjuízo de otras garantías aseguradas al contribuyente, es prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios: (...) VI - instituir impuestos sobre: *la*) patrimonio, renta o servicios, unos de los otros;” (Constitución Federal de 1988).

<sup>85</sup>“Art.150 (...). § 2º - La vedación del inciso VI, "la", es extensiva a las autarquías y a las fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público, en lo que se refiere al patrimonio, a la renta y a los servicios, vinculados a sus finalidades esenciales o a las de ellas decorrientes.

Antes de la desestatización del Sistema Telebrás, se discutía la extensión de este beneficio de la *inmunidad recíproca* para las empresas estatales prestadoras de servicios de telecomunicaciones. El argumento utilizado por los defensores de esta posición era de que había una condición especial de las empresas estatales prestadoras de servicios públicos: su delegación por ley al contrario de lo sucedido en el modelo de contratos administrativos que rigen hoy la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones por empresas privadas.

El Supremo Tribunal Federal brasileño se pronunció sobre el tema en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.1.089-1/DF relatada por el Min. Francisco Resek, juzgada en 04/08/1994. Allá se quedó definido que empresas estatales no se beneficiarían de la inmunidad recíproca.

La desestatización del Sistema Telebrás alejó todavía más las pretensiones de las empresas del sector de se beneficiar de la inmunidad recíproca.

El principio de la isonomía tributaria, mientras tanto, no exige que las empresas prestadoras de servicios públicos tengan el mismo tratamiento de las prestadoras de servicios privados. Como en telecomunicaciones conviven los dos sistemas – público y privado –, surge la cuestión de se saber si otros beneficios de naturaleza tributaria fuera de la inmunidad recíproca pueden incidir sobre el sector.

La cuestión que existe es si hay prohibición para creación de exenciones tributarias (en nivel infraconstitucional) dirigidas únicamente a las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. El obstáculo presentado por el modelo de telecomunicaciones está en la política pública adoptada en mediados de la década de 1990, de promoción de la competencia en el sector. Pero exactamente la preservación de la igualdad de condiciones entre las prestadoras de servicios públicos y privados de telecomunicaciones justifica el tratamiento tributario diferenciado. Las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones ocupan un espacio diferenciado en el sector. Son destinatarias de deberes de universalización, y, por tanto, soportan un costo no extensible a las empresas prestadoras de servicios privados. Este costo hoy viene compensado por la ganancia de escala de las concesionarias, dentro de otros factores de sello económico, bien como de la previsión de financiamiento estatal, por intermedio del Fondo de Universalización de los Servicios de Telecomunicaciones – FUST, de los deberes de universalización del servicio no soportados expresamente en los contratos de concesión del sector. Ciertamente, el medio más caro para financiamiento de la universalización. La opción

abierta por el sistema tributario para implementación de la universalización de forma menos cara para la cadena productiva y para la propia carga tributaria está en la posibilidad de sustitución de la nueva carga tributaria (contribución para el FUST) por exenciones de las cargas tributarias ya incidentes sobre las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. El camino abierto no fue el escogido por la política pública en andamiento.

## **REGLAMENTACIÓN DE TELECOMUNICACIONES EN BRASIL**

### ***Telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones***

Para la comprensión del significado de *servicios de telecomunicaciones*, se tiene que partir de la evolución de la disciplina normativa sobre el tema. El primer diploma legal codificador de las *telecomunicaciones* en Brasil (Código Brasileño de Telecomunicaciones – Ley 4.117/62) disponía de los *servicios de telecomunicaciones* en sentido amplio como *transmisión, emisión o recepción* de cualquier tipo de significado por proceso electromagnético, dividiendo entre la transmisión de *escritos*, por medio de un código de señales (telegrafía) y la transmisión de la *palabra hablada o de sonidos* (telefonía).

#### **Ley 4.117/62, de 27/08/1962**

##### **Código Brasileño de Telecomunicaciones**

Art.4º Para los efectos de esta ley, constituyen servicios de telecomunicaciones la transmisión, emisión o recepción de símbolos, caracteres, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por alambre, radio, electricidad, medios ópticos o cualquier otro proceso electromagnético. Telegrafía es el proceso de telecomunicación destinado a la transmisión de escritos, por el uso de un código de señales. Telefonía es el proceso de telecomunicación destinado a la transmisión de la palabra hablada o de sonidos.

En la reglamentación de la Ley 4.117/62, el Decreto 52.026/63 remitía indistintamente a los conceptos de *telecomunicaciones* y *servicios de telecomunicaciones*, igualando los términos y aplicando la definición de *servicios de telecomunicaciones* dada por el Código al concepto de *telecomunicación* como toda *transmisión, emisión o recepción* de significado por medio electromagnético.

**Decreto 52.026, de 20/05/1963**

**Reglamento General del Código Brasileño de Telecomunicaciones**

Art.4º. Los servicios de telecomunicaciones, para los efectos de este Reglamento General, de los Reglamentos Específicos y de los Especiales, comprendiendo la transmisión, emisión o recepción de símbolos, caracteres, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por alambre, radio, electricidad, medios ópticos o cualquier otro proceso electromagnético, así se clasifican: (...)

Art. 6º Para los efectos de este Reglamento, los términos que figuran a seguir tienen los significados definidos después cada un de ellos:

56 - TELECOMUNICACIÓN - es toda transmisión, emisión o recepción de símbolos, caracteres, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por alambre, radio, electricidad, medios ópticos o cualquier otro proceso electromagnético.

La imprecisión conceptual, que igualaba *servicios de telecomunicaciones* y *telecomunicaciones*, fue alejada con la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97). Esta firmó el entendimiento de que la disciplina normativa debería estar centrada en los *servicios de telecomunicaciones* como el “*conjunto de actividades que posibilita la oferta de telecomunicación*”<sup>86</sup>, evidenciando la distinción entre los *servicios* y la *telecomunicación* en sí. El *servicio de telecomunicaciones* es, por tanto, algo más amplio; es la actividad suficiente para el funcionamiento de las telecomunicaciones. Tiene carácter funcional de conjunto orientado a finalidades. Así, se modela en el complejo de actividades orientadas a la función de realización de las telecomunicaciones; orientadas a la *transmisión, emisión y recepción* de significados por vía electromagnética.

**Ley 9.472, de 16 de Julio de 1997**  
**(Ley General de Telecomunicaciones)**

---

<sup>86</sup>Art.60, *caput* de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97).

Art.60. Servicio de telecomunicaciones es el conjunto de actividades que posibilita la oferta de telecomunicación.

§1° Telecomunicación es la transmisión, emisión o recepción, por alambre, radioelectricidad, medios ópticos o cualquier otro proceso electromagnético, de símbolos, caracteres, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza.

Entendido el servicio de telecomunicaciones como el conjunto de actividades orientado a la realización de las *telecomunicaciones*, la perfecta comprensión de estas últimas surge como su requisito conceptual. En fin, en que consiste la *telecomunicación*?

La definición doctrinaria clásica es de qué telecomunicación es “comunicación a la distancia, realizada por proceso electromagnético”<sup>87</sup>. Aunque aparentemente esclarecedora, ella acaba por simplificar mucho la cuestión. No se sabe que distancia es esa. Además de eso, peor del que no se saber que distancia es esta, no existe este elemento conceptual en la legislación. La *distancia* es creación doctrinaria resultante de la etimología de telecomunicación. Se podría argumentar que esta *distancia* sería capaz de ser medida como aquella necesaria a configurar la comunicación, se contraponiendo por tanto al auto-esclarecimiento del interlocutor, mas los casos prácticos de personas que se comunican de dos oficinas comerciales vecinas, cuyo espacio entre ellos es de pocos metros, evidencia que el término *distancia* no participa de la esencia de la telecomunicación moderna, aunque sea relativo a su historia. En los tiempos actuales, la introducción del concepto de *distancia* encubre los verdaderos términos aclarativos de la telecomunicación: transmisión de significados y electromagnetismo. La práctica y evolución de la telecomunicación dio vacío al significado de la distancia relativo a su etimología. Tanto la distancia hoy es irrelevante, sobre el punto de vista jurídico, donde hay posibilidad de telecomunicación en los límites de una misma edificación.<sup>88</sup>

El Art. 6º, del Decreto 52.026/63, ya transcrito, calificaba la telecomunicación como *transmisión* de símbolos realizada por *proceso electromagnético*. Estos elementos conceptuales de las telecomunicaciones fueron

---

<sup>87</sup>ESCOBAR, J. C. Mariense. **El nuevo derecho de telecomunicaciones**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 21.

<sup>88</sup>Confirmando esta posición, se ejemplifica dispositivo de la Ley General de Telecomunicaciones: “Art.75. Independará de concesión, permiso o autorización la actividad de telecomunicaciones restricta a los limites de una misma edificación o propiedad móvil o inmóvil, conforme disponga la Agência.”.

reproducidos en el Art. 60, §1º de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97). Para que se identifique la telecomunicación, hay necesidad, por tanto, de la presencia de dos elementos conceptuales: transmisión y electromagnetismo.

## ***Elementos conceptuales de la telecomunicación***

### **Transmisión**

De los dispositivos legales enunciados y del contexto normativo de las telecomunicaciones, se puede extraer la necesidad de una *actividad* central denominada *transmisión*. Diplomas legales e infralegales siempre sintetizaron su significado como “emisión o recepción de símbolos, caracteres, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza”<sup>89</sup>. Ella traduce todo el fenómeno de transporte de *convenciones culturales* con o sin almacenaje intermediario, incluyendo allí la emisión y la recepción. Este transporte es viabilizado por la noción de la actividad comunicativa, que, por su vez, es esclarecida por distinciones sociales de espacio y tiempo. Se utilizando el término *señal* en sentido amplio para abarcar toda convención de *símbolos, caracteres, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones*, se puede entender por *señal transportado* todo “fenómeno físico en que una o más de sus características varían para representar información”<sup>90</sup>.

A partir de la concepción de transmisión como transporte de convenciones, entendidas como variación de características aptas a traducir informaciones, como también a partir de la constatación de que toda transferencia de señales adecuados a representar informaciones implican comunicación, la transmisión de que se habla en el ambiente de telecomunicaciones es, naturalmente, una transmisión comunicativa, que, en el mínimo, comunica la falta de viabilidad de la conexión. El silencio también hace parte de la transmisión pues tiene sentido

---

<sup>89</sup>Art. 4º de la Ley 4.117/62; art. 4º y art.6º, ítem 56 del Decreto 52.026/63; art. 60, §1º de la Ley 9.472/97.

<sup>90</sup>PABLO, Marcos M. Fernando. **Derecho general de las telecomunicaciones**. Madri: COLEX, 1998, p. 38. Traducción libre del original: “fenómeno físico en el que una o más de sus características varían para representar información”.

significativo y esencial a la comunicación, pudiendo, así, ser regulado. De la misma forma, la transmisión de convenciones para si propia también está en el campo de las telecomunicaciones, al verse posibilitada por los elementos de espacio y tiempo.

## **Electromagnetismo y transmisión electromagnética**

La transmisión, por si sola, no es suficiente para caracterizar la telecomunicación. Para eso, la transmisión tiene que ser calificada por el *proceso electromagnético*. Así, el electromagnetismo es una forma de transmisión apta a presentarla como telecomunicación. Esto se manifiesta a partir de la variación de un campo eléctrico y de un campo magnético para producción de propagaciones intermitentes en el espacio conocidas como *ondas electromagnéticas*. Al contrario de las *ondas mecánicas*, producidas por perturbación en medios materiales, tales como ondas en líquidos, vibración de tambores de cajas de sonido o mismo la voz humana, las ondas electromagnéticas se presentan como propagaciones, que independen de medio material, lo que les posibilita ser transmitidas hasta mismo en el vacío.

La amplitud del concepto jurídico de telecomunicación viene del significado de electromagnetismo, mientras tanto no significa simplemente electromagnetismo ligado a la transmisión de convenciones. Delimitar de forma precisa todo el universo de alcance de la reglamentación de telecomunicaciones exige la presencia de un conjunto de factores.

A seguir, se utilizan casos prácticos para auxiliar la precisión del concepto de telecomunicación.

El sonido reproducido por el aire, agua u otro medio físico, aunque pueda ser originado por proceso electromagnético y genere transmisión de convenciones, es conducido por perturbación realizada por la frecuencia de vibraciones electromagnéticas en medios físicos, produciendo, por tanto, ondas mecánicas. Hasta el momento de transformación de las ondas electromagnéticas en ondas mecánicas, desde que presentes otros factores abajo enunciados, se está delante de telecomunicaciones. A partir del momento en que hay conversión de las señales electromagnéticas en efectos sonoros, no se trata más de telecomunicación, aunque el concepto de comunicación a distancia pueda estar presente.

De la misma forma, las señales visuales de los responsables por el taxi aéreo en un aeropuerto no significan transmisión de convenciones por vía electromagnética, ya que el proceso en si de creación de significado es meramente mecánico. Los mismos gestos del responsable por el taxi aéreo, cuando realizados con banderas y conos luminosos, también no se traducen en telecomunicación, porque la finalidad de la luz, en este caso, aunque ella en si sea frecuencia electromagnética, no es la de ser el medio significativo de transmisión de la información. No se interpretará, en el caso, la luz en sus diversas intensidades, pero el fenómeno mecánico de movimiento de las banderas y conos luminosos. En este caso, a la semejanza de placas de tránsito iluminadas, no se interpreta la luz, a pesar de, a que a veces, su color es significativo. Se interpreta el que la luz permite visualizar: el contenido de la placa de tránsito o de los movimientos del responsable por el taxi aéreo. La luz sirve apenas para visualización de la placa no importando su intensidad. La variación de la luz no modifica el contenido de la placa de tránsito, en tanto que, en la telecomunicación, la *modulación de la señal portadora* es esencial para la definición del contenido del mensaje. En las placas de tránsito de luminosidad intermitente, la intermitencia tiene la función de llamar la atención del chofer, mas ella, en si, no pretende reproducir la complejidad del contenido de la placa, que puede ser el más diversificado posible. Así, la modulación de la señal portadora debe ser *significativa* en dos sentidos: cargar significado propio; y que este significado sea el más próximo posible del contenido total del mensaje.

Hay, mientras tanto, otros casos que no se contentan con esta explicación. Letreros luminosos, que transmiten propaganda de forma semejante a una programación de televisión, tienen modulación de la señal portadora significativa, pues la variación de los puntos de luz modifica el contenido del mensaje. No es suficiente, por tanto, la característica de *modulación de la señal portadora significativa*. Urge la identificación de otro elemento diferenciador: la *codificación y decodificación de la transmisión*. A pesar de estar siempre *decodificando* las señales externas del mundo, se puede entender la codificación y decodificación esencial a las telecomunicaciones como el tipo especial de desciframiento apto a la inteligibilidad de los mensajes. Si así fuera, el mecanismo de generación de las señales y su transmisión para la placa de efectos luminosos es un fenómeno de telecomunicación, pero no su percepción por los espectadores, que no utilizan mecanismos decodificadores para tanto.

Es bien verdad que la práctica social y la complejidad de los fenómenos acaba por minar una distinción absoluta de telecomunicación, que, como toda definición jurídica, tiene cierto grado de imprecisión compatible con la movilidad del objeto controlado. Otro ejemplo de aplicación del concepto de electromagnetismo en la transmisión de convenciones que no se caracteriza como telecomunicación, hoy, mas que puede venir a ser calificado como telecomunicación más tarde, es el código Morse pasado a distancia por proyectores. En este caso, hay codificación y decodificación acompañados de modulación significativa de la señal portadora, aunque binaria.<sup>91</sup> La única oposición aquí posible para su caracterización como telecomunicación es la ausencia del concepto de *red* como conjunto operativo continuo de circuitos y equipos de transmisión. Por eso mismo, se puede imaginar telecomunicación por proyectores y receptores de código Morse en red, aunque sea de hecho improbable. Nada improbable, mientras tanto, es la transmisión de informaciones operada por las fuentes luminosas según las características de las telecomunicaciones. Felizmente, la necesidad de transmisión en alta velocidad, el avance de la tecnología y la elevación de los costos de instalación de los cabos de fibras ópticas convivieron viables las redes que utilizan emisores y receptores entre rascacielos mediante la tecnología de FSO (*free-space optics*)<sup>92</sup>, evidenciando que el sentido de telecomunicación exige la presencia de los hechos para su precisión conceptual.

Luego, hay elementos esenciales que caracterizan la transmisión electromagnética, volviéndola apta a los fines de clasificación jurídica de las telecomunicaciones: modulación significativa de la señal portadora; codificación y decodificación; conjunto operativo continuo de circuitos de emisión y recepción.

### **Concepto de servicio de telecomunicación**

---

<sup>91</sup>La intensidad de la señal importa, aunque importe solamente dos intensidades: el si, o el no y la duración de la señal también interesa (aunque limitada a dos duraciones: corto y largo). La existencia, o el vacío de existencia en la transmisión son ambos significativos para la composición del código.

<sup>92</sup>Cf. WILLEBRAND, Heinz La. & GHUMAN, Baksheesh S. *Fiber optics without fiber: beaming light through the air offers the speed of optics without the expense of fiber*. In: **IEEE Spectrum**. Vol. 38, n. 8, New York: The Institute of Electrical and Electronics Engineers, Agosto de 2001, p. 40-45. El artículo compara el sistema FSO de comunicación en alta velocidad con las tradicionales tecnologías de fibras ópticas, que demandan cinco veces más inversiones de instalación y anuncian mayores facilidades de funcionamiento por no exigir aprobación municipal de uso del suelo.

A partir de la definición de *telecomunicación*, se puede necesitar el concepto de *servicio de telecomunicación* como el conjunto de actividades pertinente a la *transmisión* de información por *proceso electromagnético*, que es aquel que se utiliza del campo electromagnético para generación de señales de comunicación, caracterizado por los conceptos de modulación significativa de la señal portadora, codificación y decodificación, y de un conjunto operativo continuo de circuitos de emisión y recepción. Siempre que tales elementos conceptuales están presentes, habrá servicio de telecomunicación, excepto los servicios expresamente excluidos por ley.

### ***Servicios de Valor Adicionado (SVA): exclusiones legales expresas de los servicios de telecomunicaciones***

La primera cuestión jurídica que surge se refiere a la posibilidad del dispositivo infraconstitucional disminuir la extensión de competencia inscrita en la constitución y dirigida a la Unión (Art. 21, XI). Al remeter a la competencia de la Unión la explotación de los *servicios de telecomunicaciones, en los términos de la ley*, la Constitución Federal de 1988 estableció la pauta directiva de la evolución del ordenamiento de telecomunicaciones. La reserva legal abierta por el texto constitucional, aunque calificada por indicativos poco precisos, tales como la exigencia de disciplina sobre la *organización de los servicios, creación del órgano regulador y otros aspectos institucionales*, no permite la manipulación del concepto de servicio de telecomunicación por disposición legal. El límite de pertinencia lógica de los servicios disciplinados por ley de reglamentación del Art. 21, XI de la CF/88 deben hombrar con la adecuación de la calificación de los servicios como de telecomunicaciones o de valor adicionado. Por eso, una de las cuestiones más espinosas de la reglamentación de telecomunicaciones está centrada en la delimitación de la frontera entre los servicios de telecomunicaciones y los servicios que apenas les adicionan valor o utilizan sus redes.

La Ley General de Telecomunicaciones – LGT (Ley 9.472/97), en su Art. 61, *capuz*, firmó posición al respecto y definió cuales servicios se distinguen de los servicios de telecomunicaciones a pesar de se aproximar mucho de ellos. La LGT

consideró como *Servicio de Valor Adicionado – SVA* toda actividad que acrecienta nuevas utilidades a un servicio de telecomunicaciones que le da soporte y con el cual no se confunde. Estas *utilidades* deben estar relacionadas al *acceso, almacenamiento, presentación, movimiento o recuperación de informaciones*. Apartados de los servicios de telecomunicaciones, los servicios de valor adicionado se someten apenas a los controles necesarios para la garantía de integridad de las vías de telecomunicación y servicios correspondientes, pues sus proveedores se clasifican como *usuarios* (Art. 61, §1º de la LGT) con los derechos y deberes relativos a esta condición.

Estos usuarios de servicio de telecomunicaciones son *especiales*. En general, tienen potencial elevado de utilización de capacidad operativo de las redes, generando mayores cuidados y garantías tanto para disciplina de su acceso cuanto para disciplina de sus límites.<sup>93</sup> La propia LGT, en el Art. 61, §2º, garante el acceso de los proveedores de servicios de valor adicionado a las *redes de servicios de telecomunicaciones*. A pesar de no estar expresado, estas redes de disponibilidad obligatoria solamente podrán ser calificadas como de *interés colectivo*. Por eso, la reglamentación de servicios de valor adicionado se concentra en el *Servicio Telefónico Fijo Conmutado – STFC*, en el *Servicio Móvil Celular – SMC*, en el *Servicio Móvil Personal – SMP* y en los servicios de comunicación de masa, tales como TV a Cabo, MMDS, DTH y TVA. *Proveedores de SVA y operadoras de servicio de telecomunicaciones* contratan la utilización, en general, de códigos de acceso específicos y el abastecimiento del registro de las llamadas destinadas a los proveedores.

Mismo antes de la *Ley General de Telecomunicaciones – LGT*, la Norma n° 004/95, aprobada por la Portaria n° 148/95<sup>94</sup>, del Ministerio de las Comunicaciones, disponía sobre el *Uso de Medios de la Red Pública de Telecomunicaciones para Acceso a Internet*, principalmente localizada en la relación entre las *entidades Explotadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones – EESPTs* y los *Proveedores de Servicio de Conexión a Internet – PSCIs*. Mantenido la disciplina

---

<sup>93</sup>Un proveedor de internet puede tener millares de usuarios conectados simultáneamente e ininterrumpidamente. Esa circunstancia exige planeación estratégica y previa de la operadora de telefonía que contratar su capacidad de transmisión con el proveedor. De la misma forma, los servicios de 0800 y 0900, principalmente cuando ligados a promociones televisadas o transmitidas por estaciones de radio, generan oscilaciones rápidas y de magnitud en el número de llamadas de la región que ocupan, influyendo decisivamente en el índice de completamiento de llamadas de la operadora contratada.

<sup>94</sup>Portaria n°148, de 31/05/1995. Publicada en el DOU de 01/06/1995, p. 7875-7876.

normativa específica para los servicios de conexión a Internet, la Norma n° 004/97, aprobada por la Portaria n° 251/97, del Ministerio de las Comunicaciones, previó el *Uso de la Red Pública de Telecomunicaciones para Prestación de Servicios de Valor Adicionado*. Esta norma se dirigía a los servicios de valor adicionado en general provistos por intermedio de la red pública (hoy restringida a parcela del servicio telefónico fijo conmutado) excluidos ciertos servicios de valor adicionado sometidos a tratamiento específico: uso de la red pública para acceso a Internet (Norma 004/95); servicios de utilidad pública, caracterizados como aquellos servicios prestados por órganos de la Unión, Estados-Miembros y Municipios o por entidades sin fines lucrativos orientadas a servicios de *emergencia* (defensa civil, cuerpo de bomberos, policía etc.) y *apoyo al ciudadano* (ingreso federal, asistencia al anciano, asistencia a al infante, abastecimiento alimentar etc.); y, servicios prestados a través de recursos intrínsecos a la red pública de telecomunicaciones, que complementan el servicio básico prestado por las entonces llamadas *Entidades Explotadoras del Servicio Telefónico Público*. La misma Norma 004/97 (ítem 6.1) disciplina los derechos básicos del suscriptor de servicio público de telecomunicación frente a los servicios de valor adicionado en general: libre acceso a los servicios de los proveedores; y el derecho de bloqueo o desbloqueo de estos servicios sin costo.

### **Otros servicios relacionados a los de telecomunicaciones**

A la par de los *Servicios de Valor Adicionado – SVA*, la práctica de los servicios de telecomunicaciones rebela la proximidad de otros servicios, que demandan estudios particulares para su nivelación con los de telecomunicación o su diferenciación. Fue lo ocurrido con los servicios de *provisión de capacidad de satélite y habilitación o registro de usuario y de equipo para acceso a servicios de telecomunicaciones*. Ambos se presentan como conjunto de operaciones necesarias a la telecomunicación comercial, misma que indirectamente, mas fueron excluidos del rolo de servicios de telecomunicaciones por el *Reglamento de los Servicios de Telecomunicaciones*, aprobado por la Resolución 73/98, de la ANATEL. Sin la provisión de capacidad de satélite, los servicios de telecomunicaciones que de ella se utilizan restarían inutilizados. Sin habilitación o registro de usuario y de equipo para acceso a servicios de telecomunicaciones, estos servicios perderían su viabilidad de

difusión de masa. De la misma forma, sin los servicios ofrecidos por usuarios comerciales, tales como la oferta de productos y servicios, que en nada se aproximan de las telecomunicaciones, poco de la capacidad instalada de telecomunicaciones tendría sentido.

En fin, este camino en busca del sentido del *servicio de telecomunicaciones* como conjunto de actividades orientado a proveer telecomunicación parece no tener fin sin que se establezca una frontera pautada en características esenciales al concepto.

El texto legal (Art. 60, *capuz* de la LGT) habla en servicio de telecomunicaciones como *conjunto de actividades que posibilita la oferta de telecomunicaciones*. Si llevada a las últimas consecuencias, el análisis textual de la *posibilidad* de oferta de telecomunicaciones envuelve todo servicio capaz de confundir con la utilidad del servicio mínimo de transmisión electromagnética, llevando a considerarlo tan esencial cuanto la propia transmisión. Se regresa, por tanto, al punto de partida nada alentador de que todo conectado directa o indirectamente a la telecomunicación sería servicio de telecomunicación.

La solución de este problema exige raciocinio institucional. El servicio de telecomunicaciones, como competencia estatal expresa, es una institución de carácter objetivo, que, por eso mismo, no tiene, ni puede tener, carácter absoluto. Si enunciada en el texto constitucional como reserva de actividades de la Unión en ambiente de libertad individual y respecto a la libre iniciativa, o sea, en ambiente de equilibrio entre el individual y el social, no se puede de allí extraer una interpretación extensiva del concepto de servicios de telecomunicaciones. Dichos servicios serán solamente aquellos necesarios a la consecución de los fines sociales estampados en la viabilidad de comunicación electromagnética y de acceso igualitario.

Sobre este enfoque, el conjunto de actividades que *posibilita* telecomunicación debe ser entendido como conjunto de actividades *necesarias y suficientes* a la buena prestación de la utilidad de intercomunicación. Así, el concepto de servicio de telecomunicaciones permanece ligado de forma umbilical a los conceptos de *transmisión* y *electromagnetismo*. Solamente el servicio bastante a la realización de transmisión electromagnética caracterizada por los elementos citados líneas atrás (modulación significativa, codificación y red) puede calificarse como servicio de telecomunicación. Todos los demás acrecidos de utilidades son servicios

que les adicionan valor o reflejan pasos capaces de vincular el usuario al servicio central.

Fijado el concepto de servicio de telecomunicación a partir de los enunciados constitucional y legal, se debe dejar claro que el papel de la ANATEL en la determinación de los servicios no integrantes del concepto de servicio de telecomunicaciones sigue parámetros superiores definidos en ley en sentido formal. El papel del *Concejo Director* de la agencia en este aspecto está en la orientación de su estructura interna y en la anticipación de seguridad jurídica para los actores del sector de telecomunicaciones sobre las innumerables implicaciones de la clasificación o no de un servicio como servicio de telecomunicaciones. Por eso, la presencia, en el *Reglamento de los Servicios de Telecomunicaciones* (Resolución 73/98), de elenco resumido de servicios no caracterizados como servicios de telecomunicaciones.

Hay, con todo, en aquel reglamento, dispositivo generador de duda. Se trata del párrafo único del Art.3º, que posibilita el establecimiento, por la ANATEL, de otras situaciones que no constituyan servicios de telecomunicaciones además de las ya previstas en el *capuz* del mismo artículo.

**Resolución 73/98 de la ANATEL**

**(Reglamento de los servicios de telecomunicaciones)**

Art.3º No constituyen servicios de telecomunicaciones:

(...)

Parágrafo único – La Agencia podrá establecer otras situaciones que no constituyan servicios de telecomunicaciones, además de las previstas en este artículo.

El *parágrafo único* citado genera imprecisión desnecesaria. O la ANATEL expresa la exclusión de más servicios además de los ya enunciados en el Art.3º del *Reglamento de los Servicios de Telecomunicaciones* por medio de *resolución*, que modifique el propio *Reglamento*, lo que torna inútil la presencia del párrafo único citado, o lo que estaría para indicar que la ANATEL podría hacerlo por otro acto administrativo cualquier, que, por definición, es incompatible con la normalización intrínseca a una decisión como esta, que delimita la extensión del texto legal y mismo constitucional. Se ve, por tanto, que el único sentido útil posible de aquel párrafo única y solamente puede ser de efecto esclarecedor de que el rol de excepciones a los servicios de telecomunicaciones no es tajante, mas meramente ejemplificado, dependiendo, mientras tanto, de pronunciamiento expreso del *Concejo*

*Director* de la agencia para vincular su estructura frente al cuestionamiento de nuevas categorías allí no contempladas.

## **Clasificaciones de los servicios de telecomunicaciones**

Analizado el concepto de servicios de telecomunicaciones como conjunto de actividades *suficientes* a la oferta de telecomunicación, bien como el de telecomunicación como transmisión electromagnética pautada por diversos factores (modulación significativa de la señal portadora, codificación y decodificación, redes operativas), el ordenamiento jurídico brasileño de telecomunicaciones introduce divisiones entre modalidades de servicios capaces de suscitar efectos jurídicos distintos, tales como aplicación de regímenes jurídicos *públicos* o *privados*, o mismo la ampliación o disminución del ámbito de libertad de los prestadores.

A partir de la reestructuración y codificación del derecho de las telecomunicaciones brasileño obtenidas por intermedio de la Ley 4.117/62 (*Código Brasileño de Telecomunicaciones – CBT*) y del Decreto 52.026/63, que la reglamentó, buscó divisar los servicios de telecomunicaciones según tres criterios: naturaleza; fines a que se destinan; y ámbito de aplicación. Cuanto a la naturaleza, solamente el Decreto 52.026/63<sup>95</sup> previa las siguientes especies de servicios: *telefonía*; *telegrafía*; *telex*; *difusión de sonidos e imágenes*; *transmisión de datos*; *facsimilar*; *telecomando*; y *radio determinación*. Cuanto a los fines visados, tanto el CBT<sup>96</sup> cuanto el Decreto reglamentado<sup>97</sup> distinguían: *servicio público*, destinado al uso del público en general; *servicio público restricto*, facultado al uso de los pasajeros de los barcos, aeronaves, vehículos en movimiento o al uso del público en localidades todavía no atendidas por servicio público de telecomunicaciones; *servicio limitado*, ejecutado por estaciones no abiertas a la correspondencia pública, como, por ejemplo, servicios de seguridad, regularización, orientación y administración de los transportes en general, servicios de múltiples destinos, servicio rural y servicio privado; *servicio de radiodifusión*, destinado a ser recibido directa y libremente por el público en general, comprendiendo radiodifusión sonora y televisión; *servicio de radio amador*, orientados al estudio y

---

<sup>95</sup>Art. 4º, ítem 1, del Decreto 52.026, de 20 de Mayo de 1963.

<sup>96</sup>Art. 6º de la Ley 4.117, de 27 de Agosto de 1962.

<sup>97</sup>Art. 4º, ítem 2, del Decreto 52.026, de 20 de Mayo de 1963.

práctica de la radiotécnica únicamente a título personal sin sello pecuniario o comercial; *servicio especial*, relativos a determinados servicios de interés general, no abiertos a la correspondencia pública y no incluidos en las clasificaciones anteriores, como, por ejemplo, el de señales horarios, el de frecuencia padrón, el de boletines de meteorología, el que se destine para fines científicos o experimentales, el de música funcional y el de radio determinación. Finalmente, cuanto al ámbito, los servicios de telecomunicaciones eran divididos por el CBT<sup>98</sup> y por su Decreto reglamentado<sup>99</sup> en: *servicio interior*, establecido entre estaciones brasileñas, fijas o movibles, dentro de los límites de la jurisdicción territorial de la Unión; y *servicio internacional*, establecido entre estaciones brasileñas, fijas o movibles, y estaciones extranjeras, o estaciones brasileñas movibles, que se encuentren fuera de los límites de la jurisdicción territorial brasileña.

La *Ley General de Telecomunicaciones – LGT* (Ley 9.472/97) innovó en las clasificaciones. Diferentemente del Código Brasileño de Telecomunicaciones, de 1962, que distinguía los servicios según los fines visados y el ámbito, la LGT reveló especial atención a los efectos jurídicos de las clasificaciones y divisó los servicios de telecomunicaciones según el *régimen jurídico* y la *amplitud*<sup>100</sup>. Las clasificaciones del antiguo CBT y de la actual LGT tienen poco en común. El criterio de los *fines visados* constante del CBT y el criterio de la *amplitud* constante de la LGT, están ambos pautados en la presencia o ausencia de abertura a la correspondencia pública en razón de la amplitud de los intereses suscitados por el servicio. Por eso, la antigua división *detallada* de los servicios de telecomunicaciones cuanto a los fines visados indicada en el CBT (*servicios limitados, servicios de radio amador, servicios especiales*, dentro de otros) tener sido remitida, en la actual coyuntura, la mera identificación, por la ANATEL<sup>101</sup>, de cuales de ellos se someten, cuanto a la amplitud, a los regímenes de interés colectivo y restricto. La antigua clasificación cuanto al *ámbito* prevista en el

---

<sup>98</sup> Art. 5º, de la Ley 4.117, de 27 de Agosto de 1962.

<sup>99</sup> Art. 4º, ítem 3, del Decreto 52.026, de 20 de Mayo de 1963.

<sup>100</sup> Esta clasificación *cuanto a la abrangência* es definida como clasificación *cuanto a los intereses* que atienden los servicios de telecomunicaciones, conforme dispone el *Reglamento de los Servicios de Telecomunicaciones* aprobado por la Resolución nº 73, de 25/11/1998, de la ANATEL.

<sup>101</sup> El Acto nº 3.807, de 23 de Junio de 1999, de la ANATEL, dispone sobre la clasificación de los servicios de telecomunicaciones cuanto a los intereses que atienden, elencando un rolo (especial de radiollamada, especial de frecuencia padrón, TV a cabo, dentro de otros) de servicios de interés colectivo, otro rolo (radio taxi privado, limitado de radioestrada, especial para fines científicos y experimentales) de servicios de interés restricto, y, finalmente, otro rolo (red especializada, especial de radiodeterminación, limitado especializado) pausable de prestación tanto como interés colectivo cuanto como interés restricto.

CBT fue degradada a mera condición de mapeo del territorio para distribución de las otorgas estatales de los servicios de telecomunicaciones.<sup>102</sup> Finalmente, la clasificación prevista en el Decreto 52.026/63 cuanto a la naturaleza del servicio fue asimilada de modo simplificado por la LGT como *formas de telecomunicación*.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup>El Código Brasileño de Telecomunicaciones (Ley 4.117/62) dividía los servicios en internos e internacionales. La Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97) asimila la distinción para fijar nociones de espacios territoriales aptos a abrigar distinciones de tratamiento normativo. El art. 65, §2º de la LGT previene la utilización de los *ambitos regional, local o de áreas determinadas* para la fijación de la exclusividad o concomitancia de prestación de servicios de telecomunicaciones en régimen público o privado. El art. 69 de la LGT indica que las modalidades de servicio de telecomunicaciones serán definidas por la ANATEL en función también de su ámbito de prestación.

<sup>103</sup>“Forma de telecomunicación es el modo específico de transmitir información, decorriente de características particulares de transducción, de transmisión, de presentación de la información o de combinación de estas, se considerando formas de telecomunicación, entre otras, la telefonía, la telegrafía, la comunicación de datos y la transmisión de imágenes.” (LGT, art. 69, parágrafo único).

## BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA:

### **Libros**

- I. CAMPANHOLE, Adriano y Hilton Lobo. **Constituciones de Brasil**. 13<sup>a</sup>ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- II. ESCOBAR, J. C. Mariense. **El nuevo derecho de telecomunicaciones**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999
- III. ITU & CITEI. **Telecommunications for the Americas: the Blue Book**. Ginebra, 2000.
- IV. MORAES, Alexandre de. **Constitución de Brasil interpretada y legislación constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- V. PABLO, Marcos M. Fernando. **Derecho general de las telecomunicaciones**. Madri: COLEX, 1998.
- VI. PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. **Sergio Motta: los bastidores de la política y de las telecomunicaciones en el gobierno FHC**. São Paulo: Generación editorial, 1999.
- VII. SIQUEIRA, Ethevaldo [et alli]. **Telecomunicaciones: privatización o caos**. São Paulo: TelePress Editora, 1993.
- VIII. VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo bancário: obtención de informaciones por la administración tributária federal**. Monografía de Final de Curso de Especialización en Derecho Tributário de la AEUDF. Brasilia, 2003.
- IX. VIANNA, Gaspar. **Privatización de las telecomunicaciones**. 3<sup>a</sup>ed., Rio de Janeiro: Notrya, 1993.
- X. WILLEBRAND, Heinz La. & GHUMAN, Baksheesh S. *Fiber optics without fiber: beaming light through the air offers the speed of optics without the expense of fiber*. In: **IEEE Spectrum**. Vol. 38, n. 8, New York: The Institute of Electrical and Electronics Engineers, Agosto de 2001, p. 40-45.

### **Instrumentos normativos (orden cronológica)**

1. Código Brasileño de Telecomunicaciones: Ley 4.117, de 27 de Agosto de 1962.

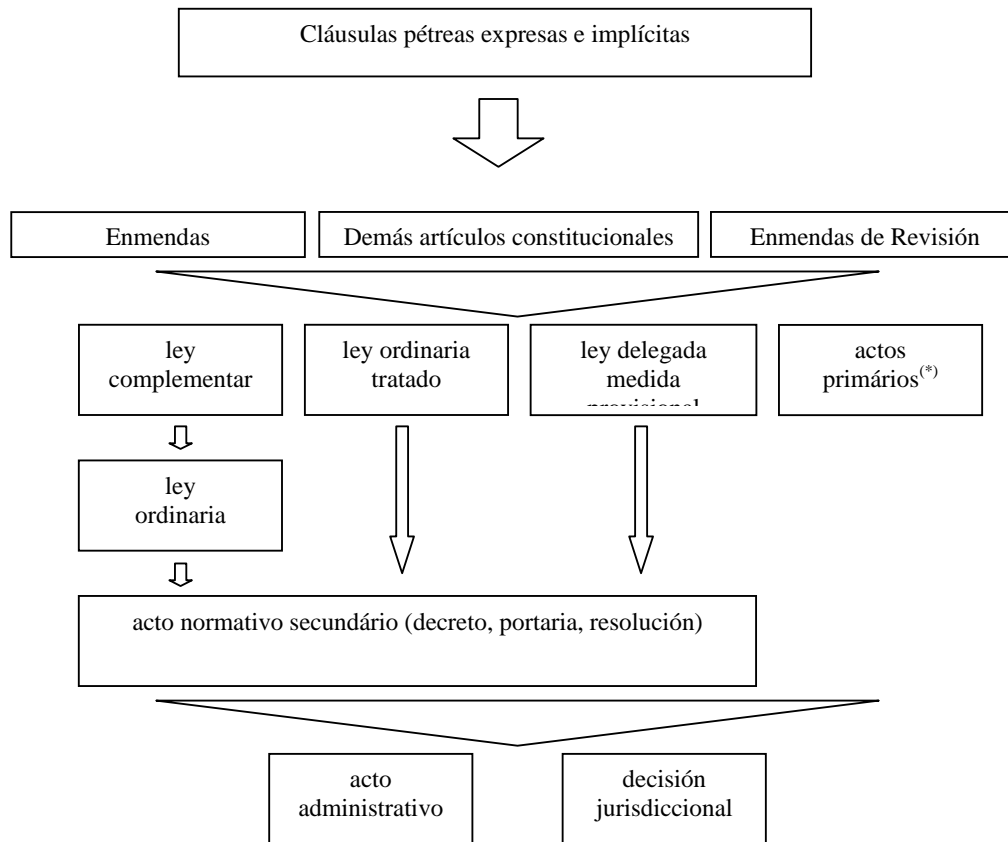
2. Reglamento del Código Brasileño de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto 52.026, de 20 de Mayo de 1963.
3. Ley 5.792, de 11 de Julio de 1972.
4. Ley 6.093, de 29 de Agosto de 1974.
5. Decreto-ley 1.174, de 31 de Diciembre de 1979.
6. Decreto-ley 1.859, de 17 de Febrero de 1981.
7. Decreto n° 2.186, de 20 de Diciembre de 1984.
8. Constitución de la República Federativa de Brasil. 1988, actualizada hasta la Enmeda Constitucional n.º 36, de 28 de Mayo de 2002.
9. Ley 8.987, de 13 de Febrero de 1995.
10. Ley 9.295, de 19 de Julio de 1996.
11. Ley General de Telecomunicaciones: Ley 9.472, de 16 de Julio de 1997.
12. Decreto 2.534, de 2 de Abril de 1998.
13. Decreto 2.592, de 15 de Mayo de 1998.
14. Resolución n° 73, de 25/11/1998, de la ANATEL.
15. Acto n° 3.807, de 23 de Junio de 1999, de la ANATEL.
16. Decreto 4.769, de 27 de Junio de 2003.

### **Juzgados**

- 1) STF, ADI n° 1.435-8/DF, plenário, j.27/11/1996. (Ementário de Jurisprudencia del STF n° 1957-1, p. 40-60, DJ 06.08.1999).
- 2) STF, AgRAI n° 405.728-2, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes (Ementário del STF n.2105-11, j.11/03/2003, DJ 04/04/2003).
- 3) STF, ADIMC 1.807, plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/06/1998.
- 4) STJ, Apelación Cível 19980110442286, julgada en 11-10-1999, 2ª Turma Cível, relactora Nancy Andrigui, DJU 23-02-2000.
- 5) STF, HC 69912-0/RS, plenário, j.30/06/1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
- 6) STF, HC 74.678/SP, 1ª Turma, j.10/06/1997.
- 7) STF, RE 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99.
- 8) STF, Pet577QO/DF, DJ de 23.04.93.
- 9) STF, ADIMC n.1488/DF.
- 10) STF, RE n°117.315-7/RS, plenário, rel. Min. Moreira Alves, j.19.04.1990 (Ementário del Servicio de Jurisprudencia del STF n°1586-3).

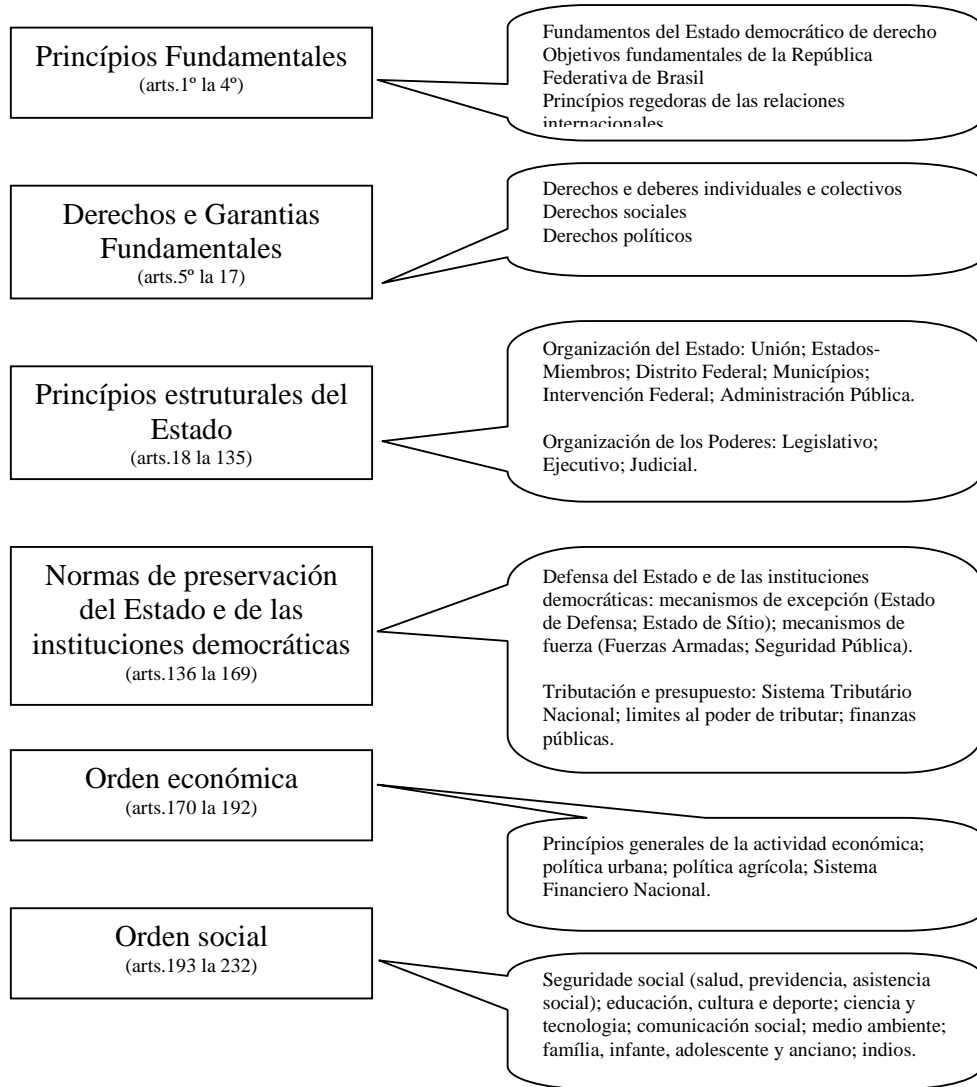


**FIGURA 1 – Jerarquía normativa brasileña**



(\*)Actos primários son actos que no exigen previa ley en sentido formal, que les autorizen existir. Su existencia es autorizada directamente por la Constitución Federal de 1988. Son ejemplos de estos actos: *decreto legislativo* para disciplina de las relaciones jurídicas decorrientes de medidas provisionales que perdieron eficacia (art.62,§3º); *decreto* presidencial para alteración de la organización y funcionamiento de la administración federal (art.84,VI,la); *decreto* presidencial de Estado de Defensa (art.136) o de Intervención Federal (art.84,X); *régimientos* de las casas parlamentares y órganos judiciários (art.51,III; art.52,XII; art.57,§3º,II; art.96,I,la; art.102,I,h).

**FIGURA 2 – Estructura constitucional brasileña**



Universidad de Brasilia

Curso de Regulación en Telecomunicaciones

Tema: **Concesiones de servicios públicos y autorizaciones en Brasil**

**Tarcísio Vieira de Carvalho Neto**

Profesor de la Facultad de Derecho de la UnB

Procurador del Distrito Federal

Abogado

Consejero de la Orden de los Abogados de Brasil

Traducido por: Priscila Solís (EnE-UnB)

“FUNDAMENTOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN BRASIL”

POSTILA

## **1. Localización del tema**

Los servicios públicos, en Brasil, componen prestigiado tema del Derecho Público, con fuertes trazos de dos ramos del Derecho - Constitucional y Administrativo.

En el texto constitucional de la República de 1988, la referencia mayor a los servicios públicos está contenida en el art. 175, el cual preconiza el siguiente, *verbis*:

“Art. 175. Incumbe al poder público, en la forma de la ley, directamente o sobre régimen de concesión o permiso, siempre a través de licitación, la prestación de servicios públicos”.

*Parágrafo único.* La ley dispondrá sobre:

I - el régimen das empresas concesionarias y permisionarias de servicios públicos, el carácter especial de su contrato y de su prorrogación, bien como las condiciones de caducidad, fiscalización y rescisión de la concesión o permiso;

II - los derechos de los usuarios;

III - la política de tarifa;

IV - la obligación de mantener servicio adecuado.”

La Constitución considera servicios públicos, por ejemplo: a) el transporte colectivo (art. 30, V); b) los servicios telefónicos y telegráficos (art. 21, XI); y c) la energía eléctrica (art. 21, XII).

En el campo del Derecho Administrativo, de naturaleza inconstitucional, la materia relacionada a los servicios públicos viene tratada en textos legales dispersos, no relacionados a cualquier forma de codificación.

Buscando concretizar el art. 175 de la Constitución de la República de 1988 (... *la ley dispondrá...*), sobrevino la Ley (federal) n° 8.987/95, que contiene normas generales sobre la concesión y permiso de servicios públicos, aplicables tanto a la Unión, cuanto a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios, los cuales, no obstante eso, podrán elaborar normas específicas, ya que las normas generales de contratación, en todas las modalidades, por fuerza de lo que dispone el art. 21, XXVII, competen exclusivamente a la Unión.

Por su vez, la Ley (federal) n° 9.074/95 relaciona los servicios públicos de barajes, contenciones, exclusas, diques e irrigaciones.

Para otros tipos de concesión - segundo MEDAUAR (p. 345) - pueden ser todavía relacionadas las siguientes leyes:

a) *concesión de servicio de TV la cabo*, disciplinada en la Ley n° 8.987/95, en la cual, además de la concesionaria, otras empresas privadas realizan parcelas das actividades de ese servicio (por ejemplo: operadora de TV a cabo, programadora); el usuario tiene el nombre de suscriptor y recibe el servicio mediante contrato, con pago mensual, de regla;

b) *concesión de servicio de radiodifusión sonora de sonidos y imágenes*, a la cual no se aplica la Ley n° 8.987/95 (art. 41); en ese tipo inexistente la remuneración directa del usuario al concesionario; el servicio es gratuito para los dueños de aparatos de radio y TV;

c) *concesión para servicios de telecomunicaciones*, disciplinada por la Ley n° 9.472/97.

## **2. Concepto**

En sentido amplio, se entiende por “servicios públicos” toda la actividad que emana de la Administración Pública, se relacionando, todavía, a las actividades de los Poderes Judicial y Legislativo.

Se llevando en consideración el sentido amplio de “servicios públicos”, enseña MEDAUAR (p. 337), todo el Derecho Administrativo contendría un único capítulo, denominado “servicio público”, pues todas las actividades de la Administración allí se incluirían.

Enseña la doctrina que como capítulo del Derecho Administrativo, la expresión “servicio público” dice respecto a la actividad realizada en el ámbito das atribuciones de la Administración, inserida en el Ejecutivo. Y se refiere la *actividad prestada*, en que el poder público propicia algo necesario a la

vida colectiva, como por ejemplo: agua, energía eléctrica, transporte urbano. Las actividades-medio, tales como recaudación de tributos, servicios de archivo, limpieza y vigilancia de reparticiones, pues, no se incluyen en la acepción técnica de servicio público.

MEDAUAR (p. 338), dada la multiplicidad de actividades desempeñadas por la Administración, afirma la existencia de un “núcleo pacífico de los servicios públicos”, a saber: agua, luz, iluminación pública, coleta de basura, limpieza de calles, correo. Y que finalidades diversas llevan a considerar cierta actividad como servicio público, dentro las cuales: retirar de la especulación privada sectores delicados; propiciar el beneficio del servicio a los menos favorecidos; suplir carestía de la iniciativa privada; favorecer el progreso técnico.

Del punto de vista técnico, “servicios públicos” no se confunden con “servicios de utilidad pública”. En los últimos, realizados por particulares, no hay vínculo orgánico con la Administración. No incumben al poder público, el cual apenas reconoce que tales actividades traen beneficios a la población (p. 339).

BANDEIRA DE MELLO (p. 18-9), al tratar del concepto de servicio público, a la luz del sistema constitucional, sustenta que su noción “se debe componer necesariamente de dos elementos: un de ellos, que es su *substrato material*, consistente en la prestación de utilidad o comodidad de usura directamente por los administrados; el otro, *trazo formal* indispensable, que le da justamente carácter de noción jurídica, consistente en un *específico régimen de derecho público*, esto es, en una ‘unidad normativa’ formada por principios y reglas caracterizados por la supremacía del interés público sobre el interés privado y por restricciones especiales, fundados unos y otros en función de la defensa de valores especialmente calificados en el sistema normativo”.

### 3. Régimen jurídico

BANDEIRA DE MELLO (p. 18) resalta que como toda y cualquier noción jurídica, esta - servicio público - “sólo tiene préstamo y utilidad se corresponder a un dado sistema de principios y reglas; esto es, la un régimen, a una disciplina peculiar. De allí que sólo merece ser designado como servicio público aquel concerniente a la prestación de actividad y comodidad material de pose directamente por el administrado, desde que tal prestación se conforme a un determinado régimen: el régimen de Derecho Público”.

A partir del momento en que determinada actividad es rotulada como servicio público - todavía que prestada por particulares - fuertes consecuencias jurídicas surgen.

MEDAUAR (p. 339) presenta los elementos comunes a las actividades relacionadas como servicios públicos, a saber:

a) *Vínculo orgánico con la Administración*, lo que no quiere significar, absolutamente, que la actividad sea ejecutada por órgano público. Tal vínculo enseña:

- 1) Presunción de servicio público - cuando la actividad a ser prestada es ejercida por el poder público se presume que se trata de servicio público.
- 2) Relación de dependencia entre la actividad y la Administración o presencia orgánica de la Administración; quiere decir, la Administración está vinculada a esa actividad, ejerciendo control permanente sobre el ejecutor del servicio público; su intervención, por tanto, es mayor del que la aplicación de medidas resultantes del poder de policía, porque la Administración es responsable por la actividad.

b) La actividad de prestación es sometida total o parcialmente al derecho administrativo; mismo que sea realizado por particulares, en tesis sujeta a reglas del derecho privado, si la actividad es calificada como servicio público, tiene notas de diferenciación; no hay servicios públicos sometidos exclusivamente al derecho privado.

#### **4. Principios**

Además de los generales, a los cuales debe estricta atención la Administración Pública, especialmente los listados en el art. 37 de la Constitución (Legalidad, Impersonalidad, Moralidad, Publicidad y Eficiencia), pueden ser destacados como principios específicos, regidores de los servicios públicos, los siguientes:

- a) Igualdad de todos delante el servicio público;
- b) Funcionamiento continuo;
- c) Posibilidad de alteración del modo de ejecución;
- d) Funcionamiento eficiente.

MEDAUAR (p. 340-1) resalta que vinculada a la cuestión de la igualdad está la de la gratuidad, mas que la última no puede ser tenida como principio del servicio público, muy cuando el ordenamiento jurídico (constitucional) la afirme en casos como el del enseñanza pública en establecimientos oficiales (art. 206, IV, de la CF/88), el de enseñanza fundamental obligatoria (art. 208, I, de la CF/88) y el de los transportes colectivos urbanos la mayores de 65 años (art. 230, § 2º, de la CF/88).

Sobre la continuidad del funcionamiento, advierte la jurista (p. 341) sobre la existencia del derecho de huelga, el cual, segundo el texto constitucional, será ejercido en los términos y en los límites definidos en ley complementar.

## 5. Clasificación

Enseña MEIRELLES (p. 312-5) que, se llevando en cuenta la esencialidad, la adecuación, la finalidad y los destinatarios, los servicios pueden ser clasificados de variadas formas.

Le interesan, sobretodo, las siguientes distinciones:

- a) Propios x Impropios;
- b) Generales (*uti universi*) X Individuales (*uti singuli*).

Los **Servicios Propios del Estado** son aquellos que se relacionan íntimamente con las atribuciones del Poder Público (seguridad, policía, higiene, salud pública, etc.) y para la ejecución de los cuales la Administración usa de su supremacía sobre los administrados. Por tal razón, no pueden ser prestados por delegación de particulares, pero si por órganos o entidades públicas.

Los **Servicios Públicos Impropios del Estado**, por su vez, son justamente los que no afectan substancialmente las necesidades de la comunidad, mas satisfacen intereses comunes de sus miembros, y, por eso, la Administración los presta remuneradamente, por sus órganos o entidades descentralizadas (autarquías, empresas públicas, sociedades de economía mixta, fundaciones gubernamentales), o delega su prestación a concesionarios, permisionarios o autorizados. Esos servicios, normalmente, son rentables y pueden ser realizados con o sin privilegio (¡no confundir con monopolio!), mas siempre sobre reglamentación y controle del Poder Público competente.

Por **Servicios Generales** (*uti universi*), deben ser entendidos aquellos prestados por la Administración sin que se tenga en mira determinados usuarios, para atender la colectividad como un todo, como los de policía, iluminación pública, urbanización, etc. Tales servicios satisfacen

indiscriminadamente a la población, sin que se levanten sobre el derecho subjetivo de cualquier administrado a su obtención para su domicilio, para su calle o para su barrio. Son indivisibles, esto es, no-mensurables en su utilización. De allí porque deben ser costeados mediante impuestos y no por tasas o tarifas.

Los **Servicios individuales** (*uti singuli*) son los que tienen usuarios determinados y utilización particular y mensurable para cada destinatario, como ocurre con el teléfono, el agua y la energía eléctrica domiciliarias. Tales servicios, desde que implantados, generan derecho subjetivo a su obtención para todos los administrados que se encuentren en el área de su prestación o abastecimiento y satisfagan las exigencias reglamentares. Son siempre servicios de utilización individual, facultativa y mensurable, por lo que deben ser remunerados por tasa (tributo) o tarifa (precio público), y no por impuesto.

Al destacar la tipificación de los servicios, MEDAUAR (p. 341-2) los clasifica, todavía, cuanto al responsable, en federales, estatales y municipales, anotando, entretanto, la existencia excepcional de servicios públicos comunes, a ejemplo de los que son prestados por regiones metropolitanas, siendo cierto que la competencia para la prestación de servicios públicos resulta de la repartición de competencias prevista en la Constitución Federal y que además de los servicios de competencia exclusiva, hay servicios competidores (por ejemplo: asistencia médica) y servicios pasibles de delegación. La jurista se recuerda, todavía, de la existencia de servicios públicos cuya responsabilidad cabe totalmente al poder público, mismo si ejecutados por particulares - correo, agua, gas canalizado, radiodifusión sonora y por imágenes.

## **6. Formas y medios de prestación**

Segundo el texto constitucional (art. 175), los servicios públicos pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado. En los diceres de MEIRELLES (p. 322-4): la prestación del servicio público o de utilidad pública puede ser *centralizada, descentralizada*, y su ejecución, *directa y indirecta* (no se confunda con Administración directa y indirecta).

**Servicio centralizado** es el que el Poder Público presta por sus propios órganos en su nombre y sobre su exclusiva responsabilidad. En tales casos el Estado es, al mismo tiempo, titular y prestador del servicio, que permanece en la Administración directa (Decreto-ley n° 200/67, art. 4°, I).

**Servicio descentralizado** es todo aquel en que el Poder Público transfiere su titularidad o, simplemente, su ejecución, por *otorga* o *delegación*, a autarquías, fundaciones, empresas estatales, empresas privadas o particulares individualmente. Hay *otorga* cuando el Estado crea una entidad y a ella transfiere, *por ley*, determinado servicio público o de utilidad pública. Hay *delegación* cuando el Estado transfiere, *por contrato* o *acto unilateral*, únicamente la ejecución del servicio, para que el delegado lo preste en su nombre y por su cuenta y riesgo, en las condiciones reglamentares y sobre controle estatal.

**Servicio desconcentrado** es todo aquel que la Administración ejecuta centralizadamente, mas lo distribuye entre varios órganos de la misma entidad, para facilitar su realización y obtención por los usuarios. La desconcentración es una técnica de simplificación y aceleración del servicio dentro de la misma entidad, diversamente de la descentralización, que es técnica de especialización, consistente en la retirada del servicio dentro de una entidad y transferencia a otra para que lo ejecute con más perfección y autonomía.

**Ejecución directa del servicio** es la realizada por los propios medios de la persona responsable por la su prestación al público, sea esta persona estatal, autárquica, fundacional, empresarial, paraestatal, o particular. Se considera servicio en ejecución directa siempre que el encargado de su ofrecimiento al público lo realiza personalmente, o por sus órganos, o por sus prepuestos (no por terceros contratados). Para tal ejecución no hay normas especiales, si no aquellas mismas constantes de la ley instituidora del servicio, o en conformación de la otorga, o autorizadora de la delegación a quien va prestarlo a los usuarios.

**Ejecución indirecta del servicio** es aquella pasada a terceros para realización en las condiciones reglamentares. Servicio propio o delegado, hecho

por otros, es ejecución indirecta. Quiera la Administración directa, quiera la indirecta (autarquías, Fundaciones, empresas públicas y sociedades de economía mixta), como también los entes de cooperación (servicios sociales autónomos, organizaciones sociales, etc.), o las empresas privadas y particulares que reciban servicios públicos para prestación a los destinatarios, puede, en ciertos casos, ejecutar indirectamente el servicio, contratándolo (no delegando!) con terceros.

MEDAUAR (p. 342-3 y 352-3) nos llama la atención para la existencia de otras formas de prestación de servicios públicos:

a) **Consortios públicos** - para gestión de servicios de interés común de los miembros del consorcio (en general Municipios), pudiendo o no ser creada entidad intergubernamental para esa finalidad. En el caso, los integrantes transfieren al consorcio la ejecución de algunos servicios que le competen;

b) **Arrendamiento** - por el cual el Poder Público transfiere la gestión operacional de un servicio público a particular (arrendatario), para que este lo explote por su cuenta y riesgo, colocando a su disposición un inmueble público o un complejo de bienes públicos, vinculados al servicio (Ex.: Porto de Antonina, Paraná). En el arrendamiento, se puede ajustar el pago a la Administración, de importancia previamente determinada o de porcentaje sobre lo que sea recibido por el arrendatario en la explotación del servicio;

c) **Franquía** - por la cual el Poder Público igualmente transfiere al particular (franqueado) la ejecución de servicios públicos que deben ser realizados de modo padrón (instalaciones físicas, horarios, organización das actividades, etc.). El franqueado tiene participación en la ingreso o, entonces, a el pertenece el ingreso, mas debe remunerar al dueño de la franquía mediante cantidad fija o porcentaje sobre las importancias recibidas. En Brasil, aunque no disciplinada de modo específico, la franquía debe se sujeta a licitación. El caso más conocido es el de los servicios de correo.

## **7. Concesión, permiso y autorización**

Formas más usuales de transferencias de servicios públicos a la iniciativa privada, la concesión, el permiso y la autorización merecen examen especial.

### **7.1. Concesión**

Fue creada para servicios que exigían grandes inversiones financieras e/o personal técnico especializado, a ejemplo de transporte ferroviario, agua, gas, electricidad y transporte colectivo urbano, con largo plazo de duración, a fin de viabilizar el retorno de las jugosas inversiones que acarrearaban.

En Brasil, después de cierta baja, la concesión ganó fuerza en el contexto de la reforma del Estado, a partir de privatizaciones que concretizasen la prestación de servicios públicos complejos sin costo financiero para los afectados cofres públicos.

La figura es regulada en minucias por la Ley n° 8.987/95. Se promulgó, también, la Ley n° 9.074/95, que enumera servicios y obras de competencia de la Unión, pasibles de concesión o permiso, y dispone sobre los servicios de energía eléctrica. Las Leyes n°s 8.987/95 y 9.074/95 fueron parcialmente alteradas por la Ley n° 9.648/98, siendo cierto que la Ley n° 8.987/95 fue más una vez modificada por la Ley n° 9.791/99.

DI PIETRO (p. 69) aduce que la competencia legislativa, en esa materia, cabe a la Unión, en lo que dice respecto a las normas generales, y a los Estados y Municipios, en lo que se refiere a las normas suplementares. Se trata, entonces, de competencia competidor de la Unión, Estados y Municipios.

En los términos del art. 2º, inciso II, de la Ley nº 8.987/95, se define la concesión de servicio público como “la delegación de su prestación, hecha por el poder concedente, mediante licitación, en la modalidad de competencia, a la persona jurídica o consorcio de empresas que demuestre capacidad para su desempeño, por su cuenta y riesgo y por plazo determinado”.

Para DI PIETRO (p. 72), aunque satisfactorio, el concepto legal es omiso cuando no se refiere a la concesión como contrato y no indica la forma de remuneración que le es característica, a saber, la tarifa paga por el usuario o otra fuente de ingreso ligada a la propia explotación del servicio. En el entre tanto, otros dispositivos de la ley permiten concluir que tales características están presentes (arts. 4º, 18, VIII y 23, IV). De otro lado, el concepto legal contiene formalidades que normalmente no se contienen en las concesiones - requisitos relativos a la “licitación, en la modalidad de competencia, a la persona jurídica o consorcio de empresas que demuestre capacidad para su desempeño”. Doctrinariamente, la concesión puede ser definida como “el contrato administrativo por el cual la Administración Pública delega a otro la ejecución de un servicio público, para que lo ejecute en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, mediante tarifa paga por el usuario u otra forma de remuneración resultante de la explotación del servicio”.

Amparada en las lecciones de George Vedel y Pierre Delvolvé, DI PIETRO (p. 73) realiza un dado que es fundamental para el entendimiento de varios aspectos de la concesión de servicios públicos, el de que “la concesión de servicio público se construye sobre dos ideas antitéticas, cuyo equilibrio constituye toda la teoría del contrato de concesión, se trata:

- de un lado, de un servicio público que debe funcionar en el interés general y sobre la autoridad de la Administración;
- de otro lado, de una empresa capitalista que comporta, en el comportamiento de aquel que está en su testa, el máximo de provecho posible”.

DI PIETRO (p. 73-4) presenta, entonces, las consecuencias de tales aspectos:

**- Del hecho de la concesión tener por objeto la ejecución de un servicio público:**

- a) Existencia de cláusulas reglamentares en el contrato;
- b) Otorgamiento de prerrogativas públicas al concesionario;
- c) Sometimiento del concesionario a los principios inherentes a la prestación de servicios públicos: continuidad, mutabilidad, igualdad de los usuarios;
- d) Reconocimiento de poderes a la Administración concedente, como rescisión, intervención, uso compulsorio de recursos humanos y materiales de la empresa concesionaria, poder de dirección y control sobre la ejecución del servicio, poder de aplicar sanciones y decretar la caducidad;
- e) Reversión de bienes de la concesionaria para el poder concedente, al término de la concesión;
- f) Naturaleza pública de los bienes afectados a la prestación del servicio;
- g) Responsabilidad civil regida por normas publicitarias;
- h) Efectos trilaterales de la concesión de servicio público: sobre el poder concedente, el concesionario y los usuarios.

**- Del hecho de ser la concesionaria una empresa capitalista que visa al lucro:**

- a) Naturaleza contractual de la concesión de servicio público;
- c) Derecho del concesionario a la mantención del equilibrio económico-financiero.

DI PIETRO (p. 74) señala, además, que del doble aspecto de la concesión resulta otra peculiaridad: el sometimiento de la empresa

concesionaria a un régimen jurídico híbrido. Como **empresa privada**, actúa, en regla, segundo las normas del derecho privado en lo que dice respecto a su organización, a su estructura, a sus relaciones con terceros (art. 25, § 1º, de la Ley nº 8.987/95), al régimen de trabajo de los sus empleados, sometido la CLT; como **prestadora de servicio público**, su relación con la Administración concedente se rige enteramente por el derecho público, ya que la concesión es contrato típicamente administrativo.

Y más: en materia de responsabilidad civil por daños causados a terceros, se somete a la norma del art. 37, § 6º, de la CF/88. También su patrimonio queda sometido la régimen jurídico híbrido: como empresa privada, esta dispone de bienes particulares, que pueden ser objeto de cualquier relación jurídica regida por el derecho privado, como alienación, locación, permuta, empeñar, usucapión, etc.; como concesionaria de servicio público ella dispone de una parcela de bienes afectados a la prestación del servicio, los cuales, por ser indispensables a la continuidad del servicio público, pueden ser considerados cosas *extra commercium* y, por tanto, fuera del comercio jurídico de derecho privado; son cosas inalienables, no embargables, sin prescripción, como los bienes públicos pertenecientes a las personas jurídicas de derecho público.

Forma especial de concesión es la de obra pública, denominada en la Ley nº 8.987/95 (art. 2º, III) de **concesión de servicio público precedida de la ejecución de obra pública**. Para DI PIETRO (p. 117), se trata “de contrato administrativo por el cual el poder público transfiere a otros la ejecución de una obra pública, para que la ejecute por su cuenta y riesgo, mediante remuneración pega por los beneficiarios de la obra o obtenida como resultado de la explotación de los servicios o utilidades que la obra proporciona”.

## 7.2. Permiso

Para DI PIETRO (p. 118), el vocablo posee sentido amplio, que designa el ato administrativo unilateral, discrecional y precario, gratuito o

oneroso, por el cual la Administración Pública faculta al particular la ejecución de servicio público o la utilización privativa de bien público por terceros. De allí su doble acepción: permiso de servicio público y permiso de uso.

MEDAUAR (p. 351) esclarece que nunca fue fácil la distinción substancial entre concesión y permiso, porque ambas implican prestación de servicios públicos por particulares, con remuneración asegurada por la tarifa que los usuarios pagan, mas que, ante la Ley 8.987/95, la referencia está restringida a dos aspectos:

a) La concesión es atribuida a persona jurídica o consorcio de empresas, mientras tanto la permiso es atribuida a persona física o jurídica;

b) La concesión destinase a servicios de larga duración, inclusive para propiciar retorno de altos inversiones de la concesionaria; el permiso supone media o curta duración.

Remata MEDAUAR (p. 351-2) que para vehicular el permiso de servicio público fue creado el *contrato administrativo de adición* (art. 40, de la Ley n° 8.987/95), lo que hace desaparecer por entero la clásica distinción entre concesión y permiso en el sentido de que la primera se efectuaría por contrato y la segunda por acto administrativo discrecional, precario y revocable, en principio a cualquier tiempo. Mejor dicho, el art. 175, de la Constitución Federal de 1988, ya estableciera la exigencia de licitación para ambas, lo que indicaba la naturaleza contractual también del permiso.

DI PIETRO (p. 121), por su vez, señala que la Ley n° 8.987/95 en nada ayudo a distinguir los dos institutos. En el art. 2º, inciso IV, define el permiso de servicio público como “la delegación, a título precario, mediante licitación, de la prestación de servicios públicos, hecha por el poder concedente a la persona física o jurídica que demuestre capacidad para su desempeño, por

su cuenta y riesgo". Ya en el art. 40, determina que "el permiso de servicio público será formalizada mediante contrato de adición, que observará los términos de esta Ley, das demás normas atinentes y del edital de licitación, inclusive cuanto a la precariedad y a la revocabilidad unilateral del contrato por el poder concedente". El parágrafo único manda aplicar a los permisos lo dispuesto en la ley.

En un contexto tal, DI PIETRO (p. 121) apunta las características del permiso:

- a) Precariedad en el ato de delegación;
- b) Naturaleza del contrato de adición;
- c) Revocabilidad unilateral por el poder concedente;
- d) Posibilidad del permiso ser hecho a persona física, lo que no está previsto para la concesión.

Dice, más, que la posibilidad de el servicio público ser precedido de obra pública está prevista apenas con relación a la concesión, lo que se justifica plenamente, porque la realización de obra pública es incompatible con la precariedad que la ley pretendió imprimir al permiso.

### **7.3. Autorización**

La Constitución Federal, en su art. 175, no se refiere a la autorización como forma de prestación de servicios públicos. Entretanto, en el art. 21 (inciso XII), revela servicios que la Unión puede ejecutar directamente o por medio del instituto en comento.

Enseña DI PIETRO (p. 122-3) que, en el derecho brasileño, la autorización administrativa tiene varias acepciones. Designa el ato unilateral y precario por el cual la Administración faculta al particular el desempeño de actividad material o la práctica de ato que, sin ese consentimiento, serían legalmente prohibidos. Se trata de la autorización como acto practicado en el ejercicio del poder de policía. De otro lado, es el ato unilateral y discrecional por el cual el Poder Público faculta al particular el uso privativo de bien público, la título precario. Se trata de la autorización de uso. En la tercera acepción, que los interesa, es “el ato administrativo unilateral y discrecional por el cual el Poder Público delega al particular la explotación de servicio público, la título precario”. Se trata de la autorización de servicio público.

Al lado de la concesión y del permiso, la autorización es forma de delegación de la ejecución de servicio público al particular.

Explica MEDAUAR (p. 352) que cuanto a la autorización, permanece su formalización por acto administrativo discrecional y precario. En general, por la autorización se transfieren al particular servicios de fácil ejecución, de regla sin remuneración por tarifas; es el caso de la autorización para conservación de plazas, jardines o canteros de avenidas, en cambio de la fijación de placa con el nombre de la empresa. Tal modalidad no es objeto de la Ley n° 8.987/95.

DI PIETRO (p. 124-5) señala que precisamente por ser la autorización dada en el interés exclusivo del particular, no hay necesidad de que le sean delegadas prerrogativas públicas. El Poder Público titular del servicio da la autorización con base en el poder de policía del Estado y, con base en ese mismo poder, establece las condiciones en que la actividad será ejercida y fiscaliza el ejercicio de la actividad. Y que, “siendo la autorización, por definición, un ato precario, a rigor debe ser otorgada sin plazo, de tal forma que el Poder Público puede revocarla, a cualquier momento, sin derecho a la

indemnización; la fijación de plazo podrá investir el beneficiario de derecho subjetivo oponible a la Administración, consistente en pérdidas y daños, en caso de revocación fuera de tiempo”.

Remata MEIRELLES (p. 376) que “la modalidad de *servicios autorizados* es adecuada para todos aquellos que no exigen ejecución por la propia administración, ni piden especialización en la su prestación al público, como ocurre con los servicios de taxi, de despachantes, de pavimentación de calles por cuenta de los moradores, de guarda particular de establecimientos o residencias, los cuales, aunque no siendo una actividad pública típica, conviene que el Poder Público conozca y autorice sus ejecutores y sobre ellos ejerza el necesario control en su relación con el público y con los órganos administrativos la que se vinculan para el trabajo”.

## **8. Agencias Reguladoras**

Explica MEIRELLES (p. 334) que con la nova política gubernamental de transferir para el sector privado la ejecución de servicios públicos, reservando al Estado la reglamentación, el controle y la fiscalización de esos servicios, hubo la necesidad de crear, en la Administración, agencias especiales destinadas a ese fin, en el interés de los usuarios y de la sociedad. Tales agencias tienen sido denominadas de *agencias reguladoras* y fueron instituidas como *autarquías sobre régimen especial*, con el propósito de asegurar su autoridad y autonomía administrativa.

Con tal propósito, fueron criadas las siguientes agencias:

a) La Ley n° 9.427/96 instituye la *Agencia Nacional de Energía Eléctrica - ANEEL*, para regular y fiscalizar el sector de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica;

b) La Ley n° 9.472/97 instituye la *Agencia Nacional de Telecomunicaciones - ANATEL*, para regular y fiscalizar el sector de telecomunicaciones;

c) La Ley n° 9.478/97 instituye la *Agencia Nacional del Petróleo - ANP*, para regular y fiscalizar las actividades antes realizadas por la Petrobrás en régimen de monopolio;

d) La Ley n° 9.782/99 instituye la *Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria - ANVS*, con la finalidad de proteger la salud de la población, mediante el control sanitario de la producción y comercialización de productos y servicios sometidos a la vigilancia sanitaria, tales como medicamentos, alimentos, cosméticos, laboratorios, planes de salud, etc.;

y) La Ley n° 9.984/00 instituye la *Agencia Nacional de Aguas - ANA* con competencia para supervisar, controlar y evaluar las actividades resultantes del aprovechamiento de los recursos hídricos, bien como otorgar, mediante autorización, el derecho de uso de la agua en ríos de dominio de la Unión.

Resalta MEIRELLES (p. 334-5) que todas esas agencias fueron creadas como autarquías especiales, se considerando el *régimen especial* como “el conjunto de privilegios específicos que la ley otorga a la entidad para la consecución de sus fines. En el caso das *agencias reguladoras* hasta ahora creadas en el ámbito de la Administración Federal esos privilegios se caracterizan básicamente por la *independencia administrativa*, fundamentada en la estabilidad de sus dirigentes (mandato fijo), *autonomía financiera* (renta propia y libertad de

su aplicación) y *poder normativo* (reglamentación das materias de su competencia)”).

Adiciona el autor que la Ley nº 9.986/00 dispone sobre la gestión de recursos humanos das agencias reguladoras, estableciendo que estas tendrán relaciones de trabajo regidas por la CLT y legislación laboral correlativa, en régimen de empleo público. Y para resguardar su independencia prohíbe a los empleados, requeridos, ocupantes de cargos comisionados y dirigentes el ejercicio de cualquier otra actividad profesional, inclusive gestión operacional de empresa, o dirección político-partidaria, exceptuados los casos admitidos en ley. Con relación a compras y contrataciones de servicios, extiende a todas las agencias reguladoras el régimen especial de licitación antes solamente concedido a la ANATEL, posibilitando que ellas se utilicen das modalidades de consulta e subasta, en los términos de reglamento propio. Se exceptúan apenas las contrataciones referentes a obras y servicios de ingeniería, que quedan subordinadas a las normas generales de licitación y contratación de la Administración Pública.

### **Bibliografía referida**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias en la administración pública*. 3ª Edición. Son Paulo: Atlas, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Derecho administrativo moderno*. 7ª Edición. Son Paulo: Editora Revista de los Tribunales, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Derecho Administrativo Brasileño*. 26ª Edición. Son Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestación de servicios públicos y administración indirecta*. 2ª Edición. Son Paulo: Editora Revista de los Tribunales, 1979.

Universidad de Brasilia

Curso de Regulación en Telecomunicaciones

Tema: **Reglamentación de la prestación de servicios de telecomunicaciones**

**Francisco Ribeiro Todorov**

*Master of Laws* por la Universidad de Columbia, Nueva York

Abogado de la Trench, Rosi y Watanabe en Brasilia.

Especializado en derecho de la competición y en derecho de las telecomunicaciones

“COMPETICIÓN EN TELECOMUNICACIONES”

POSTILA

Traducido por : Priscilla Solís Barreto – (ENE-UnB)

### **PARTE I - INTRODUCCIÓN**

Las reformas introducidas en el sistema brasileño de telecomunicaciones a partir de la Enmienda Constitucional n. 8/95, que eliminó el monopolio estatal en el sector, tenían como uno de sus objetivos principales, si no el principal, la promoción de la competición en los servicios de telecomunicaciones. De esta forma, la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), Ley n. 9.472/97, y las reglamentaciones que la siguen, pueden ser interpretadas como normas competitivas, en el sentido en que buscan a promover, y a proteger, la competición en la prestación de los servicios.

Entre tanto, para mejor entender el sistema normativo brasileño de las telecomunicaciones, es necesario comprender las peculiaridades de este sector que exige la adopción de normas específicas para garantizar la competición, visto que en la mayoría de los sectores de la economía la competición no requiere un régimen de normas impositivas de obligaciones, pero a penas un conjunto de reglas que busca impedir abusos. En este sentido, es necesario entender como el sistema brasileño de telecomunicaciones anterior al de la reforma fue formado, considerando los aspectos económicos que propiciaban la formación del monopolio (la cuestión del monopolio

natural), con los aspectos políticos que determinaban que este monopolio debería ser de propiedad del Estado.

A partir de este escenario es posible entender mejor las reglas de promoción de la competición incluidas en la LGT y en las reglamentaciones posteriores, verificando exactamente que obstáculos a la instauración de la competición ellas pretenden eliminar, y cual la eficacia y cual la “justicia” de esas reglas.

Cabe todavía analizar la relación entre la regulación de las telecomunicaciones y el sistema de defensa de la competición. O sea, hasta que punto las normas generales de defensa de la competición son aplicables al sector de telecomunicaciones, considerando que la regulación del área fue diseñada exactamente para promocionar y proteger la competición? Si tiene algún espacio para esas normas generales de defensa de la competición, cual es este espacio? A este respecto, iremos analizar el sistema brasileño de defensa de la competición, sus institutos y procedimientos, y su aplicación al sector de las telecomunicaciones.

Comenzaremos con un breve histórico de las telecomunicaciones en Brasil.

## 1.1 – BREVE HISTÓRICO

La historia de las telecomunicaciones en Brasil puede ser dividida en tres períodos – (i) el período anterior al de la edición del Código Brasileño de las Telecomunicaciones, por medio de la Ley 4.117/62; (ii) el período entre la edición del Código Brasileño de las Telecomunicaciones (CBT) y la edición de la LGT; y (iii) la fase actual, inaugurada a partir de la edición de la LGT. Las tres fases contienen elementos interesantes del punto de vista de un análisis competitivo.

Conforme expuesto en la Exposición de Motivos del proyecto de ley que generó la LGT (“Exposición de Motivos”), antes de la edición del CBT, Brasil vivía un sistema curioso. Un gran número de prestadores de servicios de telecomunicaciones (más de 1200!), y una precariedad significativa en la prestación de servicios. La Exposición de Motivos explica que:

*“En el inicio de la década de 1960, en vigencia de la Constitución de 1946, cabía a la Unión, a los Estados y a los Municipios la explotación, de acuerdo con el su ámbito, de los servicios de telecomunicaciones, directamente o mediante la correspondiente otorga. Descentralizada de la misma forma era también la atribución de fijar las tarifas correspondientes. Había entonces cerca de 1.200 empresas telefónicas en el País, la grande mayoría de medio y pequeño porte, sin ninguna coordinación entre si y sin compromiso con directrices comunes de desarrollo y de integración de los sistemas, lo que representaba un grande obstáculo al buen desempeño del sector.*

*Los servicios telefónicos se concentraban en la región centro-este del País, donde se situaban más de 60% de los terminales, explotados por la CTB – Compañía Telefónica Brasileña, de capital canadiense. Los servicios telefónicos interurbanos eran muy precarios, basados a penas en algunas conexiones en microondas de baja capacidad, interconectando Rio de Janeiro, São Paulo, Campinas, Rio de Janeiro, Belo Horizonte y Brasilia, y en pocos circuitos de radio en el rango de ondas cortas. Las comunicaciones telefónicas y telegráficas internacionales, que también no atendían a las necesidades del País, eran explotadas por empresas extranjeras.”*

La edición del CBT tuvo por objetivo alterar profundamente este escenario. El CBT proponía la creación de un sistema nacional de telecomunicaciones, concentrando la competencia para regular los servicios apenas a la Unión. Además de eso, determinó la creación de la Embratel, que sería responsable por administrar los troncos integrantes del sistema nacional de telecomunicaciones, y por prestar, en la forma de monopolio, los servicios de larga distancia nacional e internacional. La interconexión de las ciudades brasileñas para la prestación de los servicios de larga distancia nacional se inició a partir de la constitución efectiva de la Embratel, en 1965. Los servicios internacionales fueron asumidos por la Embratel entre 1966 y 1973, en la medida en que las concesiones entonces vigentes expiraban. El primer pilar del sistema nacional de telecomunicaciones estaba constituido – el establecimiento de una única empresa para integrar el País con servicios de larga distancia nacional e internacional.

Entre tanto, los cambios traídos por el CBT no fueron suficientes para resolver las dificultades encontradas en la prestación de los servicios de telefonía local. La solución encontrada fue la creación de la Telebrás, que ocurrió en 1972. La Telebrás, que pasó a controlar a Embratel, comenzó a adquirir las diferentes prestadoras de servicio local entonces existentes, las consolidando en niveles estatales. Constituye, entonces, el segundo pilar del sistema de telefonía – constitución de monopolios estatales controlados por la Unión.

De esta forma, de un estado inicial de fragmentación de la prestación de los servicios, pasó a tener un régimen de monopolio federal en la prestación de esos servicios, por medio de las empresas del sistema Telebrás. Este cambio – de un régimen de competencia fragmentado e ineficiente para un régimen monopolista estatal – fue fundamental para el desarrollo de las telecomunicaciones en el País. Es verdad que estos cambios tuvieron un fundamento político-ideológico – Brasil vivía una fase de estatización en diversos sectores de la economía. Entre tanto, la mayor razón para el éxito del cambio puede ser explicada por conceptos económicos tan simples como fundamentales.

## 1.2 – EL MONOPOLIO NATURAL

La doctrina económica establece, como regla, que el régimen de competencia es el más beneficioso para la sociedad, pues la competición estimula reducciones de precio en los productos y servicios, mejora de la calidad, reducción de los costos, y, en general, la alocación más eficiente posible de los escasos recursos naturales. Este concepto es intuitivo – se tiene apenas un abastecedor de un determinado producto o servicio, y si no tiene substitutos adecuados para tal producto/servicio, el único abastecedor tendrá libertad para imponer libremente sus precios. El precio será impuesto en el nivel que se maximice el lucro de este abastecedor. De esta forma, el abastecedor estará dispuesto a sacrificar un determinado volumen de ventas, si esto es necesario para obtención de un mayor<sup>1</sup> lucro.

---

<sup>1</sup> Considerando un abastecedor monopolista que no puede discriminar precios entre sus consumidores, cuanto menor el precio cobrado del producto/servicio, mayor será la demanda por tal producto/servicio. Como el objetivo del monopolista es el de maximizar su lucro, él irá buscar fijar el precio en un nivel en que la relación precio x cantidad vendida x costo de producción maximice su lucro. Normalmente

Por otro lado, en un régimen competitivo los abastecedores no tienen como aumentar sus lucros por un aumento de precios, visto que ellos no tienen como influenciar los precios del mercado. De esta forma, la única manera de aumentar los lucros es por medio de una reducción de costos de producción, posibilitando un margen mayor de lucro en las ventas del producto, y/o una reducción de los precios, aumentando la cantidad vendida, y, así, el retorno final. Como estos incentivos son comunes a todos los abastecedores del mercado, la tendencia natural es la de que el precio de mercado será prácticamente el precio de costo de producción más un lucro mínimo y suficiente para mantener el interés por aquel mercado, y la de que la cantidad vendida del producto sea en un nivel superior a aquel caso el mercado sea monopolizado.

Esta es la lógica de la mayoría de los mercados. Entre tanto, existen determinados mercados en que, por su estructura y características, esta lógica simplemente no funciona. Hay casos en que la configuración más eficiente es exactamente la de un monopolio – son los llamados monopolios naturales. Se considera que un mercado será un monopolio natural si los costos fijos<sup>2</sup> de un productor son extremadamente elevados, siendo que, entre tanto los costos marginales<sup>3</sup> sean mínimos. Esto significa que cuanto mayor la producción, menor el costo medio total<sup>4</sup> del producto. O sea, los costos de producción disminuyen en la medida en que la escala de producción aumenta. En un monopolio natural no existe un límite en esta relación, siendo que el costo de un productor para atender a todo el mercado será menor de los costos de dos o más productores para atender el mismo mercado<sup>5</sup>.

---

esto significará que la cantidad vendida del producto/servicio será menor que la cantidad que sería vendida en un régimen de competencia.

<sup>2</sup> Costos fijos son aquellos que son incurridos por el abastecedor a penas por estar presente en el mercado, y que no varían de acuerdo con la cantidad del producto que es fabricado. Por ejemplo, los costos de instalación y mantenimiento de una fábrica de automóviles son costos fijos, pues el abastecedor deberá arcar con ellos independientemente de estar produciendo uno o mil automóviles por mes.

<sup>3</sup> Costo marginal es aquel incurrido por la producción de una unidad adicional de un producto o servicio. En el ejemplo anterior, costo marginal sería aquel incurrido por la producción de un automóvil adicional, excluyendo todos los costos fijos que son incurridos de cualquier manera.

<sup>4</sup> Costo de producción de cada unidad producida, que es obtenido por la división del costo total de producción (costos fijos + costos variables) por la cantidad total producida.

<sup>5</sup> Perciba que esta relación no es verdadera en el ejemplo del automóvil. Todavía considerando que en una fábrica ya instalada el costo medio total es reducido en la medida en que aumenta la producción de aquella fábrica, esta relación sólo es verdadera hasta el límite de producción de aquella fábrica en particular. Con un aumento elevado en la demanda, el fabricante sería forzado a construir otra fábrica, incurriendo, entonces, en altos costos fijos adicionales para atender el incremento de aquella demanda. Además de eso, la escala de eficiencia de una fábrica de automóviles indica que el aumento de la producción para ciertos niveles muy elevados puede generar costos marginales mayores, y no menores.

La prestación de servicio de telefonía fija local siempre fue considerada por la doctrina especializada, y por las autoridades públicas de los diversos países, como un monopolio natural. Veamos. El costo fijo de entrada en este mercado es altísimo. Se hace necesario construir una red de telecomunicaciones en toda la ciudad, para ofrecer los servicios a toda la población. El costo de construir y de mantener la red es muy alto. Y este depende del número de personas efectivamente usando el servicio. Si la empresa tiene apenas dos clientes, pero ellos están en lados opuestos de la ciudad, todavía así es necesario construir una red que atraviesa la ciudad para conectarlos. Y el costo de construir esta red y mantenerla es básicamente el mismo si hubiese dos o doscientos mil usuarios.

Por otro lado, una vez construida la red en aquella ciudad, el costo adicional acarreado por el ofrecimiento del servicio a cada uno de los habitantes es muy pequeño. Como el incremento de costo es bajo, cuanto mayor el número de usuarios, menor será el costo medio total para la prestación del servicio.

En caso de que otro abastecedor pretenda competir en la prestación de servicio de telefonía en aquella ciudad, debería, en tesis, establecer a su propia red local. O sea, sería necesario duplicar la infra-estructura ya existente para competir en el mercado. Mismo que el entrante incurra en los elevados costos de construcción y manutención de una nueva red, el problema mayor resta en el hecho de que tendrá que dividir la base de clientes existente con el abastecedor ya establecido. Teniendo en vista que el costo marginal de servicio del cliente es bajo, el resultado es que el costo medio total de cada uno de los dos proveedores para la provisión del servicio de telefonía local será mucho más alto de que el costo medio total para la provisión del servicio caso hubiese apenas un abastecedor. Esto significa que no es económicamente viable establecer una red local competidora, lo que indica que la prestación de servicios de telefonía fija local es un monopolio natural – pues esta es la configuración de mercado que es más eficiente.

La comprensión de la cuestión del monopolio natural es fundamental para entender la historia de la reglamentación de la telefonía, y también para comprender el modelo brasileño actual. Conforme veremos, los esfuerzos de promoción de la competición

llevan en consideración las limitaciones causadas por la existencia del monopolio natural, y alternativas de regulación son indicadas para superar esta dificultad.

### 1.3 – LOS EFECTOS DE RED (*NETWORK EFFECTS*)

Existe todavía otra explicación económica para justificar las medidas de consolidación del sistema de telefonía adoptadas en las décadas de 60 y 70 en Brasil. En determinados mercados, el valor del producto o servicio aumenta en la medida en que aumenta el número de consumidores o usuarios del producto o servicio. Estos son los *network effects*, o las cosas externas de la red. Un ejemplo típico de mercado en que esto se verifica es el mercado de sistemas operativos, en el cual el “Windows”, de la Microsoft, es el programa dominante (con más de 90% del mercado). El principal elemento que hoy torna el Windows indispensable en los computadores al rededor del mundo no es la calidad intrínseca del programa, pero si el hecho de que todas las personas lo utilizan. Como todas las personas utilizan este programa, es más ventajoso para cualquier consumidor utilizarlo también, pues no habrá cualquier problema con la transferencia de sus archivos para terceros, o con el recibimiento de archivos de terceros. Además de eso, tiene una mayor facilidad para adquirir software para utilizar con el Windows, visto que la grande parte de los softwares son desarrollados para uso con esta plataforma. Y son porque este sistema operativo es el más usado en todo el planeta.

O sea, el hecho del Windows ser el sistema operativo más usado es el factor principal para escoger para el consumidor y para los programadores de software, y el hecho de los programadores de software crearen nuevos programas para uso con el Windows, y la continua selección de nuevos consumidores, garantizan que el Windows continuará a ser el sistema operativo más utilizado. Note que esto no se da por el hecho de el Windows ser el “mejor” sistema operativo disponible, pero si por el hecho de ser el más usado. Cuanto más utilizado, mayor su valor, y mayor la garantía de que continuará a ser el más utilizado.

Esas cosas externas de la red también están presentes en un sistema de telefonía. El objetivo del consumidor del servicio de telefonía es se comunicar con terceros. Cuanto mayor el número de personas que pueden ser accesadas por el consumidor

como su teléfono, mayor el valor que el consumidor dará a este servicio. Si en la década de 60 en Brasil había más de 1200 prestadores de servicios de telefonía, que no necesariamente estaban conectados unos a los otros, es obvio que el resultado era el de que el valor del servicio prestado era reducido. De esta forma, por medio de la creación de un sistema único de telefonía en el País, y con la creación de la Embratel y del Sistema Telebrás, fue posible aumentar el valor del servicio prestado – garantizando la posibilidad de comunicación entre personas en los más diversos lugares del país. Y la escala traída por la integración posibilitó la realización de inversiones para el incremento de la red.

Aunque hoy se cuestione la lógica del monopolio natural, y la LGT tenga por objetivo promover la competencia en los servicios, el entendimiento de la esencialidad de la conexión entre las redes de telefonía para garantizar el valor de la prestación del servicio permanece, por medio de la garantía y obligatoriedad de interconexión entre las redes de prestadores de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo.

#### 1.4 – EL CAMBIO DEL PARADIGMA EN LAS TELECOMUNICACIONES – LA PRIVATIZACIÓN Y LA INTRODUCCIÓN DE LA COMPETICIÓN

Muy cuando la integración del sistema, y la estatización, dentro del contexto de la época, hayan sido fundamentales para el desarrollo de las telecomunicaciones en Brasil, el modelo no llegó plenamente a los objetivos iniciales, principalmente el de universalización del servicio de telefonía. La falta de recursos públicos disponibles para inversión en el crecimiento de las redes, aliada a una política de tarifas establecida con objetivos políticos y macroeconómicos (lea, control de la inflación) y a las restricciones gerenciales impuestas a las empresas estatales, imposibilitaron a la Telebrás hacer crecer la red de telefonía constantemente para atender la demanda también creciente por esos servicios. Pero la Exposición de Motivos mensaje presidencial que acompañó el proyecto de ley que generó la LGT trae también otro factor:

*“Una otra [justificativa], de importancia igual o mayor, debe ser citada: es la acomodación resultante del monopolio, de la ausencia de competencia. La necesidad de conquistar y mantener clientes, en ambiente de competencia, funciona como poderoso estimulante a la busca de soluciones innovadoras*

*para el mejor servicio a la demanda, para la reducción costos y para la mejoría de la calidad. Ese estímulo, las empresas estatales del área de telecomunicaciones no tuvieron”.*

O sea, los factores apuntados por los idealizadores de la reforma de los años 90, considerados impeditivos al crecimiento de las telecomunicaciones en Brasil, después del increíble avance de los años 60 y 70 fueron: el control estatal y el régimen monopolista de competición. Por eso, el objetivo de la Enmienda Constitucional n. 8/95 y de la LGT era exactamente el de privatizar el Sistema Telebrás y promover competición en los servicios. La decisión sobre la privatización del Sistema Telebrás está conectada a todo el proyecto de privatización ocurrido en los años 90 en Brasil, con el realineamiento del papel del Estado en la economía para una función reguladora y no de participación directa en la actividad económica. El movimiento de introducción de competición en los servicios de telecomunicaciones acompañó una tendencia mundial, también en los años 90, de redefinición de los modelos reguladores del sector, y de revisión de los conceptos existentes sobre el monopolio natural.

Como vimos, la prestación de servicios locales de telefonía fija tiene características claras de monopolio natural. Entre tanto, la telefonía fija local es apenas uno de los diversos servicios de telecomunicaciones existentes, y tiene varios otros en que no tiene cualquier justificativa económica para la manutención de un monopolio. Por ejemplo, la telefonía celular ingresó en Brasil efectivamente en el inicio de los años 90. Se trataba de un servicio nuevo de telefonía, en el cual las reglas técnicas y económicas vigentes para la telefonía local no se aplicaban. Como la telefonía móvil dispensa la instalación de redes físicas significativas dentro de las ciudades (visto que la transmisión de la señal ocurre por transmisiones por el aire), los costos fijos de instalación eran bien menores de que los de la telefonía tradicional. De esta forma, no era mas posible decir que seria imposible duplicar la red de telefonía móvil en una determinada ciudad. En efecto, lo que se ve hoy en Brasil es la prestación de este servicio por hasta cuatro proveedores en determinadas localidades.

Además de eso, hubo una reevaluación sobre la necesidad de manutención de monopolio en relación a otros servicios de telefonía – como los servicios de telefonía

de larga distancia e internacional. Más una vez, aquí la lógica del monopolio natural no se aplica, visto que nada impide la existencia de más de una red de transmisión de señales telefónicas en diversas regiones del País o para el exterior. Con efecto, tiene alternativas tecnológicas para la transmisión de los señales – sea por medio de satélite o por medio de cabos de fibras ópticas, por ejemplo.

Un factor relevante para esta reevaluación del modelo fue el avance tecnológico ocurrido en las últimas décadas. Soluciones anteriormente inexistentes pasaron a ser presentadas para desmoralizar argumentos en pro del monopolio. Por ejemplo, la introducción de alternativas de transmisión de señales a larga distancia – más notadamente por medio de cabos de fibras ópticas – trajo una solución inexistente en la década de 60, reduciendo los costos de transmisión, y, así, facilitando la introducción de un régimen de competición en la telefonía de larga distancia.

Este era, entonces, el escenario existente en la definición del nuevo modelo regulador – agotamiento de la capacidad de inversión del Estado; acomodación traída por la prestación del servicios de telecomunicaciones en régimen de monopolio; innovaciones tecnológicas permitiendo soluciones anteriormente impensables; y redefinición del papel del Estado en la economía.

El desafío, entre tanto, era, y todavía es, el de garantizar que el régimen de competición no iría perjudicar el objetivo mayor de garantía de acceso de los servicios básicos de telecomunicaciones a toda la población brasileña – la universalización de los servicios. Conforme veremos abajo, la universalización siempre fue financiada por políticas de subsidios cruzados, por medio de los cuales los usuarios de servicios de telefonía de larga distancia subsidiaban la prestación del servicio local, los usuarios urbanos subsidiaban los usuarios rurales, y los ingresos traídos por la explotación en monopolio viabilizaban la expansión de los servicios<sup>6</sup>. El régimen de competencia no

---

<sup>6</sup> El mensaje que acompañó el proyecto de ley que generó la LGT critica este entendimiento: “*El ingreso médoa generado actualmente por los terminales en servicio tiene cerca de 43% provenientes de los servicios locales y 57% de los servicios de larga distancia, mientras que los costos distribuyen 81% para los servicios locales y 19% para los de larga distancia. Ese desequilibrio es consecuencia de la política de subsidios cruzados adotada en Brasil (y también en otros países) en situación de monopolio, sobre el argumento principal de que, transfiriendo ingresos de los servicios interurbano e internacional, en principio utilizados por las empresas y por las camadas de la población de mayor renta, se estaria subsidiandoa las camadas menos favorecidas del pueblo, usuarias esencialmente apenas de los servicios locales. Como ya mostrado anteriormente, ese argumento es falacioso, pues em*

permite una política de subsidios cruzados, conforme veremos. La cuestión, entonces, era saber como introducir la competencia sin perjudicar los objetivos con la universalización de los servicios.

### 1.5 – OBJETIVOS DE LA REFORMA

La Exposición de Motivos resume los objetivos de la reforma: *“De forma breve, esos objetivos podrían ser vistos como la consolidación de dos principios esenciales: la introducción de la competencia en la explotación de los servicios y la universalización del acceso al servicio básico”*. Entre tanto, otro objetivo fue también presentado, en posible contradicción a los anteriores – la maximización del valor de venta de las empresas estatales de telecomunicaciones. Explica la Exposición de Motivos: *“Ese objetivo expresa la intención de que el proceso de privatización de las actuales operadoras estatales sea planeado de forma que los objetivos esenciales conectados a la introducción de la competencia y a la promoción del acceso universal a los servicios básicos sean alcanzados, sin, con todo, provocar impactos negativos importantes en el valor de venta de los activos a ser vendidos”*.

Analizaremos, primeramente, la cuestión de la maximización de los activos en la privatización, y de que manera esto afectó los objetivos principales de la reforma – competencia y universalización.

### 1.6 – EL MODELO DE LA PRIVATIZACIÓN

El Sistema Telebrás incluía empresas de ámbito estatal que prestaban servicios de telefonía local y servicios móviles (como el celular – masificado la partir de los años 90), y la Embratel, que prestaba servicios de telefonía de larga distancia e internacional. En preparación a la privatización, las empresas estatales fueron

---

*Brasil, las camadas más pobres de la población no disponen de atendimento telefónico individualizado, de modo que el subsidio acabó beneficiando mismo las clases sociales más favorecidas. Al contrário, al onerar las empresas con costos más elevados para los servicios que ellas más usan – interurban e internacional – ese subsidio al contrario acabó significando una penalización a las clases más pobres, pues ciertamente el diferencial de costos fue repasado a los precios de los productos que ellas consumen”*.

reunidas en apenas tres<sup>7</sup>, y colocadas a la venta juntamente con la Embratel (como monopolista del servicio de larga distancia inter-regional e internacional). La cuestión era saber cuando sería permitida la introducción de competición, y en que términos. La respuesta a esta pregunta afectaría directamente el valor de venta del Sistema Telebrás: cuanto más rápida la introducción de competidores – lo que aparentemente sería benéfico, visto que la introducción de la competición era el objetivo básico del sistema -, menor sería el valor de venta de las empresas. Por otro lado, cuanto mayor la protección garantida a los nuevos propietarios mayor sería el valor que estarían dispuestos a pagar por las empresas.

En este sentido, las siguientes “líneas de acción” fueron adoptadas, conforme recomendado en la Exposición de Motivos:

*“la) el órgano regulador [ANATEL] deberá ser creado antes de la privatización y del inicio de la competición, para garantizar que, desde el comienzo, se tengan disponibles la infra-estructura y las habilidades necesarias a la definición de las reglas de competición y a la solución objetiva de conflictos;*

*b) la competición no deberá comenzar antes de la privatización, de modo a dar a las operadoras actuales condiciones de se preparar para competir, dentro de las fronteras establecidas por el órgano regulador, sin las restricciones de gestión a que se encuentran actualmente sujetas, en la condición de empresas estatales;*

*c) deberán ser realizados, conjugados con el proceso de otorga de las nuevas licencias, subastas de espectro, de modo a asegurar a los operadores, antiguos y nuevos, oportunidad de acceso a los recursos de que necesitan para competir con éxito;*

*d) las operadoras de las regiones menos atractivas podrán contar con un período de protección legal, antes del inicio de la competición, para mejorar su atracción al capital privado. Todas las regiones en que Brasil venga a ser dividido tendrán, en la práctica, un período de monopolio de hecho, debido al tiempo que los nuevos operadores necesitarán para preparar su infra-*

---

<sup>7</sup> Telesp – incluyendo el estado de São Paulo; Telemar – incluyendo la mayoría de los estados costeiros; TeleCentroSul – incluyendo la región sul y la mayoría de los estados localizados en el interior.

*estructura y para atraer consumidores. El período de protección legal sería, por tanto, adicional a ese plazo de monopolio de hecho. [...]” (subrayado de aquí)*

Se percibe claramente que se optó por garantizar un poder de monopolio privado inicial a los inversionistas, como incentivo a la adquisición de las empresas, y, también, como forma de maximización de ingresos con la privatización. Es claro que otros objetivos podrían haber sido privilegiados – las licencias para competidores podrían haber sido concedidas antes de la privatización exactamente para posibilitar el establecimiento de un competidor viable antes de la transferencia del operador tradicionalmente monopolista para el sector privado.

Además de eso, se podría haber privilegiado en la privatización las ofertas de los inversionistas que maximizasen los objetivos de universalización, en disminución del valor puro y simple a ser pagado por las licencias. De esta forma, se estaría buscando alcanzar, de forma más directa, el otro objetivo de la reforma – garantía de la universalización de los servicios básicos de telecomunicaciones.

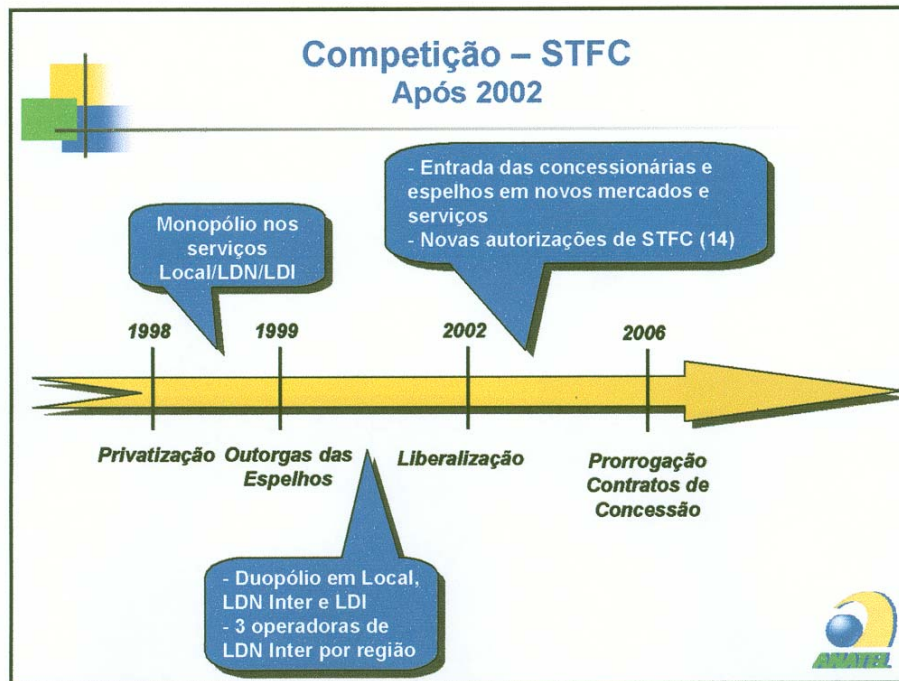
Entre tanto, se optó por maximizar el retorno financiero inmediato por la venta de las empresas, en disminución de los objetivos básicos de la reforma – competición y universalización. En este sentido, se puede decir que los inversionistas pagaron al Estado por el derecho de explotar en régimen de monopolio por un determinado período de tiempo.

Se puede discutir si esta decisión fue o no fue correcta, siendo que, con todo, sería difícil imaginar la viabilidad política de una privatización que no generase un retorno financiero inmediato al Estado, teniendo en vista la existencia de oposición (tanto en la época como todavía ahora) a la reforma, sobre el argumento de que estaría habiendo una entrega del patrimonio nacional al sector privado.

La reforma, entonces, previa la transferencia de las empresas reestructuradas para el sector privado, con la consecuente emisión de licencia para apenas un competidor para cada una de esas empresas (nuevamente, preponderancia del objetivo de obtención de recursos financieros con el proceso). Habría entonces un régimen de dúo

polio legal por un determinado período de tiempo, hasta el momento en que no más habría límite para la concesión de licencias para prestación del servicio. Después de esta fase inicial, habría, al menos en el plano regulador, las condiciones para el establecimiento definitivo de competición en todos los servicios.

El cuadro abajo<sup>8</sup> demuestra la evolución del régimen de competición en la telefonía fija:



## PARTE II - LA REGULACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA LA COMPETICIÓN

La introducción de competición en mercados monopolizados es extremadamente difícil. Mismo desconsiderando las dificultades de instalación de una nueva empresa, se hace

<sup>8</sup> Extraído de los slides de la conferencia intitulada “Competición, tarifas y consolidación de mercado: el papel del agente regulador”, proferida pelo Presidente de la ANATEL, Luiz Guilherme Schymura de Olivera, ([http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/releases/2003/anexo\\_release\\_11\\_04\\_2003\(3\).pdf](http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/releases/2003/anexo_release_11_04_2003(3).pdf))

necesario enfrentar el hecho de que el abastecedor ya establecido (incumbente) tiene una marca consolidada y reconocida por los consumidores. En el sector de telecomunicaciones, más específicamente en telefonía fija, las dificultades son todavía mayores. El incumbente está físicamente ligado al consumidor, por medio de la línea telefónica. Además de eso, los elementos de monopolio natural del mercado hacen la duplicación de la red instalada imposible (en el caso de los accesos locales), siendo necesario que el nuevo entrante dependa de acceso a la red de su competidor, que, así, tiene posiblemente una ventaja adicional para impedir la competencia efectiva en el mercado.

De esta forma, no basta la eliminación de barreras legales para el acceso al mercado. La regulación necesita ser pro-activa, buscando exactamente a la promoción de la competencia. Este es el propósito de la LGT y de las reglamentaciones editadas a partir de ella. De acuerdo con la LGT (Art. 2º, III), *“el Poder Público tiene el deber de adoptar medidas que promuevan la competencia y la diversidad de servicios”* El Art. 6º. de la LGT expone claramente el principio de la promoción de la competencia, reconociendo que, en el sector de telecomunicaciones, en muchos casos ella puede ser imperfecta:

*“Los servicios de telecomunicaciones serán organizados con base en el principio de la libre, amplia y justa competencia entre todas las prestadoras, debiendo el Poder Público actuar para propiciarla bien como para corregir los efectos de la competencia imperfecta y reprimir las infracciones del orden económico.”*

La LGT reconoce las dificultades para la introducción de la competencia. La Exposición de Motivos ya listaba claramente cuales son los desafíos que necesitaban ser enfrentados para el establecimiento del régimen competidor en los servicios de telecomunicaciones:

*“Con relación a las reglas básicas para asegurar que la competencia sea justa, estas pueden ser resumidas en las siguientes:*

- *interconexión obligatoria de las redes que prestan servicios destinados al público en general;*

- *acceso no discriminatorio de los clientes a los prestadores de servicios que compiten entre si;*
- *plano de numeración no discriminatorio;*
- *posibilidad de acceso de los competidores a las redes abiertas en condiciones adecuadas;*
- *eliminación de los subsidios cruzados entre servicios;*
- *regulación de tarifas de los operadores dominantes;*
- *derechos de pasaje no discriminatorios;*
- *resolución de los conflictos entre operadores por el órgano regulador”.*

Pasamos a analizar de qué manera la LGT y la reglamentación subsiguiente aborda cada uno de esos elementos.

## 2.1 – Interconexión

Conforme expuesto arriba, el mercado de telecomunicaciones se caracteriza por la presencia de network effects. Cuanto mayor el número de personas que puedan ser alcanzadas por el uso del servicio telefónico prestado por una compañía, mayor será el valor de ese servicio. Entre tanto, en la ausencia de una obligación de se realizar la interconexión entre los usuarios del servicio prestado por la incumbente con el usuario del nuevo competidor, es obvio que no sería posible la implementación de la competencia, pues el servicio prestado por la nueva empresa no tendría cualquier valor para el usuario. De esta forma, no existe posibilidad de establecimiento de competencia sin una obligación clara de interconexión de las redes.

Además, la interconexión de las redes es fundamental también para ligar proveedores no competidores localizados en diversas localidades, y también para ligar proveedores de servicios distintos (proveedores de servicio móvil celular<sup>9</sup> y proveedores de otros servicios de telefonía). De esta forma, la interconexión sirve también para maximizar el valor de los servicios de telecomunicaciones en general.

---

<sup>9</sup> Ahora Servicio Móvil Personal – SMP.

La interconexión es definida por el párrafo único del Art. 146 de la LGT: *“Interconexión es la conexión entre redes de telecomunicaciones funcionalmente compatibles, de modo que los usuarios de servicios de una de las redes puedan comunicarse con usuarios de servicios de otra o acceder servicios en ella disponible”*.

La obligación de interconexión está prevista en el Art. 146, I, de la LGT (*“es obligatoria la interconexión entre las redes, en la forma de la reglamentación”*), siendo que la forma por la cual la interconexión será realizada está prevista en los Arts. 152 y 153 de la LGT:

*“Art. 152. La provisión de la interconexión será realizada en términos no discriminatorios, sobre condiciones técnicas adecuadas, garantizando precios similares y justos, atendiendo a lo estrictamente necesario a la prestación del servicio.*

*Art. 153. Las condiciones para la interconexión de redes serán objeto de libre negociación entre los interesados, mediante acuerdo, observado lo dispuesto en esta Ley y en los términos de la reglamentación.*

*§1º El acuerdo será formalizado por contrato, cuya eficacia dependerá de homologación por la Agencia, archivando una de sus copias en la Biblioteca para consulta por cualquier interesado.*

*§2º No habiendo acuerdo entre los interesados, la Agencia, por provocación de uno de ellos, arbitrará las condiciones para la interconexión.”*

Algunas consideraciones son necesarias. Primeramente, las condiciones de interconexión no pueden ser discriminatorias, i.e., las mismas condiciones de precio y de acceso deben ser ofrecidas a todos los prestadores que a ella se refieren. Caso contrario, sería posible al incumbente regular la competición, favoreciendo la interconexión para algunos en perjuicio de otros. Se puede decir, en regla, que el proveedor de servicio al cual es solicitada la interconexión no se puede aprovechar de su posición para negociar la interconexión de forma a cambiar la competición<sup>10</sup>. En

---

<sup>10</sup> En este sentido, cabe notar el dispuesto en el Art. 8º del Reglamento General de Interconexión: *“En las negociaciones destinadas a establecer los contratos de interconexión son cohibidos los comportamientos perjudiciales a la libre, amplia y justa competición entre prestadoras de servicio, en el*

efecto, de acuerdo con el Reglamento General de Interconexión (Resolución n. 40/98, alterada por la Resolución n. 130/99), los contratos de interconexión deben ser homologados por la ANATEL siendo que, con todo, *“la homologación será negada si el contrato fuera perjudicial a la amplia, libre y justa competencia”* (Art. 41, §1º).

Además de eso, los precios deben ser “justos”. Entre tanto, la LGT no dice que precio es justo, y también no establece que la interconexión debe ser ofrecida a precio de costo, lo que significa que el incumbente podría cobrar un margen de lucro (no definida, pero “justa”) para la interconexión. La definición del precio para la interconexión es uno de los elementos más complejos en la cuestión de la promoción de la competencia en el mercado de telecomunicaciones, teniendo en vista que, obviamente, el incumbente encuentra justo un precio que es superior al que considera justo el nuevo entrante. Las mismas discrepancias ocurren en la relación entre los proveedores de servicio local y de servicio de larga distancia, o entre los proveedores de servicio local o larga distancia y los proveedores de servicios de telefonía celular. Las tensiones causadas por la dificultad de se llegar a un consenso sobre el precio a ser pagado tienden a sobrecargar a la ANATEL para el arbitramento de esos valores.

El Decreto n. 4.733/2003<sup>11</sup>, que dispone sobre las políticas públicas de telecomunicaciones, establece que, a partir de la renovación de los contratos de concesión de telefonía fija (Art. 7, I), *“la definición de las tarifas de interconexión [...] se dará por medio de la adopción de modelo de costo de largo plazo [...]”*. El objetivo es dejar la regla para la fijación del precio más clara, y posiblemente reducir el valor de esta cobranza por medio de fijación del precio con base en modelos ideales (y no necesariamente reales) de costos, en beneficio de la promoción de la

---

régimen público y privado, en especial: I – práctica de subsidios, para reducción artificial de tarifas o precios; II – uso no autorizado de informaciones obtidas de competidores, decorrentes de contratos de interconexión; III – omisión de informaciones técnicas y comerciales relevantes a la prestación de servicio por otros; IV – exigencia de condiciones abusivas para la celebración de contrato de interconexión, tales como, cláusulas que impidan, por confidencialidad, la obtención de informaciones solicitadas por la ANATEL o que prohíban revisiones contractuales derivadas de alteraciones en la reglamentación; V – obstruir o protelar intencional de las negociaciones; VI – coacción buscando la celebración del contrato de interconexión; VII – la imposición de condiciones que impliquen en uso ineficiente de las redes o equipos interconectados”.

<sup>11</sup> Existe una Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADIN n° 2901-1) en análisis en el Supremo Tribunal Federal, que cuestiona la competencia del Presidente de la República para la edición de este decreto, delante de la alegada existencia de autonomía de la ANATEL.

competición. Entre tanto, es posible todavía prever que la definición de este precio continuará siendo un tema difícil para la ANATEL.

## 2.2 – Acceso a los Diferentes Prestadores de Servicios

De forma a que la competición sea posible, es necesario garantizar el derecho de elección de los usuarios en los diferentes servicios. Esto va además de la simple posibilidad de definir cual será el proveedor de acceso local en la telefonía fija, o de definir cual será su prestador de servicio de telefonía móvil. Considerando que el proveedor de telefonía fija local es el único físicamente ligado al usuario, es necesario que este acceso privilegiado no permita que el proveedor del servicio local destuerza la competición en la prestación de los demás servicios, o no perjudique al usuario, por ejemplo, en sus llamadas a usuarios de servicios competidores.

En este sentido, es interesante notar lo dispuesto en el Art. 3º, II, de la LGT, que establece que *“el Usuario de los servicios de telecomunicaciones tiene derecho a la libertad de elección de su prestadora de servicio”*. Este derecho es repetido de forma más específica en el Art. 12, II, del Reglamento del Servicio Telefónico Fijo Conmutado (Resolución n. 85/98), que establece que el *“Usuario del STFC [telefonía fija] tiene derecho a la libertad de elección de su Prestadora de servicio, en sus varias modalidades”*.

De esta forma, es interesante notar lo dispuesto en el Art. 39, párrafo único, de la Resolución n. 86/98, que establece claramente que el ofrecimiento de alternativas a los consumidores para la selección de prestadoras de servicios de telecomunicaciones es una obligación de naturaleza competitiva:

*“La no implementación, hasta 31 de diciembre de 1999, de la posibilidad de escoger, a cada llamada, la prestadora de STFC en la modalidad larga distancia nacional o internacional, será caracterizada como acto perjudicial a la competición, sujetando la prestadora a las sanciones previstas en la reglamentación.”*

Esta reglamentación es extremadamente positiva para estimular la competencia, en la medida en que permite al usuario hacer la elección del prestador de servicio de larga distancia e internacional cada vez que realiza una ligación telefónica. De esta forma, en principio, los proveedores de esos servicios no tienen clientes “cativos”, siendo que el precio a ser cobrado por el servicio acaba siendo de grande importancia en la elección para la realización de la ligación. Este modelo es un avance en relación al modelo norte-americano, por ejemplo. En los Estados Unidos existe también competencia en los servicios de larga distancia, siendo que, entre tanto, el usuario escoge el proveedor de esos servicios, y, a partir de la elección, todas las llamadas serán hechas por medio de ese proveedor. Tiene libertad para cambio de proveedor siendo que, entre tanto, existe una comodidad en se mantener el mismo proveedor, lo que perjudica de alguna forma la competencia<sup>12</sup>.

En un primer momento la posibilidad de elección del proveedor de servicios de larga distancia estaba limitada a las llamadas hechas por teléfonos fijos. A partir de la entrada en vigor del Reglamento de Servicio móvil Personal<sup>13</sup>, tal posibilidad fue extendida también a los usuarios de este servicio (telefonía móvil celular). Dispone el Art. 75 del reglamento:

*“El Usuario del SMP, en el ejercicio del su derecho de elección, debe seleccionar la prestadora de STFC de su preferencia para encaminamiento de llamadas de Larga Distancia a cada llamada por el originada.”*

### 2.3 – Plan de Numeración No discriminatorio

Los números de teléfono, o códigos de acceso conforme tratados por la reglamentación, son activos importantes en la prestación del servicio de telecomunicaciones. Los competidores que ofrecen numeraciones más atractivas para

---

<sup>12</sup> En este sentido, se dice que tiene “switching costs” que reducen la propensión del usuario de escoger otro proveedor para el servicio, lo que no ocurre en el modelo brasileño. Esos costos están presentes, y son significativos, en los servicios de telefonía local y celular, principalmente por la cuestión de la necesidad de alteración del número del teléfono del usuario (conforme veremos abajo).

<sup>13</sup> Anexo a la Resolución n. 245/2000. El Servicio Móvil Personal (SMP) es el sustituto del Servicio Móvil Celular (ambos tratan de servicios de telefonía móvil). Ni todos los prestadores de esos servicios “migraron” para el SMP. La posibilidad de selección del prestador de servicio de telefonía de larga distancia es restricta a los usuarios del SMP.

los usuarios tendrán una ventaja competitiva importante. Factores que pueden ser relevantes son la simplicidad para memorización de los números, eventuales supersticiones referentes a números etc... Por eso, es fundamental que la alocaión de esos números a las diferentes prestadoras de servicio sea hecha de forma no discriminatoria, para garantizar la igualdad en la relación competitiva entre las empresas. En este sentido establece el Art. 151 de la LGT:

*“La Agencia dispondrá sobre los planes de numeración de los servicios, asegurando su administración de forma no discriminatoria y en estímulo a la competición, garantizando el cumplimiento a los compromisos internacionales”.*

En el mismo sentido dispone el Art. 11 del mismo Reglamento de Numeración (Resolución n. 83/98):

*“En la Destinación, Atribución y Designación de Recursos de Numeración deben ser considerados su uso racional, eficiente, no discriminatorio, en estímulo a la competición y sin interferencias perjudiciales a los servicios de telecomunicaciones prestados”.*

Otra cuestión, talvez más fundamental sobre el punto de vista de la competición, referente a la numeración, es la cuestión de la portabilidad de los códigos de acceso cuando tiene cambio de prestador del servicio de telefonía fija local, o de telefonía móvil. Esta es una cuestión bastante polémica, no en relación al principio en si, pero a las dificultades técnicas y los costos de se garantizar este derecho a los usuarios.

La cuestión de la portabilidad es de grande importancia para el análisis competitivo, pues el deseo o mismo la necesidad de se mantener el mismo número telefónico puede ser el factor decisivo para determinar que el usuario no decida cambiar su prestador de servicio local. En este sentido, el “switching cost” existente en la cambio de prestador – necesidad de mudar el código de acceso – puede efectivamente representar una significativa barrera a la competición.

Para usuarios residenciales, la manutención del mismo código de acceso puede muchas veces ser apenas una cuestión de confort. Todavía así, es posible que gran parte de los usuarios este dispuesta a mantener la relación contractual con un prestador de telefonía local, aunque el competidor presente condiciones de prestación más ventajosa. Si esto puede ser verdadero para los usuarios residenciales, no hay dudas de que lo es para los usuarios comerciales. En estos casos, el número de teléfono representa mismo un fundo de comercio (“goodwill”), y el cambio de este número puede en muchos casos significar perjuicios financieros con pérdida de negocios. De esta forma, es posible que tales usuarios (que son los más lucrativos para los operadores) siquiera piensen en cambiar de prestador caso no puedan mantener el mismo número de teléfono.

La LGT no prevé el derecho a la portabilidad del código de acceso. Entre tanto, tiene una tentativa de se contornear la dificultad causada a los usuarios por el cambio del código de acceso. Establece el parágrafo único del ya citado Art. 151:

*“La Agencia dispondrá sobre las circunstancias y las condiciones en que la prestadora de servicio de telecomunicaciones cuyo usuario transferir para otra prestadora será obligada la, sin costo, interceptar las llamadas dirigidas al antiguo código de acceso del usuario e informar su nuevo código”.*

Entre tanto, otros reglamentos son más osados al indicar la necesidad de establecer el derecho a la portabilidad. Establece el Art. 84 del Reglamento del Servicio Telefónico Fijo Conmutado (Resolución n. 85/98):

*“La Prestadora debe asegurar el derecho del suscriptor, de forma onerosa, a la portabilidad de Código de Acceso, en el plazo y condiciones definidos en la reglamentación”.*

Ya el anterior mencionado Decreto n. 4.733/2003 establece, en su Art. 7º, que en la renovación de los contratos de concesión, en 2006, debe garantizar, entre otras directrices, *“la posibilidad de ser asegurada a los suscriptores de servicios de telecomunicaciones, residenciales y no residenciales, la portabilidad del número local”.*

En cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto, las minutas de los nuevos contratos de concesión a ser firmados en 2006 establecen, en el Capítulo X – Del Plan de Numeración, que:

*“Cláusula 10.1. El Concesionario se obliga a obedecer al Reglamento de Numeración del Servicio Telefónico Fijo Conmutado, debiendo asegurar al suscriptor del servicio la portabilidad de códigos de acceso, en los términos de la reglamentación.*

*§1º La Concesionaria arcará con los costos resultantes de la reglamentación referenciada en el caput de esta cláusula.*

*§2º Los costos referentes a los recursos necesarios para permitir la implantación y la operación de la portabilidad de códigos de acceso deberán ser integralmente asumidos por la Concesionaria cuando se trate de su propia red.*

*§3 Los costos referentes a los recursos comunes necesarios a la implantación y operación de la portabilidad de códigos de acceso serán asumidos por las prestadoras, en los términos de la reglamentación.*

*[...]”.*

No es difícil imaginar que esta propuesta será objeto de grandes discusiones a partir de ahora. Como dicho en cima, el principio de la portabilidad no es cuestionado, pero la dificultad es la “justa” alocaación de los costos resultantes. Es cierto que imponer el costo al usuario es el mismo del que no garantizar el derecho, pues trata claramente de una barrera para el cambio. Por otro lado, resta saber cual es el equilibrio correcto de la distribución de los costos entre el prestador que está perdiendo el cliente, y aquel que está ganando.

#### 2.4 – Acceso de los Competidores a las Redes Abiertas – “Unbundling”

Esta cuestión es de extrema importancia en la implementación de la competición en el servicio de telefonía fija local. Como discutido en cima, la red local de telefonía fija es un elemento de monopolio natural. No tiene viabilidad económica, delante del estado actual de la tecnología, de reproducción de esta rede para viabilizar la

competición. La reproducción de la red, además de ser técnicamente muy difícil por el problema de espacio en las grandes ciudades, es económicamente inviable. Como visto, en este tipo de mercado los costos medios totales caen con el aumento del número de usuarios del servicio. De esta forma, la reproducción de la red, con la división de los usuarios entre dos prestadores, irá generar un aumento de costos en la prestación de los servicios, con un resultante aumento de precios – o sea, sería un uso extremadamente ineficiente de recursos.

Por otro lado, con la nueva concepción (en Brasil y en otros países) sobre la necesidad de se instituir competición en todos los servicios telefónicos, se busca una manera de viabilizar la entrada de nuevos prestadores a pesar de las limitaciones traídas por la lógica del monopolio natural. La solución reguladora/tecnológica identificada es la del “unbundling”. A rigor, “unbundling” significa la posibilidad de acceso de nuevos competidores a determinados elementos de red de sus competidores en relación a los cuales no tiene viabilidad económica de reproducción<sup>14</sup>.

Por el concepto del “unbundling”, las incumbentes estarían obligadas a ofrecer elementos de sus redes para uso por sus competidores, mediante una remuneración “justa”. La LGT establece el principio del “unbundling” en su Art. 155:

*“Para desarrollar la competición, las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo deberán, en los casos y condiciones fijados por la Agencia, hacer disponibles sus redes a otras prestadoras de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo”.*

El Reglamento de los Servicios de Telecomunicaciones también establece, en su Art. 61, que:

*“Cuando una prestadora de servicio de telecomunicaciones contratar la utilización de recursos integrantes de la red de otra prestadora, para*

---

<sup>14</sup> En la doctrina de la competición, se entiende que, en estas situaciones, estos elementos son intitulados “facilidades esenciales” (*essential facilities*). En estos casos, el acceso a esas *facilities* es esencial para la existencia de la competición, lo que genera en el propietario de las *facilities* una obligación de ofrecerlas a los interesados en bases no discriminatórias.

*constitución de su red de servicio, queda caracterizada situación de explotación industrial”.*

Más una vez, así como sucede en la interconexión, la cuestión fundamental es saber cual es el precio a ser cobrado por el unbundling. Nuevamente, es esperado que el incumbente y el nuevo entrante tengan visiones bastante distintas sobre cual deba ser el precio a ser cobrado. Para el nuevo entrante, es obvio, el interés será pagar el menor valor posible. Ya para el incumbente la cuestión puede ser tanto como obtener la remuneración que entiende justa teniendo en vista la inversión hecha en la red en el decorrer de los años, como también simplemente imponer un precio que vuelva la entrada del competidor inviable.

Cabe, al final, a la ANATEL arbitrar un valor que remunere correctamente el uso de la red de la incumbente, pero que no sea un obstáculo al acceso de competidores en el mercado. Caso el precio fijado sea elevado, no habrá posibilidad de competición. Caso sea muy bajo, no habrá cualquier estímulo a la incumbente de invertir en la calidad y expansión de su red.

Estas dificultades encontradas en el compartimiento de la red local llevan algunos a argumentar que la solución sería separar la operación de la red de telecomunicaciones de la prestación de los servicios. De esta forma, el propietario de la red (que no tendría permiso para prestar servicios que utilizasen aquella red) no tendría cualquier incentivo para imponer condiciones discriminatorias de acceso a la red, y todos los proveedores disputarían el mercado local en las mismas condiciones. Este modelo, *mutatis mutandis*, es adoptado en algunos sistemas reguladores de energía, con la separación de la propiedad de generadoras de electricidad de la propiedad de las redes de transmisión y distribución. En el mercado de energía eléctrica, se entiende que existe un monopolio natural en la transmisión y distribución de energía, pero no en la generación<sup>15</sup>. Entre tanto, no se discute en Brasil la necesidad de separación de la propiedad de la red de la propiedad del prestador del servicio, aunque tenga se

---

<sup>15</sup> En el Reino Unido hubo una separación entre la propiedad de las líneas ferroviarias de la propiedad de las empresas que prestan servicios de transporte ferroviario de cargas y pasajeros. La analogía con los servicios de telecomunicaciones es bastante adecuada. Entre tanto, la experiencia no fue muy bien sucedida, y la empresa propietaria de las líneas no si viabilizo financieramente, y acabo siendo reestatizada, en un proceso que genero, y todavía, genera, grande polémica em aquel país.

discutido (pero no tenga sido adoptada) la necesidad de separación entre las personas jurídicas (que, entre tanto, podrían continuar siendo detenidas por el mismo grupo económico)<sup>16</sup>.

El ya citado Decreto n. 4.733/2003, que define los criterios para la renovación de los contratos de concesión, establece claramente la obligación del unbundling, en su Art. 7º, V:

*“El acceso al enlace local por las empresas explotadoras competidoras, prestadoras de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo, será garantizado mediante la disponibilidad de elementos de red necesarios a la adecuada prestación del servicio”.*

El precio a ser cobrado, a ejemplo del indicado arriba para las tarifas de interconexión, sería basado en el modelo de costo de largo plazo (Art. 7, I). La minuta del nuevo contrato de concesión, a ser firmado en 2006, va todavía más adelante, estableciendo que:

*“Cláusula 16.11 La Concesionaria, mediante solicitud, tornará disponible a las prestadoras de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo, con las cuales posean interconexión de red, los servicios de facturación, cobranza, servicio y recaudación, en condiciones similares, justas y razonables, en los términos de la reglamentación y de la legislación fiscal aplicable.”*

En este caso, la obligación del unbundling sería todavía mayor, visto que abarcaría otros elementos y no apenas los de la red física de telecomunicaciones, como servicios y actividades relacionadas al contacto directo con el usuario, que no necesariamente constituyen *essential facilities*.

## 2.5 – Eliminación de los subsidios Cruzados entre Servicios

---

<sup>16</sup> El momento ideal para adopción de la separación tendría sido el de la privatización, siendo que, entre tanto, tal modelo traería además de enormes desafíos técnicos y reglamentares, una significativa reducción en los valores de venta de las empresas, siendo, portanto, pruebablemente políticamente inviable.

Conforme expuesto anteriormente, el modelo anterior tenía como base el concepto de que por medio de la adopción de subsidios cruzados sería posible favorecer los usuarios de baja renta, por medio de precios más reducidos para la prestación de servicios locales, cobrando precios mayores para los servicios de larga distancia e internacional. Se puede discutir la inteligencia del modelo (criticado en la Exposición de Motivos), pero el hecho es que la adopción de subsidios cruzados era vista, en diversos países, como la mejor forma para garantizar la universalización de los servicios básicos de telecomunicaciones. En este concepto, el usuario comercial pagaba un valor superior por el servicio de que el usuario residencial; el usuario de las ciudades pagaba el mismo valor de los servicios del que los usuarios en locales más distantes, aunque los costos para provisión del acceso a las áreas más remotas sean muy superiores de los costos para la provisión del acceso en las grandes ciudades; el usuario del servicio de larga distancia pagaba un valor elevado, como subsidio para la provisión del acceso local a las áreas en que el valor cobrado no era suficiente para cubrir los costos de provisión del servicio. Los subsidios cruzados siempre marcaron la prestación de los servicios de telefonía.

Entre tanto, la lógica de que el subsidio cruzado puede ser utilizado para financiar la universalización de los servicios no funciona en un régimen competitivo. Esto porque los nuevos competidores irán inmediatamente a ofrecer servicios a los usuarios que están arcando con la universalización (principalmente las empresas, que pagan más por el acceso local y son las principales usuarias de los servicios de larga distancia). Esta competición focalizada en los usuarios más rentables fuerza al proveedor ya establecido a reducir sus precios, no permitiendo este tipo de financiamiento de la universalización.

Por otro lado, el incumbente que practica subsidios cruzados puede reducir sus precios en la prestación de servicios en que tiene competición, aumentando los precios en los servicios en que, por una razón u otra, la competición todavía no está establecida (en los límites permitidos por la regulación). Este tipo de práctica es bastante común en mercados en que un proveedor monopolista de un producto o servicio busca entrar en otro mercado en el cual no dispone de posición de liderazgo.

En el sistema brasileño todavía existe permiso para cobranza diferenciada entre el usuario residencial y el usuario comercial (ver, por ejemplo, el Anexo 3 de los contratos de concesión de telefonía local). Se trata de previsión inserida en el Art. 81, párrafo único, de la LGT que establece que:

*“Mientras no sea constituido el fundo a que se refiere el inciso II del caput<sup>17</sup>, podrán ser adoptadas también las siguientes fuentes:*

*I – subsidio entre modalidades de servicios de telecomunicaciones o entre segmentos de usuarios;*

*II – pago de adicional del valor de interconexión”*

Entre tanto, se trata de la excepción, y no de la regla, visto que el Art. 103, §2<sup>o</sup><sup>el</sup>, establece que *“son prohibidos los subsidios entre modalidades de servicios y segmentos de usuarios”*, habiendo, con todo, la aclaración expresa de lo dispuesto en el Art. 81.

Además de eso, las concesionarias deben cobrar exactamente la misma tarifa de sus usuarios residenciales, independientemente de los costos específicos para el servicio de cada uno (el servicio a los usuarios localizados en pequeñas ciudades, representa un costo mayor al prestador de que el servicio a los usuarios de las grandes ciudades).

Mientras, la intensificación de la competición en la prestación de servicio local (el que todavía no sucedió, talvez por las dificultades técnicas y transaccionales de la implementación efectiva del unbundling, problema que no es restricto al Brasil), irá poner en jaque esta política de diferenciación de precio, visto que los nuevos entrantes deberán focalizar sus actividades (como, de hecho, ya si percibe) en el llamado mercado “corporativo”, de mayor rentabilidad. Resta saber de que manera la pérdida de ingreso por los concesionarios en la prestación a estos clientes irá afectar la habilidad del prestador de lograr sus metas de universalización (referentes a la prestación de servicios, en principio, bien menos lucrativos).

---

<sup>17</sup> Trata del fundo de universalización de los servicios de telecomunicaciones, FUST, establecido por la Ley n. 9.998/00.

En lo tocante a la práctica de subsidio para reducción de precios en mercados competitivos, por medio de aumentos de precios en el mercado en que el prestador del servicio tenga un monopolio, la LGT es clara, en su Art. 70:

*“Serán cohibidos los comportamientos perjudiciales a la competición libre, amplia y justa entre las prestadoras del servicios, en el régimen público o privado, en especial:*

*I – la práctica de subsidios para reducción artificial de precios”*

## 2.6 – Regulación de Tarifas de los Operadores Dominantes

La cuestión de la regulación de tarifas de los operadores dominantes está inserida en un contexto más amplio – el de la asimetría reguladora en la prestación de servicios de telefonía fija. Teniendo en vista que, en el modelo brasileño, hubo la privatización de los operadores ya establecidos – incumbentes, seguida de la edición de licencias para prestadores competidores, había, de inicio, una gran diferencia en las posiciones competitivas entre los prestadores competidores. El primero ya contaba con una estructura montada y con una marca establecida, mientras que el nuevo entrante necesitaba iniciar sus actividades sin cualquier base existente. De esta forma, una de las maneras encontradas para reducir de alguna manera la gran desventaja existente fue la de someter los competidores en regímenes jurídicos distintos. El incumbente estaría prestando el servicio en el régimen público, con obligaciones de universalización y sobre control de tarifas, mientras que el nuevo entrante estaría prestando el servicio en régimen privado, sin obligaciones de universalización y sin control de tarifas. De esta forma, el nuevo entrante tendría mayor flexibilidad para montar su estrategia competitiva.

Por otro lado, la necesidad de control de tarifas de los prestadores de servicio en el régimen público es un reconocimiento de la posición dominante de estos prestadores en sus mercados de actuación. Delante de la existencia de esta posición dominante, se hace necesario que haya un control de los precios a ser cobrados, para evitar que haya aumentos “excesivos” en esos precios. Por otro lado, teniendo en vista que el nuevo competidor tiene posición dominante, no estaría de cualquier forma en condición de imponer precios elevados para la prestación de los servicios.

Interesante, en este sentido, es notar lo dispuesto en el Art. 104 de la LGT, que establece que:

*“Transcurridos al menos tres años de la celebración del contrato, la Agencia podrá, si existir amplia y efectiva competición entre las prestadoras del servicio, someter la concesionaria al régimen de libertad de tarifas”.*

Considerando que los nuevos entrantes en la telefonía fija local detienen en media, menos de 5% de participación en sus mercados, puede decir que la competición, en este servicio, no es ni amplia y ni efectiva. Existe mayor competición en los servicios de larga distancia e internacional, siendo que, con todo, la restricción de tarifas permanece.

#### 2.7 – Derechos de Pasaje no discriminatorios

La cuestión de mayor relevancia es el derecho de acceso a infraestructura de propiedad de otro proveedor de servicio, caso esto sea necesario para la prestación del servicio competidor. El tema es semejante al ya discutido en relación a la interconexión y al unbundling. Caso sea necesario el acceso a una infra-estructura existente de propiedad de tercero, este tercero la deberá disponibilizar, en la medida de lo posible y en condiciones no discriminatorias, a todos sus competidores. Lo interesante es notar que tal obligación se extiende a prestadores de otros servicios públicos no solo los de telecomunicaciones – como los prestadores de servicios de electricidad, petróleo y gas.

Dispone el Art. 73 de la LGT:

*“Las prestadoras de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo tendrán derecho a la utilización de postes, ductos, conductos y medios de servicios pertenecientes o controlados por prestadora de servicios de telecomunicaciones o de otros servicios de interés público, de forma no discriminatoria y a precios y condiciones justos y razonables”.*

Las condiciones de acceso a la infraestructura de un prestador deben ser definidas por el órgano regulador al cual tal prestador este sometido. Las tres principales agencias reguladoras interesadas y afectadas por este dispositivo editaron una norma conjunta para reglamentar esta compartición de infra-estructura. Se trata de la Resolución Conjunta n. 1/99, que aprueba el Reglamento Conjunto para Compartición de Infra-estructura entre los Sectores de energía Eléctrica, Telecomunicaciones y Petróleo, que establece, en su Art. 4º, que:

*“El agente que explota servicios públicos de energía eléctrica, servicios de telecomunicaciones de interés colectivo o servicios de transporte ductoviario de petróleo, sus derivados y gas natural, tiene derecho a compartir infra-estructura de otro agente de cualquier de estos sectores, de forma no discriminatoria y a precios y condiciones justos y razonables, en la forma de este Reglamento”.*

Más una vez, la cuestión básica es saber cuales precios y condiciones serán “justos y razonables”, lo que, en caso de disputa entre los involucrados, debe ser arbitrado por las agencias reguladoras<sup>18</sup>. Otra cuestión que se discute es hasta que punto la infra-estructura en cuestión soporta, técnica y físicamente, la compartición.

## 2.8 – Resolución de Conflictos entre Operadoras por la ANATEL

Las iniciativas para la promoción de la competición en el sector de telecomunicaciones, conforme anteriormente indicado, envuelven la necesidad de crear una relación comercial entre competidores. Como visto, la interconexión de las redes y el *unbundling* son elementos esenciales de cualquier proceso de promoción de competición, y ambos dependen de la celebración de acuerdos entre los competidores. Teniendo en vista el potencial conflicto en la realización de estos contratos (lo que, mejor dicho, es la regla), hace necesario que el órgano regulador intervenga y determine las reglas para tales contratos caso las partes no consigan hacerlo.

---

<sup>18</sup> Conforme dispuesto en el Art. 23 del Reglamento Conjunto para Compartición de Infra-estructura entre los Sectores de Energía Eléctrica, Telecomunicaciones y Petróleo: “Eventuales conflictos surgidos en materia de interpretación y aplicación de este Reglamento, cuando del desarrollo de las negociaciones de contratos de compartición, serán ecuacionados por las Agencias, en el ejercicio de la función de órganos reguladores, a través de proceso de arbitraje a ser definido en reglamento conjunto que será expedido por las Agencias” – trata de lo determinado por la Resolución Conjunta n. 2.

Conforme ya anteriormente mencionado, la LGT establece claramente, en el Art. 153, §2º, la interferencia de la ANATEL para determinar las condiciones para interconexión. Lo mismo ocurre, a rigor, en cualquier situación que envuelva la necesidad, por fuerza de determinación reguladora, de realización de acuerdos comerciales entre los competidores (o mismo entre prestadoras de servicios complementares – como en el caso del servicio local y de larga distancia).

### **PARTE III – LA DEFENSA DE LA COMPETICIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES**

Conforme expuesto en cima, existen enormes desafíos para la promoción de la competición en determinados servicios de telecomunicaciones. Entre tanto, no basta que haya un conjunto de normas impositivas de obligaciones para la introducción de la competición, es necesario también que haya un conjunto de reglas para garantizar que esta competición no sea inviable por prácticas abusivas de los prestadores ya establecidos, los incumbentes. Este es el campo del derecho de la competición. Generalmente, las normas de defensa de la competición son aplicables a todos los sectores de la economía, sin distinción y sin diferenciación. En los sectores regulados, entre tanto, existen normas específicas creadas para la promoción y también para la defensa de la competición. Esta duplicidad de normas puede muchas veces llevar a un conflicto sobre cual norma deba ser aplicada en un caso concreto, y sobre cual es el agente público competente para aplicarla. Además de eso, resta saber hasta donde va la regulación, y donde comienza la defensa de la competición propiamente dicha. La cuestión sobre la aplicación del derecho de la competición en sectores regulados es muy discutida en diversas jurisdicciones, no siendo Brasil una excepción.

El entendimiento predominante es el de que las normas generales de defensa de la competición son aplicables en los sectores reguladores de manera subsidiaria. O sea, en la medida en que determinada cuestión relativa a la competición no es expresamente normalizada por el órgano regulador, cabe la aplicación de las normas generales de defensa de la competición. Por otro lado, se tiene norma expresa en el ámbito regulador determinando que los prestadores de servicio hagan o dejen de hacer

alguna cosa, sería bastante difícil la aplicación del derecho de la competencia, visto que no habría lo que se adjudicar – la cuestión ya estaría resuelta por la regulación.

Este es el caso de las telecomunicaciones. Como visto en la Parte II, la LGT fue diseñada con el objetivo de promoción de la competencia. De esta forma, tanto la LGT como las reglamentaciones posteriores, y mismo los términos de autorización o contratos de concesión, establecen normas sobre la protección de la competencia, y, en la medida en que tales normas sean violadas, está delante de una cuestión primordialmente reguladora (violación de obligaciones objetivamente previstas en las normas del sector) y no competitiva (aquí entendida como la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia). Esta cuestión puede quedar más clara con un ejemplo. En la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el régimen público existe control de tarifas<sup>19</sup>. En este sentido, el concesionario del servicio no puede cobrar una tarifa mayor de la que la autorizada por la ANATEL, considerando, por otro lado, legítima la cobranza de la tarifa en los límites autorizados por la agencia. De esta forma, jamás sería posible acusar una concesionaria de estar cobrando precios excesivos, que sería una violación a las normas de defensa de la competencia<sup>20</sup>, caso los precios hayan sido aprobados por la ANATEL. La cuestión, allí, es totalmente reguladora, no habiendo espacio para la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia.

Por otro lado, imaginemos la siguiente situación: la concesionaria del servicio de telecomunicaciones, preocupada con los efectos de la competencia promovida por su competidor directo, la autorizada del mismo servicio en la misma localidad, entra en un acuerdo con esta última para que ninguna de ellas cobre un precio que sea inferior a la tarifa máxima permitida por la ANATEL. Aquí la situación ya es bastante diferente. En este caso, la discusión no es sobre el grado de abuso de la tarifa en sí, pero sí por el acuerdo firmado entre competidores para aumento (o no reducción) de precios. No hay una norma reguladora expresiva que cubra esta cuestión. En este

---

<sup>19</sup> “Art. 103 Compete a la Agência establecer la estructura tarifária para cada modalidade de serviço. §3 Las tarifas serán fijadas en el contrato de concesión, consonante al edital o propuesta presentada en la licitación”.

<sup>20</sup> Art. 21 de la Ley n. 8.884/94 – “Las siguientes conductas, además de otras, en la medida en que configuren hipótesis prevista en el art. 20 y sus incisos, caracterizan infracción del orden económico: XXIV – imponer precios excesivos, o aumentar sin justa causa el precio de bien o servicio”.

caso, la cuestión no es reguladora, pero si primordialmente competitiva<sup>21</sup>, y así será tratada.

Entre tanto, en la mayoría de los casos la distinción entre lo que es una cuestión reguladora o lo que es una cuestión competitiva es bien más difícil, habiendo un grande espacio para conflicto entre la aplicación de los dos conjuntos de normas.

Pasamos a analizar cuales son las competencias legales de la ANATEL y del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)<sup>22</sup> en las cuestiones de defensa de la competición en el sector de telecomunicaciones. Entre tanto, cabe primeramente una breve descripción del Sistema Brasileño de Defensa de la Competición.

### 3.1 – El Sistema Brasileño de Defensa de la Competición (SBDC)

La ley de defensa de la competición en Brasil es la Ley n. 8.884/94 que establece, en su Art. 1º:

*“Esta ley dispone sobre la prevención y la represión a las infracciones contra el orden económico, orientado por los dictámenes constitucionales de libertad de iniciativa, libre competición, función social de la propiedad, defensa de los consumidores y represión al abuso del poder económico”.*

La ley es aplicable a todos los sectores de la economía, excepto cuando haya ley específica que determine lo contrario<sup>23</sup>. El Art 15 de la ley establece también su alcance de aplicación:

*“Esta ley se aplica a las personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, bien como a cualesquier asociaciones de entidades o personas,*

---

<sup>21</sup> Esta seria una violación al Art. 21, I, de la Ley n. 8.884/94, que prohíbe la práctica de “fijar o practica, en acuerdo con competidores, sobre cualquier forma, precios y condiciones de venta de bienes o de prestación de servicios”.

<sup>22</sup> Autarquia ligada al Ministério de la Justicia responsable por el análisis de concentraciones económicas y violaciones al derecho de la competición en Brasil.

<sup>23</sup> Discute hasta que punto esta ley es aplicable al sistema financiero, teniendo en vista lo dispuesto en la Ley n. 4595/64 (Art. 18, § 2º), que define caber al Banco Central defender la competición en el sector, editando sus propias normas.

*constituidas de hecho o de derecho, todavía que temporalmente, con o sin personalidad jurídica, mismo que ejerzan actividad sobre régimen de monopolio legal”.*

Resta claro, por tanto, que solamente otras normas legales pueden limitar el alcance de la aplicación de la Ley n. 8.884/94.

El SBDC es formado por tres órganos distintos. El más importante es el CADE, que es responsable por la tomada de decisión en todos los procesos relacionados a la Ley n. 8.884/94, sin que haya posibilidad de recurso en el ámbito del Poder Ejecutivo. Las actividades principales del CADE son el análisis de actos de concentración económica (fusiones o adquisiciones de empresas, formaciones de joint ventures etc.), y el juicio de procesos administrativos de infracción al orden económico (formación de carteles y abusos de posición dominante en general). El CADE es un órgano colegiado, compuesto por seis consejeros y el presidente.

El segundo órgano que compone el SBDC es la Secretaria de Derecho Económico (SDE) del Ministerio de la Justicia. La SDE no tiene personalidad jurídica propia, haciendo parte de la administración directa de la Unión. Compete a la SDE la instauración e instrucción de procesos administrativos de apuración de infracción al orden económico, así como la divulgación y elaboración de parecer no-vinculativo en proceso de concentración económica.

El tercer órgano es la Secretaria de Acompañamiento Económico (SEAE) del Ministerio de Finanzas, que tiene la competencia de emitir pareceres no-vinculativos tanto en procesos de investigación de infracción a la competencia como en proceso de análisis de concentraciones económicas. A La SEAE cabe hacer el análisis del impacto económico tanto de las conductas investigadas como de las concentraciones económicas propuestas.

Como ya indicado, el SBDC tiene dos funciones primordiales – el análisis y aprobación de concentraciones económicas y la investigación y punición de infracciones a la competencia. El Art. 54 de la Ley n. 8.884/94 establece cuales actos están sujetos a una aprobación del CADE:

*“Los actos, sobre cualquier forma manifestados, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia, o resultar en la dominación de mercados relevantes de bienes y servicios, deberán ser sometidos a la apreciación del CADE”*

Esta es la regla general para la presentación de actos al CADE. El § 3º de este artículo establece reglas objetivas para la verificación del encuadramiento del año en lo dispuesto en el caput del artículo:

*“Se incluyen en los actos de que trata el caput aquellos que busquen cualquier forma de concentración económica, sea a través de fusión o incorporación de empresas, constitución de sociedad para ejercer el control de empresas o cualquier forma de agrupamiento de sociedades, que implique en participación de empresa o grupo de empresas resultantes en veinte por ciento de un mercado relevante, o en que cualquier de los participantes haya registrado facturación bruta anual en el último balance equivalente a R\$ 400.000.000,00 (cuatrocientos millones de reales)”.*

De esta forma, el parágrafo 3º establece los criterios objetivos para la presentación del acto para aprobación del CADE, mientras que el caput del Art. 54, que es más amplio, establece el criterio subjetivo (“cualesquiera” actos que puedan perjudicar la competencia).

Los llamados “actos de concentración económica” son presentados a la SDE, con copia a la SEAE y al CADE. La SEAE y la SDE emiten sus pareceres no vinculativos, en este orden. Cabe al CADE tomar la decisión sobre la aprobación o no de la transacción propuesta, no siendo necesario seguir el entendimiento de la SDE y de la SEAE. Como dicho, no cabe recurso administrativo de las decisiones del CADE.

Las infracciones a la competencia están definidas en el Art. 20 de la Ley n. 8.884/94:

*“Constituyen infracción del orden económico, independientemente de culpa, los actos sobre cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, todavía que no sean alcanzados:*

*I – limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa;*

*II – dominar mercado relevante de bienes o servicios;*

*III – aumentar arbitrariamente los lucros;*

*IV – ejercer de forma abusiva posición dominante”.*

El Art. 21 de la ley ejemplifica conductas que pueden caracterizar la infracción al orden económico, en la medida en que generan algunas de las consecuencias previstas en el Art. 20.

Los llamados “procesos administrativos”, que analizan infracciones a la competencia, son instaurados por la SDE. Cabe a la SDE realizar la investigación y colecta de pruebas. La SEAE puede emitir un parecer sobre los impactos económicos de la conducta investigada, siendo que, con todo, este parecer no es obligatorio. Al final de la investigación, la SDE decide archivar el proceso, recurriendo de oficio al CADE, o recomendar al CADE que imponga una penalidad a la(s) empresa(s) envuelta(s), caso entienda caracterizada la infracción a la competencia. El CADE entonces juzga el proceso, pudiendo determinar la realización de instrucción complementaria, caso entienda necesario. En cualquier circunstancia la decisión final cabrá al CADE.

3.2 – La actuación de la ANATEL en los procedimientos previstos en la Ley n. 8.884/94

Los procedimientos legales para el análisis y aprobación de actos de concentración y para la investigación de infracciones a la competencia son distintos en el sector de las telecomunicaciones, conforme veremos a seguir. Entre tanto, hay previsión clara en la LGT sobre la aplicación de lo dispuesto en la ley de defensa de la competencia, en la medida en que no haya una otra disposición específica en la LGT sobre la cuestión:

*“Art. 7º Las normas generales de protección al orden económico son aplicables al sector de telecomunicaciones, cuando no conflicten con lo dispuesto en esta Ley.*

*§1º Los actos envolviendo prestadora de servicio de telecomunicaciones, en el régimen público o privado, que busquen a cualquier forma de concentración económica, inclusive mediante fusión o incorporación de empresas, constitución de sociedad para ejercer el control de empresas o cualquier forma de agrupamiento de sociedades, quedan sometidos a los controles, procedimientos y condicionamientos previstos en las normas generales de protección al orden económico.*

*§2º Los actos de que trata el parágrafo anterior serán sometidos a la apreciación del Concejo Administrativo de Defensa Económica – CADE, por medio del órgano regulador.*

*§3º Practicará infracción del orden económica la prestadora de servicio de telecomunicaciones que, en la celebración de contratos de abastecimiento de bienes y servicios, adopte prácticas que puedan limitar, falsear o, de cualquier forma, perjudicar la libre competición o la libre iniciativa”.*

Definida la aplicación del derecho material de la defensa de la competición al sector de telecomunicaciones, en la medida en que no haya conflicto con las normas reguladoras del sector, restaba a la LGT definir cual papel cabría a la ANATEL en la defensa de la competición. De esta forma, el Art. 19 de la LGT establece que:

*“A la Agencia compete adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento del interés público y para el desarrollo de las telecomunicaciones brasileñas, actuando con independencia, imparcialidad, legalidad, impersonalidad y publicidad, y especialmente:*

*[...]*

*XIX – ejercer, relativamente a las telecomunicaciones, las competencias legales en materia de control, prevención y represión de las infracciones del orden económico, separadas las pertenecientes al Concejo Administrativo de Defensa Económica – CADE.”*

O sea, en la defensa de la competición en el sector de las telecomunicaciones, cabe a la ANATEL ejercer el papel que, en todos los demás sectores de la economía, es ejercido por la SDE y por la SEAE.

Pasamos entonces a analizar el procedimiento y la actuación de la ANATEL en el análisis de concentraciones económicas y en la represión a las infracciones a la competición.

### 3.2.1 – El análisis de las concentraciones económicas

Esta es una cuestión interesante sobre la relación entre la regulación y la competición en el sector de las telecomunicaciones. Conforme la disposición legal en cima mencionada, cabe a la ANATEL, en lo tocante a las concentraciones económicas en el sector, ejercer su función reguladora, y también competitiva. Veamos de que manera estas funciones acaban confundándose, haciendo el análisis competitivo, y hasta mismo la actuación del CADE, muchas veces de poca relevancia práctica.

Las concentraciones económicas cuyo análisis cabe a la ANATEL son las que envuelven los prestadores de servicios de telecomunicaciones (conforme establecido en el ya citado § 1º del Art 7º). En el análisis competitivo, que es iniciado por la ANATEL, y concluida por el CADE (por fuerza de lo dispuesto en el inciso XIX del Art. 19), la principal cuestión a ser discutida es si la concentración económica irá limitar la competición existente en aquel mercado específico, en un espacio geográfico determinado<sup>24</sup>. O sea, si hubiese apenas dos competidores en un determinado espacio geográfico, y ellos realizasen una fusión, la competición en aquella región estará completamente eliminada, y habrá grandes posibilidades de que el CADE no irá aprobar tal fusión. Por otro lado, si hubiesen diversos competidores, y la fusión entre dos de ellos no impactar el escenario competitivo, probablemente la fusión será aprobada. Este es el análisis que es hecho por el CADE – saber cual es el

---

<sup>24</sup> O, en el lenguaje competitivo, en el llamado “mercado relevante”. Mercado relevante es aquel que deberá ser analizado para evaluar los impactos competitivos de determinada concentración económica o conducta sobre investigación. El mercado relevante es compuesto de un producto/servicio, o de un conjunto de productos/servicios sustitutos, y de un área geográfica donde determinados proveedores compiten para ofrecer los productos/servicios a los consumidores. Por eso, se dice que el mercado relevante tiene dos aspectos – el producto relevante y el espacio geográfico relevante.

impacto de cualquier concentración económica en el escenario competitivo de un determinado mercado, en una determinada región.

Entre tanto, conforme pasamos a ver, el mismo análisis acaba siendo hecho por la ANATEL en el ejercicio de su función reguladora, cuando analiza los pedidos de aprobación de transferencia de licencia o de aprobación de transferencia de control de acciones de las empresas tenientes de licencia de prestación de servicios de telecomunicaciones.

Veamos lo dispuesto en el Art. 71 de la LGT:

*“Buscando propiciar competición efectiva e impedir la concentración económica en el mercado, la Agencia podrá establecer restricciones, límites o condiciones a empresas o grupos empresariales cuanto a la obtención y transferencia de concesiones, permisos o autorizaciones”.*

Entonces, sería exactamente este el objetivo de un análisis competitivo de una concentración económica – saber hasta que punto tal concentración limita la competición efectiva, y la imposición de eventuales restricciones o mismo la negativa de aprobación de la concentración, caso sea necesario para garantizar la efectiva competición en el mercado.

Veamos todavía otro dispositivo de la LGT, sobre la imposibilidad de acumular licencias para la prestación del servicio en una misma área, al imponer regla para otorgar concesión a prestador de servicio en el régimen público:

*“Art. 87 La otorgación a empresa o grupo empresarial que, en la misma región, localidad o área, ya preste la misma modalidad de servicio, será condicionada a la asunción del compromiso de, en el plazo máximo de dieciocho meses, contado de la fecha de firma del contrato, transferir a otros el servicio anteriormente explotado, sobre pena de su caducidad y de otras sanciones previstas en el proceso de otorgación”.*

En este sentido también lo dispuesto en el Art. 133 de la LGT:

*“Son condiciones subjetivas para obtención de autorización de servicio de interés colectivo por la empresa:*

*[...]*

*IV – no ser, en la misma región, localidad o área, encargada de prestar la misma modalidad de servicio.”*

Se trata claramente de una preocupación en evitar la reducción de competencia en la prestación del servicio en la misma región. El Art. 97 establece todavía otra restricción a las eventuales transferencias de propiedad del prestador de servicio en el régimen público:

*“Art. 97 Dependerán de previa aprobación de la Agencia la división, la fusión, la transformación, la incorporación, la reducción del capital de la empresa o la transferencia de su control de sociedad.*

*Parágrafo único. La aprobación será concedida si la medida no es perjudicial a la competencia, y no coloca en riesgo la ejecución del contrato, observado lo dispuesto en el art. 7º de esta Ley.”*

Cabe registrar, también, lo dispuesto en los siguientes artículos de la Resolución n. 101/99 de la ANATEL:

*“Art. 5º Caracterizará transferencia de Control el negocio jurídico que resulte en cesión parcial o total, por la Controladora, de Control de la prestadora de servicio de telecomunicaciones.*

*Art. 6º Deberá ser sometido previamente a la Anatel alteración que pueda venir a caracterizar transferencia de Control, especialmente:*

*I – cuando la Controladora o uno de sus integrantes se retira o pasa a tener participación inferior a cinco por ciento en el capital votante de la prestadora o de su controladora;*

*II – cuando la Controladora deja de tener la mayoría del capital votante de la empresa;*

*III – cuando la Controladora, mediante acuerdo, contrato o cualquier otro instrumento, cede, total o parcialmente, a terceros, poderes para conducción efectiva de las actividades sociales o de funcionamiento de la empresa.”*

Note que todos estos dispositivos se refieren a la aprobación reguladora, que cabe a la ANATEL, y no al parecer que es emitido por la ANATEL en el análisis de concentración económica hecha con base en el Art. 54 de la Ley n. 8.884/94.

Tiene también la posibilidad de una transferencia del contrato de concesión como un todo, desde que, más una vez, no haya perjuicio a la competición<sup>25</sup>. Note que la misma regla es aplicable en la transferencia de autorizaciones (en los casos de prestación de servicios en el régimen privado, por fuerza del Art. 136, §2º, de la LGT).

O sea, delante de tantas restricciones reguladoras a las transferencias de autorizaciones y concesiones, y a las consolidaciones de prestadores de servicios en determinada región, resta saber cual es el papel que tendrá el análisis competitivo en una concentración en el sector de telecomunicaciones si las normas reguladoras son más restrictivas de lo que las normas competitiva.

En efecto, conforme visto en cima, siquiera existe la posibilidad reguladora de un prestador de un determinado servicio de telecomunicaciones adquirir otro prestador del mismo servicio, en la misma área de actuación. En este sentido, entiende que no existe la posibilidad reguladora de haber una “concentración horizontal”<sup>26</sup>. Entre tanto, en un análisis competitivo típico, las concentraciones horizontales son comúnmente aceptadas, y mismo las transacciones que vengan a limitar la competición pueden ser aprobadas caso traigan beneficios que superen los perjuicios causados a la competición<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> “Art. 98 El contrato de concesión podrá ser transferido después de la aprobación de la Agencia desde que, cumulativamente: [...] III – la medida no perjudique la competición y no coloque en riesgo la ejecución del contrato, observado lo dispuesto en el art. 7º de esta Ley”.

<sup>26</sup> Que, en la jerga competitiva, es exactamente de esas de dos abastecedores de un mismo producto/servicio, en una misma área geográfica.

<sup>27</sup> Veamos lo dispuesto en el §1 del Art. 54 de la Ley n. 8.884/94: “El CADE podrá autorizar los actos a que se refiere el caput [actos que puedan limitar la competición], desde que atiendan las siguientes condiciones: I – tengan por objetivo, acumulado o alternativamente: a) aumentar la productividad; b) mejorar la calidad de bienes o servicios; o c) propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o

Esto porque existe una diferencia substancial entre el análisis competitivo y el análisis regulador. En la regulación, las reglas son definitivas – o la fusión puede suceder, si no hiere una regla objetiva de la regulación; o no puede suceder, caso vaya al encuentro de una norma específica. No existe, en la práctica, una apreciación significativa de racionabilidad. En el análisis competitivo las reglas son más fluidas. Existe siempre la posibilidad de una transacción que restrinja la competición a ser aprobada, caso traiga otros beneficios económicos (como la eficiencia, por medio de reducción de costos y mejora de calidad).

De esta forma, caso una transacción que envuelva prestadores de servicios de telecomunicaciones pase por el filtro regulador de la ANATEL, ella ciertamente será aprobada por el CADE, visto que no traerá una limitación a la competición. Por otro lado, caso traiga alguna limitación a la competición, es todavía posible que pueda ser aprobada por el CADE siendo que, con todo, como la aprobación reguladora no sería concedida la transacción no podría proseguir de cualquier manera. En la práctica, lo que se percibe es que los actos de concentración que son encaminados al CADE por la ANATEL (por envuelvan prestación de servicios de telecomunicaciones) son aprobados sin restricciones por el CADE. Ya las transacciones que serian prohibidas por la reglamentación de la ANATEL siquiera llegan al CADE, visto que no son consumadas por la cierta negativa de aprobación de la ANATEL.

De cualquier manera, pasamos a detallar el procedimiento de análisis de concentraciones económicas hecha por la ANATEL.

La Norma n. 07/99, aprobada por la Resolución n. 195/99, y la Norma n. 04/98, aprobada por la Resolución n. 76/98, establecen el procedimiento de análisis de los actos de concentración en el sector de telecomunicaciones.

Establece el Art. 61 de la Norma n. 07/99:

---

económico; II – los beneficios resultantes sean distribuidos equitativamente entre sus participantes, de un lado, y los consumidores o usuarios finales, de otro; III – no impliquen eliminación de la competición de parte substancial de mercado relevante de bienes y servicios; IV – sean observados los límites estrictamente necesarios para lograr los objetivos buscados.”

*“Los actos de que trata el artículo 54, de la Ley n. 8.884/94, envolviendo prestadora de servicio de telecomunicaciones, deberán ser sometidos a la apreciación del CADE, por medio de la Anatel, en los términos y plazos establecidos por la Norma n. 4/98 de la Anatel”*

Establece la Norma n. 04/98, en su artículo 3º, que:

*“Los actos de que trata el artículo 54 de la Ley n. 8.884/94 deberán ser presentados para examen, previamente o en el plazo máximo de quince días útiles de su realización, en dos copias, delante de la Anatel, encaminados a la Procuraduría, por medio de la completación integral de los documentos e informaciones relacionados en el Anexo I, considerando las definiciones constantes del Anexo III”.*

Es interesante notar lo dispuesto en el primer párrafo del referido Art. 3º de la Norma n. 04/99:

*“En el caso de los actos de que trata el artículo 54 de la Ley n. 8.884/94 que si encuadren en lo previsto en los arts. 97, 98 o 136, §2º, de la Ley 9.472/97, las requerientes deberán solicitar la aprobación de la Anatel, previamente a la constitución del acto, por medio de la prestación integral de los documentos e informaciones relacionados en el Anexo I, considerando las definiciones constantes del Anexo III, y de la prestación de otros documentos o informaciones que la Anatel solicitar.”*

Note que la aprobación a que se refiere el primer párrafo es la aprobación reguladora que compete a la ANATEL, y no la aprobación de carácter competitivo que compete al CADE. Esta es la razón de la referencia a los artículos de la LGT que tratan de la transferencia de las licencias o del control de los concesionarios. En estos casos, la ANATEL irá aprobar, en el ejercicio de su función reguladora, y también emitir un parecer para auxiliar la apreciación que será hecha por el CADE, del punto de vista competitivo. Más una vez, es difícil imaginar en que circunstancias el CADE

podría negar aprobación al acto una vez ya aprobado, en el ámbito de la regulación, por la ANATEL, por los argumentos levantados en cima<sup>28</sup>.

En los casos, todavía, en que el acto de concentración envuelve prestadores de servicios de telecomunicaciones, y haga referencia a determinado servicio de telecomunicaciones, pero no envuelve transferencia de licencias, o cambio en el control de acciones de prestadores de servicios de telecomunicaciones, la ANATEL irá apenas emitir un parecer sin vínculo, a ser apreciado por el CADE. Entre tanto, esos casos son generalmente más simples, siendo difícil imaginar de que manera podría el CADE, o mismo la ANATEL, presentar cualquier oposición a ellos.

Después a la presentación del acto de concentración, incluyendo las informaciones y documentos constantes en el Anexo I<sup>29</sup>, la ANATEL inicia el análisis de los efectos de la transacción. En principio, por fuerza del Art. 64 de la Norma n. 07/99, la ANATEL debería emitir su parecer sobre el acto en 60 días:

*“El Concejo Director de la ANATEL se manifestará en sesenta días, contados de la recepción de la documentación en los términos de la Norma n. 4/98 de la Anatel, y en seguida encaminará el proceso debidamente instruido al Plenario del CADE”.*

Entre tanto, no tiene cualquier consecuencia por el no cumplimiento del plazo. Además de eso, caso otras informaciones sean necesarias para el análisis del proceso, a criterio de la ANATEL, este plazo queda suspendido, en la forma del párrafo único del mismo Art. 64 de la Norma n. 07/99. Con efecto, es muy común la solicitud de comentarios sobre terceros a respecto de la transacción propuesta,

---

<sup>28</sup> Es interesante notar la regla establecida en el Art. 68 de la Norma n. 07/99: “En el caso de los actos contemplados por los arts. 97, 98 y de las transferencias previstas en el §2º del artículo 136, de la Ley n. 9.472, cuando si enquadren en el previsto en el art. 54, de la Ley n. 8.884/94, tendrán su eficacia condicionada a la aprobación del CADE, en los términos del párrafo 7º, del Art. 54 de la Ley n. 8.884/94, mismo cuando aprobados previamente por la Anatel sin resalvas”. En este sentido, este artículo tenta compatibilizar la necesidad de aprobación reguladora y competitiva, visto que la aprobación reguladora, en este caso, necesita ser ratificada por la aprobación competitiva del CADE. Entre tanto, permanece el hecho de que, en la práctica, es muy difícil imaginar una situación en que la aprobación reguladora sea concedida, pero la competitiva no.

<sup>29</sup> El Anexo I, que es una copia del Anexo I de la Resolución n. 15/98 del CADE, identifica las informaciones y documentos necesarios para la apreciación de un acto de concentración, incluyendo informaciones generales sobre las partes involucradas en la transacción y también informaciones sobre el mercado afectado por la transacción – el mercado relevante.

principalmente de competidores, abastecedores y consumidores. Establece, en este sentido, el Art. 6 de la Norma 04/98:

*“La Anatel podrá solicitar de las requerientes la prestación de informaciones constantes en el Anexo IF<sup>30</sup>, o otras que considerar necesarias para efecto de instrucción del proceso o de la elaboración de parecer técnico que encaminará al Cade, bien como realizar Consulta Pública sobre el caso sometido al análisis”.*

La realización de una Consulta Pública formal sobre el acto de concentración no es común, y no sucede en los actos analizados por la SDE y por la SEAE. Entre tanto, conforme dicho, es común la solicitud de comentarios de determinados terceros, como competidores directos, abastecedores y consumidores.

La práctica ha demostrado que la ANATEL viene siendo extremadamente lenta en el análisis de actos de concentración, superando, muchas veces, el tiempo combinado que llevan la SEAE y la SDE para emitir sus pareceres en un proceso que no envuelve el sector de telecomunicaciones. Entre tanto, como la aprobación competitiva no es condición para la conclusión de la operación en Brasil (al contrario de la aprobación reguladora que compete exclusivamente a la ANATEL), no tiene consecuencia práctica en la demora.

El análisis competitivo que es hecho por la ANATEL no difiere mucho del análisis regulador, que le antecede, y que efectivamente determina el futuro de la transacción. Es normal que el parecer competitivo apenas repita, en su sustancia, la esencia del análisis regulador. Y ni podría ser diferente, pues, como visto, el Art. 71 de la LGT obliga a la ANATEL a hacer también un análisis del impacto competitivo de las solicitudes de emisión y transferencia de licencias.

Después de la presentación del acto de concentración a la procuraduría de la ANATEL, el proceso es encaminado para la Superintendencia responsable por el

---

<sup>30</sup> Trata de una relación de informaciones complementares que serían solicitadas en los casos más complejos. Entre tanto, la práctica demuestra que la ANATEL no acostumbra exigir la presentación de todas las informaciones del Anexo II, pero solamente de aquellas que entiende necesarias para el análisis del caso concreto.

servicio de telecomunicaciones afectado por la transacción, donde recibe un análisis técnico. El parecer final del órgano es emitido por el Concejo Director. Veamos lo dispuesto en el Art. 63 de la Norma n. 07/99:

*“La Procuraduría encaminará la documentación, recibida en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 61 de esta Norma, al Superintendente de la Superintendencia que acompaña la prestación del servicio envuelto en el acto sometido a análisis, siendo este Superintendente responsable por la instauración e instrucción del correspondiente proceso, por la remesa inmediata de una copia de la documentación recibida al CADE y por la elaboración de parecer técnico que someterá al Concejo Director de la Anatel.”*

Cabe notar que compete a la ANATEL ejercer las funciones estrictamente competitivas apenas en los casos envolviendo algún mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones. Esto significa que ni todos los actos de concentración que envuelven prestadoras de servicios de telecomunicaciones serán analizados por la ANATEL. Con efecto, ha sido común la realización de transacciones efectuadas por prestadores de servicios de telecomunicaciones en mercados de servicios de valor adicionado<sup>31</sup> (como prestadores de servicios de Internet). En estos casos, la ANATEL no tiene competencia para analizar la transacción, que es revista por la SEAE, SDE y después juzgada por el CADE.

Otra cuestión interesante es cuando una misma transacción envuelve un mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones, y otro mercado en otro sector. En estos casos, a rigor, la ANATEL solamente tendría competencia para analizar los impactos en el mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones, siendo que cabría a la SEAE y a la SDE el análisis de los impactos competitivos en el otro mercado. La decisión final, del punto de vista competitivo, cabría al CADE de cualquier manera.

---

<sup>31</sup> Art. 61: “Servicio de valor adicionado es la actividad de acrecentar, a un servicio de telecomunicaciones que le da soporte y con el cual no se confunde, nuevas utilidades relacionadas al acceso, almacenamiento, presentación, movilización o recuperación de informaciones”. §1º: “Servicio de valor adicionado no constituye servicio de telecomunicaciones, clasificando su proveedor como usuario del servicio de telecomunicaciones que le da soporte, con los derechos y deberes inherentes a esa condición.”

### 3.2.2 – La investigación de infracciones a la competencia

La segunda forma de actuación de la ANATEL en defensa de la competencia es por medio de la investigación de conductas adoptadas por prestadores de servicios de telecomunicaciones que puedan violar el derecho de la competencia. En este sentido, cabe a la ANATEL apenas la fase de investigación, siendo la decisión final sobre la imposición de penalidades de competencia exclusiva del CADE.

Esta actuación de la ANATEL no tiene carácter regulador, visto que el papel de la ANATEL es investigar la existencia de infracción a las normas generales de defensa de la competencia (previstas en la Ley n. 8.884/94), y no eventuales infracciones a la LGT, sus reglamentos o a los contratos de concesión o términos de autorización. La cuestión, entonces, es saber cuando la ANATEL debe actuar como un agente de defensa de la competencia, y cuando debe actuar como el órgano regulador con poder final de decisión, considerando que, como visto, gran parte de la regulación en el sector de telecomunicaciones es referente a la promoción de la competencia. En algunos casos, como expuesto en cima, la distinción es de fácil caracterización. Una discusión sobre la validez de la tarifa cobrada por un concesionario de servicios de telecomunicaciones prestado en el régimen público es una cuestión meramente reguladora. Por otro lado, una investigación sobre la existencia de acuerdo de precios entre competidores es una cuestión meramente competitiva. La dificultad está en hacer la distinción entre la naturaleza de las infracciones, por ejemplo, en discusiones sobre compartición de redes y interconexión, donde las cuestiones reguladoras (normas impuestas por la ANATEL) y competitivas (acceso no discriminatorio a las facilidades esenciales) se confunden.

En este sentido, es interesante notar lo dispuesto en el Art. 3º de la Norma n. 07/99:

*“Las conductas, actos o contratos que implican el no cumplimiento de legislación o reglamentación específica del sector de telecomunicaciones, de contrato de concesión, de término de permiso o de acto o término de autorización, serán juzgadas por la Anatel que aplicará las sanciones correspondientes, no cabiendo de sus decisiones recurso al CADE, según lo establecido en el inciso XXV, del art. 19, de la Ley n. 9.472/97”.*

La inexistencia de recurso al CADE resulta del hecho de estas ser infracciones reguladoras, no teniendo el CADE competencia para analizar tales cuestiones. El §1º de este artículo trae consideraciones adicionales, volviendo la cuestión un poco más compleja:

*“Las conductas, actos y contratos mencionados en este artículo que configuren hipótesis de infracción al orden económico en los términos de los arts. 20 y 21, de la Ley n. 8.884/94, o acto previsto en el art. 54, de la misma Ley, serán sometidos, por medio de la Anatel, también a la apreciación del CADE, para juzgamiento en el ámbito de su competencia”*

O sea, habría la posibilidad de existir dos investigaciones distintas, conducidas por la ANATEL, sobre la misma conducta – una estrictamente reguladora, y otra competitiva. Entre tanto, la naturaleza reguladora o reguladora/competitivo de una determinada infracción quedaría a cargo exclusivamente de la ANATEL, visto que a ella compete la abertura de proceso para apuración de infracción al orden económico en el sector de telecomunicaciones.

### 3.2.2.1 – Averiguaciones Preliminares

La investigación sobre infracción al orden económico puede ser iniciada por la ANATEL de oficio o a partir de representación formulada por cualquier interesado. Una vez recibida la representación, la ANATEL podrá determinar la abertura de averiguaciones preliminares o de un proceso administrativo propiamente dicho. Las averiguaciones preliminares son iniciadas cuando existen elementos de prueba que indican la posibilidad de haber alguna infracción al orden económico, pero esos indicios no son suficientes para la abertura de un proceso administrativo propiamente dicho<sup>32</sup>. Esto es lo dispuesto en el Art. 11 de la Norma n. 07/99:

---

<sup>32</sup> Considerando que un proceso administrativo trae un claro desgaste a la empresa investigada, y genera significativos costos administrativos de apuración, debe ser parco en la decisión de abertura de un proceso.

*“La Anatel promoverá averiguaciones preliminares, de las cuales no se hará cualquier divulgación, de oficio o a la vista de representación escrita y fundamentada de cualquier interesado, cuando los indicios de infracción no sean suficientes para la instauración inmediata de proceso administrativo”.*

Las averiguaciones preliminares son instauradas por decisión del Superintendente responsable por el servicio afectado por la investigación (Arts. 13 y 14), siendo que, con todo, la decisión sobre la abertura de proceso administrativo o archivo de las averiguaciones preliminares caben al Superintendente Ejecutivo de la ANATEL (Art. 16). Cabe notar, entre tanto, que la decisión de archivo de las averiguaciones preliminares debe ser ratificada por el CADE, por fuerza del Art. 31 de la Ley n. 8.884/94 y Art. 16 de la Norma 07/99, que así establece:

*“Recibido el parecer al que hace referencia el art. 13, el Superintendente Ejecutivo, en decisión fundamentada, determinará el encerramiento de las averiguaciones preliminares y la instauración de proceso administrativo de protección al orden económico si presentes indicios de infracción al orden económico o su archivo, recorriendo la Anatel de oficio al CADE en este último caso.”*

### 3.2.2.2 – Proceso Administrativo

El proceso administrativo propiamente dicho puede ser instaurado de oficio, o a partir de representación presentada por cualquier tercero. Nótese que no existe necesidad de realización de averiguaciones preliminares para la determinación de abertura de un proceso. Habiendo indicios suficientes de existencia de infracción a la competencia, el proceso administrativo puede ser abierto inmediatamente.

Es interesante notar que el Art. 23 de la Norma 07/99 establece cuales serian algunos indicios, entre otros, que justificarían la abertura de un proceso administrativo. La lista, que contiene catorce hipótesis, se refiere básicamente a señales externas identificables en el mercado que pueden indicar la existencia de factores extraños a un

régimen de libre competencia que, por eso, merecerían una investigación<sup>33</sup>. Dos de esos elementos son especialmente interesantes, delante de las discusiones que ya se identifican en la práctica:

*“XII – existencia de acuerdos de interconexión que estipulen condiciones favorecidas o privilegiadas, para empresas determinadas, en relación a las ofrecidas a los demás actuantes en el mercado;*

*XIII – existencia de acuerdos para la compartición de infra-estructura que estipule condiciones favorecidas o privilegiadas, para empresas determinadas, en relación a las ofrecidas a las demás actuantes en el mercado;”*

Como discutido en el inicio de este trabajo, la prestación de servicios de telefonía fija en el plano local tiene características de monopolio natural, en el cual el incumbente controla medios que precisan ser accedidos por terceros para la implementación de la competencia (o en el plano local, o mismo en las llamadas de larga distancia, que son originadas o terminadas siempre en una red local). En este sentido, la existencia de condiciones discriminatorias para la interconexión de redes ofrecida por un proveedor de acceso local, que favorezcan un proveedor de servicios de larga distancia en perjuicio de otro, puede tener el resultado de afectar la competencia en el mercado de telefonía de larga distancia. Lo mismo puede ocurrir con el ofrecimiento de condiciones discriminatorias para la compartición de infra-estructura (o mismo de elementos de red, en el caso del unbundling). Esta discriminación puede tener el efecto de perjudicar o distorsionar la competencia en el mercado de los servicios para los cuales el acceso a la infra-estructura o a la red es fundamental.

Considerando que la ANATEL tiene el deber de “acompañar, permanentemente, las actividades y prácticas comerciales de personas físicas o jurídicas que tengan posición dominante en mercado relevante del sector de telecomunicaciones, para prevenir infracciones al orden económico” (Art. 2º, I, Norma 07/99), corre naturalmente que,

---

<sup>33</sup> Como, por ejemplo, la “estabilidad prolongada de las participaciones relativas de empresas competidoras en el mercado” (I), la “estabilidad prolongada de los niveles o estructuras de precios de los servicios, o paralelismos en las variaciones de precios” (II), la “discriminación de precios o de condiciones de la prestación de servicios que privilegien determinadas empresas, en disminución de las demás actuantes en el mercado” etc..

en se identificando distorsiones en el mercado, debe la ANATEL iniciar investigaciones sobre eventual existencia de infracción a la competencia.

El proceso administrativo debe ser instaurado por decisión del Superintendente Ejecutivo de la ANATEL, siendo que la efectiva instrucción del proceso será conducida por la superintendencia del servicio alegadamente afectado por la práctica en investigación. La empresa investigada – la representada – tendrá posibilidad de presentar su defensa, juntando documentos, y de solicitar la realización de diligencias para apuración de hechos relevantes para el desarrollo de la discusión, solicitando la realización de pruebas de testigos o pericias, conforme sea el caso.

Cualesquiera terceros interesados en la causa pueden intervenir, presentando también informaciones y documentos para análisis. La empresa que se siente perjudicada por determinada práctica comercial de la representada probablemente irá ejercer el ingreso en el proceso como “tercera interesada”, teniendo, normalmente, papel fundamental en la presentación de pruebas que puedan ser usadas para la condenación de la representada.

Establece todavía el Art. 45 de la Norma n. 07/99 que *“antes de la tomada de decisión, delante de la relevancia de la cuestión, podrá ser realizada Audiencia Pública, por decisión del Concejo Director, para debate sobre la materia del proceso”*.

Al final de la instrucción, la(s) representada(s) tendrá(n) oportunidad de presentar sus alegaciones finales, en las cuales podrán analizar todas las pruebas producidas en el proceso. Después de la presentación de las alegaciones finales, cuando entonces no habrá más producción de nuevas pruebas, *“el Concejo Director [de la ANATEL], [...] en reporte circunstanciado, decidirá por la remesa de los autos al CADE para juicio, o por su archivo, recorriendo de oficio al CADE en esta última hipótesis, considerando lo dispuesto en el art. 3º de esta norma”*.

El procedimiento para evaluación y juicio por el CADE del reporte de la ANATEL (sea por el archivo del proceso o por la aplicación de penalidad, es definido por la Ley n. 8.884/94. De acuerdo con el dispuesto en el Art. 42 de esta ley, el proceso es

distribuido para uno de los seis consejeros del CADE (excluyendo el presidente), que, entonces, será el consejero redactor del proceso.

El consejero redactor debe abrir vistas del proceso para parecer de la Procuraduría del CADE. De acuerdo con el Art. 43 de la ley, el consejero redactor puede también *“determinar la realización de diligencias complementares o requerir nuevas informaciones, [...] bien como facultar a la parte la producción de nuevas pruebas, cuando entender insuficientes para la formación de su convicción los elementos existentes en los autos”*.

Concluida la instrucción complementar, el consejero redactor debe colocar el proceso en la pauta de juicio del plenario del CADE. La decisión debe ser tomada por voto de la mayoría absoluta de los consejeros (por al menos cuatro votos). Caso el CADE decida por la existencia de infracción a la competencia, deberá imponer penalidades previstas en el Art. 23 de la Ley n. 8.884/94. Básicamente, deberá condenar a la representada al pago de multa de 1 a 30% de su facturación bruta en el año anterior al de la apertura del proceso. Note que los dirigentes de la empresa envueltos en la práctica de la infracción también están sujetos a la investigación, pudiendo, así, ser condenados al pago de multa (de 10 a 50% de la multa impuesta a la empresa). De acuerdo con el Art. 24 de la ley, cuando *“así exigir la gravedad de los hechos o el interés público general”* otras penalidades podrán ser impuestas a la representada, como, por ejemplo, la prohibición de contratar con la Administración Pública (II), determinación de división de la representada, transferencia de su control de acciones, venta de activos, cese parcial de actividades, o *“cualquier otro acto o providencia necesaria para la eliminación de los efectos nocivos al orden económico”* (V) ocasionados por la práctica de la infracción.

Finalmente, cabe notar que, de acuerdo con el Art. 50 de la Ley n. 8.884/94, *“las decisiones del CADE no comportan revisión en el ámbito del Poder Ejecutivo, promoviendo, de inmediato, su ejecución y comunicando, en seguida, al Ministerio Público, para las demás medidas legales posibles en el ámbito de sus atribuciones”*<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> De acuerdo con la Ley n. 8.137/90, algunas prácticas que caracterizan violación a la competencia caracterizan también infracciones criminales. En este sentido, caso haya condenación en el ámbito del

### 3.2.2.3 – Medidas Preventivas

Establece el Art. 49 de la Norma 07/99 que:

*“En cualquier fase del proceso administrativo, la Anatel podrá, por decisión del Concejo Director, adoptar medida preventiva, cuando haya indicio o fundado recelo de que el representado, directa o indirectamente, cause o pueda causar al mercado lesión irreparable o de difícil reparación, o torne ineficaz el resultado final del proceso.”*

Los dos requisitos para la imposición de medida preventiva, así como ocurre en el proceso civil en general, son la existencia de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris*. O sea, se hace necesario que hayan elementos de prueba suficientes para caracterizar una posibilidad de existencia de infracción a la competencia en la conducta sobre investigación, y también es necesario que haya urgencia en la imposición de la medida, sobre pena de haber daños irreparables a la competencia por el retardo, haciendo ineficaz la decisión final a ser tomada por el CADE. Note que el *periculum in mora* que debe ser demostrado no es el referente a la empresa que se sienta perjudicada por la práctica en investigación, pero si en relación al interés público, visto que el CADE, y también la ANATEL, no tienen por finalidad proteger intereses privados.

Es interesante notar que el Art. 52 de la Ley n. 8.884/94 también establece la posibilidad de imposición de medida preventiva:

*“En cualquier fase del proceso administrativo podrá el Secretario de la SDE o el Consejero-Redactor, por iniciativa propia o mediante provocación del Procurador-General del CADE, adoptar medida preventiva, cuando haya indicio o fundado recelo de que el representado, directa o indirectamente, cause o pueda causar al mercado lesión irreparable o de difícil reparación, o vuelva ineficaz el resultado final del proceso”.*

---

CADE por práctica de tales conductas (principalmente en el caso de práctica de cartel), se hace necesaria la comunicación al Ministerio Público para que este promueva la acción penal, si es el caso.

Cabe notar que el Art. 52, también aplicable a los procesos envolviendo prestadores de servicios de telecomunicaciones, establece una competencia aparentemente doble para la imposición de medida preventiva – tanto el Concejo Director de la ANATEL (en vez del Secretario de la SDE, por fuerza del inciso XIX del Art. 19 de la LGT) cuando el consejero redactor del proceso en el CADE tendría competencia para imponer la medida. Entre tanto, cabe notar que la competencia del consejero-redactor del CADE inicia con la remesa del proceso de la ANATEL. Mientras el proceso está a penas en el ámbito de la ANATEL, solamente el Concejo Director puede imponer la medida preventiva<sup>35</sup>.

Tanto la Norma n. 07/99 como la Ley n. 8.884/94, establecen que de la decisión que impone la medida preventiva cabe recurso al plenario del CADE. Dice el Art. 51 de la Norma n. 07/99:

*“De la decisión del Concejo Director que adoptar medida preventiva, cabrá recurso, en el plazo de cinco días, al plenario del CADE, sin efecto suspensivo”.*

Esta determinación está contenida también en el §2º del Art. 52 de la Ley n. 8.884/94.

Más una vez, de la decisión final del plenario del CADE sobre el pedido de revisión de medida preventiva no cabe recurso en el ámbito administrativo, siendo posible, es claro, presentación de acción judicial para deconstituir la medida. Note, todavía, que el propio Concejo Director, y también el plenario del CADE, pueden rever su decisión, caso haya un cambio en los hechos que justifique la revisión de la decisión.

#### 3.2.2.4 – Compromiso de Cese

Establece el Art. 55 de la Norma n.07/99 que:

---

<sup>35</sup> Entre tanto, esto no ha sido el entendimiento de determinados consejeros del CADE, que vienen analizando pedidos de medida preventiva antes mismo del término de la instrucción del proceso en la ANATEL, al entendimiento de que la competencia sería “competidor”. Entre tanto, antes de haber la distribución del proceso en el CADE, lo que solamente ocurre después de la emisión del reporte final de la ANATEL, no hay que hablar en “consejero redactor”, no habiendo, por tanto, competencia legal para la imposición de medida.

*“En cualquier fase del proceso administrativo, podrá ser celebrado por la Anatel, por decisión del su Concejo Director y ad referendum del CADE, compromiso de cese de práctica sobre investigación, que no importará confesión cuanto a la materia de hecho, ni reconocimiento de ilicitud de la conducta analizada.”*

En este caso, *“el proceso quedará suspendido mientras este siendo cumplido el compromiso de cese, y será archivado al término del plazo fijado<sup>36</sup>, si atendidas todas las condiciones establecidas en el término respectivo”* (Art. 59).

La representada tiene el derecho de negociar el compromiso de cese, siendo obligación de la ANATEL discutirlo, de buena fe. Evidentemente, no existe la obligación de la celebración del compromiso, si los términos negociados no atienden al interés público. La ventaja para la ANATEL con la celebración de este acuerdo es garantizar que la práctica sobre investigación sea inmediatamente terminada, no habiendo, todavía, el riesgo de la representada ser absuelta (por falta de prueba o por inexistencia de la infracción). Para la representada la celebración del compromiso, a pesar de poder acarrear en altos encargos para el cumplimiento de las obligaciones de él resultantes, evita el riesgo de una condenación.

La Ley n. 8.884/94 establece posibilidad semejante, acrecentando que el compromiso puede también ser celebrado directamente por el CADE, caso el proceso ya no este más en la esfera de la SDE (o de la ANATEL, en el caso del sector de telecomunicaciones).

Finalmente, cabe registrar que, por fuerza del § 5º del Art. 53 de la Ley n. 8.884/94, la posibilidad de celebración del compromiso no existe en los casos de investigación de la práctica de cartel.

En estos casos, en la forma del Art. 35-B de la Ley n. 8.884/94, la representada puede solicitar la celebración del acuerdo de blandura, por medio del cual la ley permite una

---

<sup>36</sup> Para las obligaciones que serán asumidas por la representada durante el cumplimiento del término del compromiso de cese.

reducción de uno a dos tercios de la multa a ser aplicada por el CADE caso la representada confiese la práctica y presente pruebas también contra otros participantes del cartel. Caso siquiera haya una investigación en curso, la celebración del acuerdo de blandura puede significar la concesión de inmunidad total a la denunciante y a sus administradores, inclusive en relación a las implicaciones criminales de la Ley n. 8.137/90. Entre tanto, la blandura solamente es disponible al primer denunciante de la práctica, y, todavía así, no es posible la concesión del beneficio caso el denunciante haya sido el líder de la práctica de la infracción. A pesar de no haber previsión del instituto de blandura en la Norma n. 07/99 de la ANATEL, la agencia tiene competencia para celebrar el acuerdo en los casos de cartel en el sector de telecomunicaciones, teniendo en vista que la ANATEL tiene las competencias legales de la SDE previstas en la Ley n. 8.884/94, por fuerza del ya citado inciso XIX del Art. 19 de la LGT.

\*\*\*\*\*

Universidade de Brasilia

Curso de Regulación en Telecomunicaciones

Tema: **Reglamentación de la prestación de servicios de telecomunicaciones**

**Jaqueline Mainel Rocha**

Abogada

Consultora de la ITU

Miembro del Grupo de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones de la UnB

“REGLAMENTACIÓN DEL SERVICIO TELEFONICO FIJO CONMUTADO –  
STFC”

SEPARATA

Traducido por: Eduardo T. L. Pastor (EnE-UnB)

## **1. DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL STFC**

1.1. El servicio telefónico fijo conmutado – STFC – es definido, en el ordenamiento jurídico brasileiro, como “el servicio de telecomunicaciones que, por medio de la transmisión de voz y de otras señales, se destina a la comunicación entre puntos fijos determinados, utilizando procesos de telefonía”.<sup>1</sup>

1.2. Dentro de la sistemática traída por la Ley General de Telecomunicaciones – LGT – Ley n.º 9.472, de 16 de julio de 1997, marco regulador para el sector, el STFC se clasifica como modalidad de servicio de interés colectivo, prestado tanto en el régimen público cuanto en el régimen privado<sup>2</sup>.

1.3. La importancia de la definición del régimen de prestación está en el hecho de la Unión tener que asegurar la existencia, universalización y continuidad de los servicios prestados en régimen público.<sup>3</sup> La propia LGT, en ese sentido, define las obligaciones de universalización y continuidad.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 1º, §1º, Plan General de Otorgas – PGO– Decreto n.º 2.534, de 02 de abril de 1998.

<sup>2</sup> Art. 1º PGO: “Art. 1º. El servicio telefónico fijo conmutado destinado al uso del público en general será prestado en los regímenes público y privado, en los términos de los arts. 18, inciso I, 64 y 65, inciso III, de la Ley n.º 9.472, de 16 de julio de 1997, y de lo dispuesto en este Plano General de Otorgas.”

<sup>3</sup> Art. 64 LGT: “Art. 64. Comportaran prestación en el régimen público las modalidades de servicio de telecomunicaciones de interés colectivo, cuya existencia, universalización y continuidad la propia Unión se comprometa a asegurar.”

<sup>4</sup> Art. 79 LGT: “Art. 79. La Agencia regulará las obligaciones de universalización y de continuidad atribuidas a las prestadoras de servicio en el régimen público.

§ 1º Obligaciones de universalización son las que objetivan posibilitar el acceso de cualquier persona o institución de interés público al servicio de telecomunicaciones, independientemente de su localización y condición socio-económica, bien como las destinadas a permitir la utilización de las telecomunicaciones en servicios esenciales de interés público.

1.4. La LGT prevé que al menos las modalidades de STFC, destinadas al público en general, serían prestadas en régimen público.<sup>5</sup> Y así fue confirmado por el PGO, al mencionar que a los demás servicios que no sea el STFC se aplicaría el régimen jurídico privado disciplinado en el Capítulo III, Título III de la LGT.<sup>6</sup> El Reglamento de los Servicios de Telecomunicaciones – Resolución Anatel n.º 73, de 25 de noviembre de 1998 – corroboró las disposiciones de la LGT y del PGO y las esclarece en los arts. 13 y 14:

Art. 13. Servicios de telecomunicaciones explotados en el régimen público son aquellos cuya existencia, universalización y continuidad la propia Unión se compromete a asegurar, incluyéndose, en este caso, las diversas modalidades del servicio telefónico conmutado, de cualquier ámbito, destinado al uso del público en general.

Art. 14. Los servicios de telecomunicaciones explotados en el régimen privado no están sujetos a las obligaciones de universalización y continuidad, ni prestación asegurada por la Unión.

1.5. Además del régimen de prestación, el STFC fue clasificado en el PGO en las modalidades de servicio local, servicio de larga distancia nacional y servicio de larga distancia internacional, en los términos del §2º del art. 1º del PGO.<sup>7</sup>

## **2. DESESTATIZACIÓN Y ÁREAS DE PRESTACIÓN**

2.1. La LGT autorizó al Poder Ejecutivo<sup>8</sup> a promover la reestructuración y la desestatización de las empresas federales de telecomunicaciones, listadas en el art. 187, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Enmienda Constitucional n.º 8, de 1995 y a lo dispuesto en el art. 2º de la LGT.

2.2. Estipuló el art. 207 de la LGT, que en el plazo máximo de sesenta días a partir de su publicación, las entonces prestadoras del STFC – las empresas federales de telefonía, listadas en el art. 187 – deberían requerir la celebración de contrato de concesión.

---

§ 2o Obligaciones de continuidad son las que objetivan posibilitar a los usuarios de los servicios su usufructo de forma ininterrumpida, sin paralizaciones injustificadas, debiendo los servicios estar a disposición de los usuarios, en condiciones adecuadas de uso.

<sup>5</sup> Art. 64, párrafo único LGT: “Párrafo único. Se incluyen en este caso las diversas modalidades del servicio telefónico fijo conmutado, de cualquier ámbito, destinado al uso del público en general.”

<sup>6</sup> Art. 3º PGO: “A los demás servicios de telecomunicaciones, no mencionados en el art. 1º, se aplica el régimen jurídico previsto en el Libro III, Título III, de la Ley n.º 9.472, de 1997.

<sup>7</sup> Art. 1º, § 2º PGO: “§ 2o. Son modalidades del servicio telefónico fijo conmutado destinado al uso del público en general el servicio local, el servicio de larga distancia nacional y el servicio de larga distancia internacional, en los siguientes términos:

I - El servicio local se destina a la comunicación entre puntos fijos determinados, situados en una misma Área Local;

II - El servicio de larga distancia nacional se destina a la comunicación entre puntos fijos determinados, situados en Áreas Locales distintas en el territorio nacional; y

III - El servicio de larga distancia internacional se destina la comunicación entre un punto fijo situado en el territorio nacional y otro punto en el exterior.”

<sup>8</sup> Art. 106 y ss. de la LGT.

2.3. Para lanzar las bases de un ambiente de competencia futura, el País fue dividido en cuatro regiones para la prestación del STFC, a fin de atender lo dispuesto en los artículos 201 y 202 de la LGT.<sup>9</sup> De ese modo, en el momento de la desestatización de las empresas federales de telecomunicaciones componentes del Sistema Telebrás, en abril de 1998, fueran ellas agrupadas en cuatro conjuntos.

2.4. En los términos del art. 4º del PGO<sup>10</sup>, las regiones I, II y III conformarían áreas distintas entre sí, de las cuales podrían ser originadas llamadas locales y larga distancia nacional intra-regional. La región IV, a su vez, tendría carácter nacional, y la empresa concesionaria prestaría servicio de larga distancia nacional y larga distancia internacional.

2.5. Las regiones fueron entonces compuestas de la siguiente manera, en correspondencia con las áreas geográficas siguientes:

- (i) región I: Estados de Río de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas y Roraima;
- (ii) región II: Distrito Federal y Estados de Río Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia y Acre;
- (iii) región III: Estado de São Paulo;
- (iv) región IV: nacional.

2.6. Para garantizar el mantenimiento de la independencia entre las prestadoras de regiones diversas, durante y después del proceso de desestatización, fueron impuestas algunas limitaciones a la transferencia del control societario de esas prestadoras, que pueden ser encontradas en los arts. 201, 202 (ver nota 9) y 209 de la LGT, además del art. 7º del PGO:

Art. 209. Quedan autorizadas las transferencias de concesión, parciales o totales, que fueron necesarias para compatibilizar las áreas de actuación de las actuales prestadoras con el plan general de otorgas.

---

<sup>9</sup> Art. 201. Queda vedada, en el transcurso del proceso de desestatización, la adquisición, por un mismo accionista o grupo de accionistas, del control, directo o indirecto, de empresas actuantes en áreas distintas del plano general de otorgas.

Art. 202. Las transferencias del control accionario o de la concesión, después de la desestatización, solamente podrá efectuarse cuando sea transcurrido el plazo de cinco años, observando lo dispuesto en los incisos II y III del art. 98 de esta Ley.

§ 1º Vencido el plazo referido en el *caput*, la transferencia de control o de concesión que resulte en el control, directo o indirecto, por un mismo accionista o grupo de accionistas, de concesionarias actuantes en áreas distintas del plano general de otorgas, no podrá ser efectuada en cuanto tal impedimento fuera considerado, por la Agencia, necesario al cumplimiento del plano.

§2º La restricción a la transferencia de la concesión no se aplica cuando es efectuada entre empresas actuantes en una misma área del plano general de otorgas.

<sup>10</sup> Art. 4º. El territorio brasileiro, para efecto de este Plano General de Otorgas, es dividido en las áreas que constituyen las cuatro Regiones establecidas en el Anexo I.

§1º Para fines de lo dispuesto en los arts. 201 y 202 de la Ley 9.472, de 1997, las Regiones referidas en el Anexo I constituyen áreas distintas entre sí.

§2º Las Regiones I, II y III son divididas en Sectores, conforme Anexo 2.

§3º Las áreas de concesión o de autorización establecidas en este Plano General de Otorgas no serán afectadas por desmembramiento o incorporación de Municipio, Territorio, Estado-miembro o Distrito Federal.

Art. 7°. Después de la desestatización de que trata el art. 187 de la Ley n.º 9.472, de 1997, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 209 de la misma Ley, sólo serán admitidas transferencias de concesión o de control societario que contribuyan para la compatibilización de las áreas de actuación con las Regiones definidas en este Plan General de Otorgas y para la unificación del control societario de las concesionarias actuantes en cada Región.

### **3. PANORAMA DE LAS PRESTADORAS DE STFC: CONCESIONARIAS Y AUTORIZADORAS**

3.1. Como definido en la LGT y en el PGO, art. 1º, el STFC sería el único al ser prestado en régimen público, lo que significa que al menos una prestadora estaría sometida al régimen de concesión de servicio público, con todas las obligaciones y deberes inherentes a este contrato (ítem 1.3). La prestación en régimen público significa también que el Estado asegura su prestación, en atención al principio de la continuidad del servicio público.

3.2. Así, en los moldes establecidos por la LGT, las empresas federales de telefonía suscribieron contratos de concesión y fueron privatizadas. El Estado, a su vez, en la figura de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones – Anatel, asumió la posición de regulador de la actividad.

3.3. Por otro lado, como prevé el art. 1º del PGO, el STFC sería prestado tanto en régimen público cuanto en régimen privado, este último materializado a través del instituto de la autorización.

3.4. Para dar efectividad a este precepto, el art. 9º del PGO<sup>11</sup> dispuso que la desestatización de empresas o grupo de las empresas federales de telecomunicaciones implicaría la inmediata instauración por la Anatel de proceso lícito para expedición de autorizaciones para prestación, relativamente a las regiones I, II y III, del servicio local y del servicio de larga distancia nacional de ámbito intra-regional; y relativamente a la región IV, del servicio de larga distancia nacional de cualquier ámbito y del servicio de larga distancia internacional.

3.5. En consecuencia de esa previsión, se establecieron las siguientes prestadoras de STFC:

1. región I: Telemar, concesionaria, CTBC Telecom, concesionaria del sector 3 de la región I del PGO, y Vésper S.A, autorizada;
2. región II: Brasil Telecom, concesionaria, y GVT, autorizada;

---

<sup>11</sup> Art. 9º. La desestatización de empresas o grupo de empresas, citadas en el art. 187, de la Ley n.º 9.472, de 1997, implicará, para la respectiva Región, la inmediata instauración, por la Agencia Nacional de Telecomunicaciones, de proceso lícito para:

I – relativamente a las Regiones I, II y III, expedición, en cada Región, para un mismo prestador, de autorizaciones para explotación del servicio local y del servicio de larga distancia nacional de ámbito intra-regional;

II – relativamente a la Región IV, expedición, para un mismo prestador, de autorizaciones para explotación del servicio de larga distancia nacional de cualquier ámbito y del servicio de larga distancia internacional.

3. región III: Telefónica, concesionaria, Sercomtel, concesionaria en el sector 20 de la región III del PGO (local y LDN) y Vésper SP, autorizada;
4. región IV: Embratel, concesionaria, y Intelig, autorizada.

3.6. Fue previsto, en el *caput* (sumario) del art. 10 del PGO<sup>12</sup> que a partir de 31 de diciembre de 2001, dejaría de haber limite cuanto al número de prestadores de STFC, salvadas la prohibición de que la misma persona jurídica explote, en la misma región, directa o indirectamente, una misma modalidad de servicio en los regímenes públicos y privado; los casos de imposibilidad técnica o cuando el exceso de competidores pudiese comprometer la prestación del servicio.

3.7. Además de eso, conforme previó el § 1º del art. 10 del PGO, las empresas titulares de autorizaciones conferidas en los términos del art. 9º del PGO (ver ítem 3.4), bien como sus controladoras, controladas o coligadas, pudieran, a partir de 31 de diciembre de 2002, o anteriormente, en fecha 31 de diciembre de 2001, caso hubiesen cumplido integralmente las obligaciones de expansión y atención que deberían ser cumplidas hasta el 31 de diciembre de 2002, requerir nuevas autorizaciones para prestación del STFC.

3.8. Para las concesionarias de STFC fue previsto, en el § 2º, que la prestación de servicios de telecomunicaciones en general podría ser objeto de nuevas autorizaciones por el titular de concesión, bien como su controladora, controlada o coligada, solamente a partir del 31 de diciembre de 2003 o, antes de eso, a partir del 31 de diciembre de 2001, se todas las concesionarias de su región hubieran cumplido integralmente las obligaciones de universalización y expansión que, según sus contratos de concesión, deberían ser cumplidas hasta el 31 de diciembre de 2001. Para fijar los parámetros de evaluación del cumplimiento de las metas de universalización por parte de las concesionarias, fue editada la Resolución n.º 280, de 15 de octubre de 2001.

3.9. Para reglamentar la entrada de las nuevas autorizadoras, en un ambiente sin limite al número de competidores, fue editada la Resolución n.º 283, del 28 de noviembre de 2001, que fija condiciones generales y específicas para la expedición de nuevas autorizaciones.

3.8. Actualmente, considerándose concesiones y autorizaciones, hay más de 50 prestadoras de STFC, contándose las modalidades local, larga distancia nacional y larga distancia internacional.<sup>13</sup>

## **4. CONTRATO DE CONCESIÓN DE STFC**

### **4.1. Definición**

4.1.1. La otorga del contrato de concesión es requisito previo para la explotación del servicio de telecomunicaciones en régimen público.<sup>14</sup> Como el único servicio prestado

---

<sup>12</sup> Art. 10. A partir del 31 de diciembre de 2001, dejará de existir cualquier limite para el número de prestadores del servicio a que se refiere el art. 1º, salvo lo dispuesto en los arts. 68 y 136 de la Ley n.º 9.472, de 1997.

<sup>13</sup> Fuente: Relación prestadoras STFC – Anatel.

en régimen público es, (ver ítems 1.3 y 1.4), la definición de concesión solamente tiene interés práctico, en el régimen de la LGT, para el STFC.

4.1.2. La concesión del servicio de telecomunicaciones es definida en la LGT como “la delegación de su prestación, mediante contrato, por plazo determinado, en el régimen público, sujetándose la concesionaria a los riesgos empresariales, remunerándose por la cobranza de tarifas de los usuarios o por otros ingresos alternativos y respondiendo directamente por sus obligaciones y por los prejuicios que cause”.<sup>15</sup>

## **4.2. Condiciones Subjetivas para otorga**

4.2.1. Hay dos condiciones subjetivas básicas para la otorga de concesión a una determinada prestadora.

4.2.2. La primera de ellas, definida en el art. 86 de la LGT, dice que “la concesión solamente podrá ser otorgada a empresa constituida según las leyes brasileras, con sede y administración en el País, creada para explotar exclusivamente los servicios de telecomunicaciones objeto de la concesión”. Se admite, con todo, que haya participación, en la licitación para otorga, de quien no atienda a este dispositivo, sobre la condición de, “antes de la celebración del contrato, adaptarse o constituir empresa con las características adecuadas”.<sup>16</sup>

4.2.3. La segunda condición subjetiva se constituye en una prohibición. Es prohibido que haya “otorga a la empresa o grupo empresarial que, en la misma región, localidad o área, ya preste la misma modalidad de servicio”. En ese caso, sólo es admitida la concesión “condicionada a la asunción del compromiso de, en el plazo máximo de dieciocho meses, contado de la fecha de la firma del contrato, transferir a otro el servicio anteriormente explotado”.<sup>17</sup>

## **4.3. Condiciones objetivas para otorga**

4.3.1. Entre las condiciones objetivas, están la necesidad de realización de licitación para la otorga<sup>18</sup> y la prohibición de participación en la licitación o del recibimiento de otorga por parte de la “empresa prohibida de licitar o contratar con el Poder Público o que haya sido declarada no idónea, bien como aquella que haya sido sancionada en los dos años anteriores con el decreto de caducidad de concesión, permiso o autorización de servicios de telecomunicaciones, o la caducidad de derecho de radio frecuencia”.<sup>19</sup>

## **4.4. Cláusulas esenciales**

4.4.1. Como es típico de los contratos de concesión en general, hay cláusulas que son consideradas esenciales o necesarias. Hay algunas cláusulas esenciales a los contratos de

---

<sup>14</sup> Art. 83 de la LGT: “Art. 83. La explotación del servicio en el régimen público dependerá de previa otorga, por la Agencia, mediante concesión, implicando ésta el derecho de uso de las radio frecuencias necesarias, conforme reglamentación.

<sup>15</sup> Art. 83, *caput*, de la LGT.

<sup>16</sup> Art. 83, párrafo único, de la LGT. e

<sup>17</sup> Art. 87 LGT.

<sup>18</sup> Art. 88 LGT: “Art. 88. Las concesiones serán otorgadas mediante licitación.”

<sup>19</sup> Art. 90 LGT.

concesión de servicio público en general, mencionadas en la Ley n.º 8.987, de 13 de febrero de 1995, conocida como Ley de Concesiones.<sup>20</sup> Estas cláusulas dicen respecto al servicio prestado, a los derechos y obligaciones del poder concedente, del concesionario y del usuario; a la prestación de cuentas; a la fiscalización; y al fin de la concesión. Caracterizan, por tanto, el propio contrato.

4.4.2. En el caso de los servicios de telecomunicaciones, la LGT se encargó de listar expresamente las cláusulas esenciales del contrato de concesión, adaptándolas a la realidad sectorial, en los términos del art. 93:

Art. 93. El contrato de concesión indicará:

I - objeto, área y plazo de la concesión;

II - modo, forma y condiciones de la prestación del servicio;

III - reglas, criterios, indicadores, fórmulas y parámetros definidores de la implantación, expansión, alteración y modernización del servicio, bien como de su calidad;

IV - deberes relativos a la universalización y a la continuidad del servicio;

V - el valor debido por la otorga, la forma y las condiciones de pago;

VI - las condiciones de prorrogación, incluyendo los criterios para fijación del valor;

VII - las tarifas que serán cobradas de los usuarios y los criterios para su reajuste y revisión;

VIII - los posibles ingresos alternativos, complementarios o accesorios, bien como los provenientes de proyectos asociados;

IX - los derechos, las garantías y las obligaciones de los usuarios, de la Agencia y de la concesionaria;

X - la forma de la prestación de cuentas y de la fiscalización;

XI - los bienes reversibles, si hubiera;

XII - las condiciones generales para interconexión;

XIII - la obligación de mantener, durante la ejecución del contrato, todas las condiciones de habilitación exigidas en la licitación;

XIV - las sanciones;

XV - el foro y el modo para solución extrajudicial de las divergencias contractuales.

Párrafo único. El contrato será publicado resumidamente en el Diario Oficial de la Unión, como condición de su eficacia.

4.4.3. Entre las cláusulas esenciales del contrato de concesión de servicio de telecomunicaciones, hay algunas que se muestran específicas para la actividad, y que merecen mayores esclarecimientos.

#### **4.5. Objeto, plazo de la concesión y prorrogación de los contratos**

---

<sup>20</sup> Art. 23. de la Ley n.º 8.987, de 13 de febrero de 1995.

4.5.1. El objeto del contrato de concesión de STFC es la prestación de STFC, destinado al público en general, conforme definido en el ítem 1. Además de la prestación del servicio en si, son incorporados como objeto del contrato la implantación de utilidades o comodidades relacionadas con la prestación del servicio objeto de concesión.<sup>21</sup> En los términos de la cláusula 1.1 del Modelo de Contrato de Concesión del STFC, modalidad Local (aquí tomado como parámetro de estudio), vehiculado a través de la Resolución Anatel n.º 26, de 27 de mayo de 1998 – de ahora en adelante denominado apenas Modelo de Contrato Local –, el objeto del contrato es la “concesión del Servicio Telefónico Fijo Conmutado, destinado al uso del público en general, prestado en régimen público, en la modalidad de servicio local, en el área geográfica definida en la cláusula 2.1, en los términos del Plan General de Otorgas”.

4.5.2. Además de la prestación del servicio en si, son también definidos como objeto del contrato: la implantación y explotación de utilidades o comodidades inherentes a la plataforma del servicio (cláusula 1.3) y la atención a las metas de universalización y calidad previstas en el contrato (cláusula 1.5).

4.5.3. Los arts. 99 y 207, §1º de la LGT prevé que los contratos, que fueron firmados con las entonces prestadoras del STFC, tendrán término final fijado para el día 31 de diciembre de 2005, asegurado el derecho a la prorrogación única por veinte años, a título oneroso, desde que sean observadas las reglas pertinentes a los servicios prestados en régimen público, constantes de la propia LGT. Tales directrices son consolidadas en las cláusulas 3.1 y 3.2 del Modelo de Contrato Local.

4.5.4. Los arts. 99 y 207 de la LGT disciplinan también que la manifestación expresa sobre el interés en la prorrogación se debe dar con, por lo menos, 30 (treinta) meses antes de su expiración (cláusula 3.2 del Modelo de Contrato Local). Así, fue editada la Resolución Anatel n.º 341, de 23 de junio de 2003, que convocó a las concesionarias de telefonía fija, hasta el día 30 de junio, manifiesten su interés en la prorrogación de los contratos que les fueran otorgados. En el mismo acto fueron aprobados también los nuevos modelos de contratos establecidos en las modalidades de servicio Local, Larga Distancia Nacional (LDN) y Larga Distancia Internacional (LDI) y el nuevo Plan General de Metas de Calidad para el Servicio Telefónico Fijo Conmutado (PGMQ), con vigencia a partir de enero de 2006.

4.5.5. Todas las concesionarias del STFC (Brasil Telecom, Telemar, Telefónica, Embratel, Sercomtel y CTBC Telecom) manifestaron interés en prorrogar los contratos de concesión, agregados a los nuevos Planes de Calidad, vehiculado por la Resolución Anatel n.º 341, de 20 de junio de 2003 – que resultó de la Consulta Pública n.º 426, de 26 de diciembre de 2002 –, y Universalización, editado por el Decreto Presidencial n.º 4.769, del 27 de junio de 2003. También fue editado el Decreto Presidencial n.º 4.733, del 10 de junio de 2003, que dispone sobre políticas públicas de telecomunicaciones y fija puntos importantes para los nuevos contratos de concesión.

4.5.6. La principal alteración en los nuevos contratos dice respecto al índice de corrección de las tarifas, que deja de ser el IGP-DI, que tiene fuerte vinculación con la

---

<sup>21</sup> Resolución 26, de 27 de mayo de 1999, que trae modelos de contratos de concesión para la prestación del STFC.

variación del dólar, y pasa a ser un índice sectorial, que lleve en cuenta variaciones específicas suportadas por las prestadoras. Las demás alteraciones serán tratadas en el transcurso de los comentarios sobre las cláusulas esenciales.

#### **4.6. Universalización**

4.6.1. Las concesionarias de STFC asumen, por el régimen público de prestación, obligaciones de universalización, en los términos del art. 63, párrafo único, de la LGT. Más adelante, en el art. 79, §1° de la LGT, las obligaciones de universalización son definidas como aquellas que “objetivan posibilitar el acceso de cualquier persona o institución de interés público al servicio de telecomunicaciones, independientemente de su localización y condición socio-económica, bien como las destinadas a permitir la utilización de las telecomunicaciones en servicios esenciales de interés público”. En el Modelo de Contrato Local la universalización es definida como trazo esencial del régimen de prestación del servicio de STFC, que estará caracterizado “por la atención uniforme y no discriminatorio de todos los usuarios y por el cumplimiento de las metas constantes del Plan General de Metas de Universalización” (cláusula 7.1).

4.6.2. La LGT prevé, que las “obligaciones de universalización serán objeto de metas periódicas, conforme el plan específico elaborado por la Agencia y aprobado por el Poder Ejecutivo”.<sup>22</sup> Esas metas fueron definidas en el Plan General de Metas de Universalización del STFC, vehiculado a través del Decreto n.º 2.592, del 15 de mayo de 1998. Entre las metas definidas en el PGMU, se encuentran disposiciones sobre: metas de accesos individuales y metas de accesos colectivos, además de referencias a la disponibilidad de instalaciones, y a la atención a deficientes físicos, a instituciones de carácter público o social, a regiones remotas y a áreas rurales o de urbanización precaria. La cláusula 7.3 del Modelo de Contrato Local prevé, con base en el art. 2º, §2º del PGMU, que la concesionaria “asume la obligación de implementar metas de universalización previstas” en el contrato y “que vengan a ser requeridas por Anatel”, en observación al referido artículo del PGMU.

4.6.3. Para control de la atención a las metas de universalización, constantes en la reglamentación y en los contratos de concesión, las prestadoras deben presentar informes periódicos sobre la atención a las metas. Comprobado el no cumplimiento de las obligaciones relacionadas a la universalización, la LGT prevé la aplicación de las sanciones multa, caducidad o decreto de intervención, en los términos del art. 82.<sup>23</sup>

4.6.4. En los contratos de concesión consta referencia expresa al régimen de fiscalización en las cláusulas 19.1 y 19.2.

4.6.5. Recientemente, teniendo como objetivo establecer las reglas para los nuevos contratos de concesión, fue editado, por medio del Decreto n.º 4.769, de 27 de junio de 2003, el nuevo Plan General de Metas de Universalización, que entrará en vigor a partir del 1º de enero de 2006 (ver ítem 5.6).

---

<sup>22</sup> Art. 80, *caput*, de la LGT.

<sup>23</sup> Art. 82. El incumplimiento de las obligaciones relacionadas a la universalización y a la continuidad esperará la aplicación de sanciones de multa, caducidad o el decreto de intervención, conforme el caso.

## **4.7. Continuidad del servicio**

4.7.1. Además de asumir obligaciones de universalización, las concesionarias de STFC tienen que cumplir con obligaciones de continuidad en la prestación. En los términos del art. 79, § 2º de la LGT, las obligaciones de continuidad “son las que objetivan posibilitar a los usuarios de los servicios su usufructo de forma ininterrumpida, sin paralizaciones injustificadas, debiendo los servicios estar a disposición de los usuarios, en condiciones adecuadas de uso”. La cláusula 6.1 del Modelo de Contrato Local fija como criterios indicadores de calidad y continuidad del servicio, la regularidad, la eficiencia, la seguridad, la actualidad, la generalidad, la cortesía y la modicidad de las tarifas.

4.7.2. La obligación de continuidad del servicio de las concesionarias se debe al hecho de que la prestación en régimen público, que según el art. 175 de la Constitución Federal, es norteado por el principio de la continuidad, también contemplado en la Ley n.º 8.997, del 13 de febrero de 1995, conocida como Ley General de Concesiones. Vale recordar, que la Unión, caso haya impedimento de la concesionaria, se compromete a mantener la continuidad del STFC prestado en régimen público, teniendo en vista su esencialidad (ver ítem 1.3).

4.7.3. Así, además de la obligación contractual para con el usuario, la concesionaria de STFC está sometida a un régimen administrativo especial, en que solamente casos excepcionales pueden justificar la interrupción del servicio. El servicio no puede ser discontinuado, en atención al interés público, sobre pena de sanciones administrativas a la concesionaria. Con todo, hay determinadas situaciones excepcionales que admiten la interrupción del servicio, conforme previsión del Reglamento del STFC – Resolución Anatel n.º 85, de 30 de diciembre de 1998, en que hay un capítulo dedicado al tema – Capítulo VI.

4.7.4. Además de sólo justificarse la interrupción del servicio en situaciones excepcionales<sup>24</sup>, dispone el Reglamento del STFC que “es vedado a la Prestadora interrumpir la ejecución del servicio alegando el incumplimiento de cualquier obligación por parte de la Agencia o de la Unión”.<sup>25</sup> Tal norma es un desdoblamiento del principio de la supremacía del interés público, que confiere a la Administración Pública poderes dichos exorbitantes en relación al particular que con ella contrata.

---

<sup>24</sup> Dispone el art. 24 del Reglamento del STFC acerca de las interrupciones excepcionales: “Art. 24. Son interrupciones excepcionales del servicio las consecuentes de situación de emergencia, las motivadas por razones de orden técnica o por razones de seguridad de las instalaciones, conforme a seguir:

I – situación de emergencia: situación imprevisible consecuente de fuerza mayor o caso fortuito, que acarree la interrupción de la prestación del servicio, sin que se pueda prevenir su ocurrencia;

II – razones de orden técnica: aquellas que, aún previsibles, acarrear obligatoriamente la interrupción del servicio como condición para la reparación, modificación, modernización o mantenimiento de los equipamientos, medios y Redes de Telecomunicaciones; y

III – razones de seguridad de las instalaciones: las que, previsibles o no, exijan la interrupción de los servicios, entre otras providencias, objetivando impedir daños o prejuicios a los medios, equipamientos y Redes de Telecomunicaciones de la Prestadora o de terceros.”

<sup>25</sup> Art. 25 Reglamento STFC.

4.7.3. En los casos en que la interrupción es admitida, la prestadora deberá notificar al público en general y al contratante, “comunicándole la interrupción, sus motivos, las providencias adoptadas para el restablecimiento de los servicios, y la existencia de medios alternativos para minimizar las consecuencias advenidas de la interrupción”, en los términos del art. 25 del Reglamento del STFC.

4.7.4. A pesar de el usuario de STFC tener derecho a la no suspensión del servicio sin su solicitud, el Reglamento del STFC prevé, en los términos de los arts.12, inciso VIII y 67 y ss., que el servicio podrá ser suspendido por “débito directamente consecuente de su utilización o por incumplimiento de deberes constantes del artículo 4° de la Ley n.° 9.472, de 1997”.<sup>26</sup>

4.7.5. El art. 67 del Reglamento del STFC prevé que la “prestadora puede suspender la provisión del servicio al Usuario que no honre el pago de débito directamente consecuente de la utilización de la modalidad del servicio prestado, después de transcurridos 30 (treinta) días de incumplimiento”. Con todo, el usuario tiene el derecho de cumplir los débitos en hasta 5 (cinco) días útiles contados a partir de la notificación que la prestadora deberá hacer al usuario en caso de no pago, en quince días después del vencimiento.<sup>27</sup> Transcurridos 30 (treinta) días de incumplimiento, “la Prestadora puede suspender, parcialmente, la provisión del STFC, con bloqueo de las llamadas originadas”.<sup>28</sup> Pasados como mínimo 30 (treinta) días de suspensión parcial del servicio, la prestadora puede proceder a la suspensión total de la provisión del STFC, “inhabilitando a realizar y recibir llamadas”, siendo que la prestadora debe informar al usuario, con antecedencia mínima de 15 (quince) días, la suspensión total de la provisión del servicio.<sup>29</sup> Después de 30 (treinta) días de suspensión total de la provisión del servicio, la prestadora puede rescindir el contrato, en los términos del art. 70 del Reglamento del STFC (cláusula 8.3 del Modelo de Contrato Local).

## **4.8. Calidad y modernización del servicio**

4.8.1. La preocupación con la calidad del servicio viene acompañada con el intuito de garantizar la modernización del mismo, en los términos del art. 93, inciso III de la LGT.

4.8.2. Diversamente de las obligaciones de universalización y continuidad, la atención a metas de calidad del STFC debe ser cumplido tanto por concesionarias, cuanto por autorizadas, que prestan el servicio en régimen privado.

4.8.3. Así, fue editado a través de la Resolución Anatel n.° 30, de junio de 1998, el Plan General de Metas de Calidad del STFC – PGMQ, que, según su art. 1°, “establece metas de calidad, a ser cumplidas por las prestadoras de Servicio Telefónico Fijo Conmutado, destinado al uso del público en general (STFC), prestado en los regímenes público y privado”.

4.8.4. El PGMQ establece metas a ser cumplidas por las prestadoras de STFC con el fin de mejorar la calidad del servicio. Es importante resaltar que son fijación de metas

---

<sup>26</sup> Art. 12, inciso VIII del Reglamento del STFC.

<sup>27</sup> Art. 67, §4° del Reglamento del STFC.

<sup>28</sup> Art. 68 del Reglamento del STFC.

<sup>29</sup> Art. 69 del Reglamento del STFC.

progresivas con el tiempo, a fin de mejorar siempre la atención al usuario. Son fijadas metas relativas a la solicitud de reparo, a la solicitud de mudanza de dirección, metas de atención por teléfono al usuario, metas de calidad por teléfono de uso público, metas de información del código de acceso del usuario, metas de atención a la correspondencia del usuario, metas de atención personal al usuario, metas de emisión de cuentas y metas de modernización de red.

4.8.5. El no cumplimiento de estas metas por parte de las prestadoras acarreará sanciones, conforme lo previsto en el art. 42 del PGMQ. La aplicación de sanciones se da a través de la instauración de proceso administrativo por incumplimiento de obligación – PADO, en los términos del Régimen Interno de la Anatel - Resolución Anatel n.º 270, de 19 de julio de 2001. Actualmente fue editada la Resolución n.º 344, del 18 de julio de 2003, que establece el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.

4.8.6. En los contratos de concesión, son fijados como ya supuestos para la calidad del servicio prestado regularidad, eficiencia, seguridad, actualidad, generalidad, cortesía y modicidad de las tarifas. (cláusula 6.1 del Modelo de Contrato Local).

4.8.7. En los términos de autorización para prestación del STFC son fijados los mismos criterios para evaluación de la calidad del servicio, con excepción de la modicidad de las tarifas, en los términos de los Modelos de Términos de Autorización para la Prestación del Servicio Telefónico Fijo Conmutado en la Modalidad Local, cláusula 5.1.

4.8.8. Recientemente fue editado el nuevo Plan General de Metas de Calidad, por medio de la Resolución n.º 341, de 23 de junio de 2003, con vigencia a partir de 1º de enero de 2006, para los nuevos contratos de concesión.

#### **4.9. Régimen tarifario**

4.9.1. A pesar de que el contrato de concesión es firmado entre Poder Público y empresa privada, esta última será remunerada principalmente por el usuario, configurándose una relación trilateral. Firmado el contrato de concesión, la prestadora se torna responsable por los riesgos empresariales de la actividad, “remunerándose por la cobranza de tarifas de los usuarios o por otros ingresos alternativos y respondiendo directamente por sus obligaciones y por los perjuicios que cause”, en los términos del art. 83, párrafo único de la LGT. Dispone también el Plan General de Metas de Universalización que todos los costos relacionados con el cumplimiento de las metas previstas en este plan serán soportados, exclusivamente, por las concesionarias, en los términos del art. 2º, §1º del PGMU del STFC.

4.9.2. El art. 2º, inciso I, de la LGT reza, a su vez, que el Poder Público tiene el deber de garantizar a toda la población el acceso a las telecomunicaciones, las tarifas y precios razonables, en condiciones adecuadas. Siguiendo ese precepto, se fijó un régimen de control tarifario para los servicios prestados por las concesionarias, en los términos de los arts. 103, §3º y 108 de la LGT, por el cual las tarifas serán fijadas en el contrato de concesión, consonante edital o propuesta presentada en la licitación, y también los mecanismos para reajuste y revisión de las tarifas serán previstos en los contratos. Además, en los términos del art. 29 del Reglamento del STFC, corroborado por la

cláusula 10.1 del Modelo de Contrato Local, la prestadora de STFC debe ofrecer un Plan Básico de Servicio, “entendido como el Plan de Servicio de oferta obligatoria y no discriminatoria a todos los Usuarios o interesados en el STFC”.<sup>30</sup> La operadora puede ofrecer, con todo, Planes Alternativos de Servicios, disponibles a todos los Usuarios o interesados, cuyas tarifas son de libre proposición por la concesionaria, pero homologadas previamente a la Agencia, en los términos de los arts. 30 y 32 del Reglamento del STFC y de la cláusula 10.2 y del Modelo de Contrato Local.

4.9.3. A pesar de la previsión de control tarifario en un primer momento, el art. 104 de la LGT autoriza que, transcurridos al menos tres años de la celebración del contrato, la Agencia podría someter a las concesionarias al régimen de libertad tarifaria, si existiese amplia y efectiva competición entre las prestadoras de servicio. Tal liberalización de hecho no aconteció, y las tarifas permanecen controladas por los mecanismos instituidos en los contratos de concesión. Tales mecanismos se constituyen en fórmula<sup>31</sup> fijada en la cláusula 11.1, que autoriza el reajuste de las tarifas del Plan Básico de Servicios a cada 12 (doce) meses, por iniciativa de la Anatel o de la concesionaria. Como índice de corrección fue escogido el Índice General de Precios, Disponibilidad Interna, divulgado por la Fundación Getúlio Vargas.

4.9.4. En los nuevos contratos, a ser firmados con las actuales concesionarias, fue establecido el índice sectorial como factor de corrección, de modo a considerar el aumento de costos realmente soportado por las empresas y no onerar en demasía al usuario, denominado Índice de actualización de tarifas, compuesto a partir de índices de precios existentes, en los términos de la reglamentación – IST. Las bases de cálculo permanecen prácticamente inalteradas.<sup>32</sup>

4.9.5. Como las concesionarias desempeñan actividad empresarial y objetivan al lucro, están sometidas a variaciones económicas ordinarias, inherentes a todo negocio privado. También, la LGT les confiere el derecho a la revisión del contrato, y consecuentemente del régimen tarifario, en los casos de “oneración causada por nuevas reglas sobre los servicios, por la álea (probabilidad de pérdida) económica extraordinaria, bien como por el aumento de los encargos legales o tributos”, en los términos del art. 108, §4º, con previsión en las cláusulas 12.1, 12.2 y 12.3 del Modelo de Contrato Local.

4.9.6. Además de prever la revisión contractual en caso de situaciones extraordinarias, la LGT dispone que “las ganancias económicas consecuente de la modernización, expansión o racionalización de los servicios, bien como de nuevos ingresos alternativos” serán compartidos con los usuarios.<sup>33</sup> También las ganancias económicas que no sean consecuencia directamente de la eficiencia empresarial, como las

---

<sup>30</sup> Art. 29 del Reglamento del STFC.

<sup>31</sup> Esa fórmula tiene como base de cálculo la fecha propuesta para el reajuste, la fecha del último reajuste, el valor medio de la tasa de habilitación, el valor de la tasa de habilitación del terminal residencial, del terminal no residencial, del terminal tronco, el valor del pulso, el porcentual de usuarios residenciales del Plano Básico del Servicio, el porcentual de usuarios tronco del Plano Básico de Servicios, el valor de la firma media, el valor de la firma residencial, el valor de la firma no residencial, el valor de la firma tronco y el número medio de pulsos facturados, en los términos de la cláusula 11.1.

<sup>32</sup> Cláusula 12.1 del Contrato de Concesión Modalidad Local – 2006, editado por la Resolución n.º 341, de 20 de junio de 2003.

<sup>33</sup> Art. 108, §2º de la LGT.

disminuciones de tributos o encargos legales y la edición de nuevas reglas sobre los servicios, deben ser compartidos con los usuarios, sólo que tal transferencia debe darse de modo integral, en los términos del art. 108, §3º de la LGT.

4.9.7. Las reducciones de tarifa por parte de la concesionaria también son posibles. Con todo, ella debe hacerlo de forma no discriminatoria, de modo que la “reducción se basé en criterios objetivos y favorezca indistintamente a todos los usuarios”.<sup>34</sup> Los descuentos, igualmente, deben ser extensibles a todos los usuarios que se encuadran en condiciones precisas e isonómicas.<sup>35</sup>

#### **4.10. Bienes reversibles**

4.10.1. En consecuencia con el principio de la continuidad del servicio público, los bienes esenciales a la prestación del servicio permanecen a ellos afectos, mismo después del fin del contrato de concesión o en caso de inviabilidad de la empresa prestadora. El art. 102 de la LGT dispone que ocurra la transmisión automática a la Unión de la pose de los bienes reversibles. Tal fenómeno recibe la denominación de reversión (cláusula 22.1 y 22.2 del Modelo de Contrato Local).

4.10.2. La reversión de los bienes al final del contrato de concesión no espera por indemnización a la prestadora (cláusula 22.3 del Modelo de Contrato Local). Esto sólo ocurrirá, en los términos del párrafo único del art. 102 de la LGT, cuando la reversión de los bienes ocurre antes de expirado el plazo contractual, lo que importará el “pago de indemnización por las parcelas de inversión a ellos vinculados, aún no amortizados o depreciados, que hayan sido realizados con el objetivo de garantizar la continuidad y actualidad del servicio concedido” (cláusula 22.3, párrafos 1º y 2º)

#### **4.11. Extinción de la concesión**

4.11.1. La LGT prevé, en su art. 112, las siguientes formas de extinción de la concesión: derivado del término contractual, *encampación*, caducidad, rescisión y anulación (cláusula 26.1 del Modelo de Contrato de Concesión).

4.11.2. La concesión se extingue por advenimiento del término contractual, cuando el plazo previsto en el contrato acaba sin que haya renovación en el mismo, por desinterés de la concesionaria o por negativa de la Agencia, especialmente en los casos en que no se admite más prorrogación.

4.11.3. Encampación es la “retomada del servicio por la Unión durante el plazo de la concesión, en fase de razón extraordinaria de interés público, mediante ley de autorización específica y después del pago de previa indemnización”, en los términos del art. 113 de la LGT.

4.11.4. Caducidad es la rescisión por incumplimiento de la concesionaria, precedida por el debido proceso administrativo instaurado por la Agencia, conforme dispone el § 2º del art. 114. Los casos en que son autorizados por decreto de caducidad son los siguientes: mudanza en la organización societaria de la empresa o en su capital social que viniese a

---

<sup>34</sup> Art. 106 de la LGT.

<sup>35</sup> Art. 107 de la LGT.

perjudicar, de cualquier forma, la libre competencia, o colocar en riesgo la ejecución del contrato; o aún disolución o falencia de la concesionaria; transferencia irregular del contrato; no cumplimiento del compromiso de transferencia a que se refiere el artículo 87 de la misma ley; o cuando cabe la intervención<sup>36</sup>, pero inconveniente, inocua, injustamente benéfica a la concesionaria o desnecesaria a su decretación (cláusula 26.4 del Modelo de Contrato de Concesión).

4.11.5. La rescisión, por su vez, es de derecho de la concesionaria, cuando, “por acción o omisión del Poder Público, la ejecución del contrato se torna excesivamente onerosa”, según el art. 115 de la LGT. Ella puede ser judicial o amigable.

4.11.6. La anulación será decretada por la Agencia en situaciones de irregularidad insanable y grave del contrato de concesión. Como consecuencia de irregularidad, puede o no generar obligación de indemnizar, dependiendo de haber o no mala fe por parte de la concesionaria.

4.11.7. Terminada la concesión, la Unión retoma la delegación del servicio, mismo porque nunca hubiera dejado de ser la titular del mismo.<sup>37</sup>

## **4.12. Sanciones**

4.12.1. El art. 173 de la LGT prevé las sanciones administrativas aplicables a las concesionarias (y también a las autorizadas) en función de infracción a preceptos de la LGT o demás normas aplicables, bien como la inobservancia de los deberes consecuentes de los contratos de concesión o de los actos de autorización, sin perjuicio de otras sanciones de naturaleza civil o penal. Así, dependiendo de la gravedad de la infracción, pueden ser aplicadas: advertencia, la multa, la caducidad y la declaración de no idoneidad de la operadora.

4.12.2. Las cláusulas 25.1 y siguientes del Modelo de Contrato Local especifican las penalidades para los casos de infracciones a los reglamentos del STFC y cláusulas del propio contrato, fijando, aún, valores para las multas.

4.12.3. Para facilitar la aplicación de las sanciones, en términos de procedimientos y de adecuación, fue editada recientemente la Resolución n.º 344, de 18, de julio de 2003, que establece parámetros y criterios para aplicación de las sanciones administrativas.

## **5. FUST**

5.1. El Plan General de Metas de Universalización del STFC, en su art. 2º §1º, establece que todos los costos de las metas en él establecidas deben ser soportadas, exclusivamente, por las concesionarias por ellas responsables. Entre tanto, la LGT, en su

---

<sup>36</sup> Art. 110. Podrá ser decretada intervención en la concesionaria, por acto de la Agencia, en caso de:

I - paralización injustificada de los servicios;

II - inadecuación o insuficiencia de los servicios prestados, no resueltas en plazo razonable;

III - desequilibrio económico-financiero consecuente de mala administración que coloque en riesgo la continuidad de los servicios;

IV - práctica de infracciones graves;

V - inobservancia de atención de las metas de universalización;

VI - recusa injustificada de interconexión;

VII - infracción del orden económico en los términos de la legislación propia.

<sup>37</sup> Art. 117 de la LGT.

artículo 81, establece fuentes complementarias de recursos, “destinados a cubrir la parcela del costo exclusivamente atribuible al cumplimiento de las obligaciones de universalización de la prestadora de servicio de telecomunicaciones, que no pueda recuperar con la explotación eficiente del servicio”.<sup>38</sup>

5.2. Entre estas fuentes, se encuentran la previsión de “fondo específicamente constituido para esa finalidad, para el cual contribuirán prestadoras de servicio de telecomunicaciones en los regímenes públicos y privados, en los términos de la ley (...)”.<sup>39</sup>

5.3. Tal fondo, denominado Fondo de Universalización de los Servicios de Telecomunicaciones, fue instituido por la Ley n.º 9.998, del 17 de agosto de 2000, que fue reglamentada por el Decreto n.º 3.624, del 5 de octubre de 2000.

5.4. Constituyen ingresos del Fondo, según el art. 6º de la Ley n.º 9.998, de 2000: (i) las dotaciones designadas en la ley de presupuesto anual de la Unión y sus créditos adicionales; (ii) cincuenta por ciento de parcela de los recursos del Fondo de Fiscalización de las Telecomunicaciones – Fistel, hasta el límite máximo anual de setecientos millones de reales; (iii) precio público cobrado por la Anatel como condición para la transferencia de concesión, de permiso o de autorización de servicio de telecomunicaciones o de uso de radiofrecuencia; (iv) contribución de uno por ciento sobre el ingreso operacional bruto, consecuente de prestación de servicios de telecomunicaciones en los regímenes público y privado, excluyéndose el Impuesto sobre Operaciones relativas a la Circulación de Mercaderías y sobre Prestaciones de Servicios de Transporte Interestatal e Intermunicipal y de Comunicaciones – ICMS, el Programa de Integración Social – PIS y la Contribución para el Financiamiento de la Seguridad Social – Cofins; (v) donaciones; (vi) otras que fueran destinadas.

5.5. Tanto la Ley (art. 5º) cuanto el Decreto disponen que los recursos del Fust serán aplicados en “programas, proyectos y actividades que están en consonancia con el plan general de metas de universalización de servicio de telecomunicaciones o las ampliaciones que contemplarán, entre otros”, relacionados a los siguientes objetivos: atención a localidades con menos de cien habitantes o de bajo poder adquisitivo; implantación de accesos individuales para prestación del servicio telefónico, en condiciones favorecidas, a establecimientos de enseñanza, bibliotecas e instituciones de salud; implantación de accesos para utilización de servicios de redes digitales de información destinadas al acceso público, inclusive de la Internet, en condiciones favorecidas, a instituciones de salud, establecimientos de enseñanza y bibliotecas, incluyendo, en las dos últimas, los equipamientos terminales para operación por los usuarios; reducción de las cuentas de servicios de telecomunicaciones de

---

<sup>38</sup> El art. 4º, §2º del propio PGMU establece que la “Anatel podrá, excepcionalmente, proponer fuentes adicionales de financiamiento para la parcela de los costos no recuperables por la explotación eficientes de los servicios referentes a las metas indicadas en las líneas *b* y *c* del inciso II de este artículo”. Hay previsión, aún, previsión a respecto en la cláusula 7.2 del Modelo de Contrato Local: “Cláusula 7.2. La excepción de lo dispuesto en la cláusula 7.4. de este Contrato y observado el § 2º del art. 4º del Plano General de Metas de Universalización, aprobado por el Decreto n.º 2.592, de 15 de mayo de 1998, la implementación de las metas de universalización será financiada exclusivamente por la Concesionaria, a través de la explotación del servicio, no le asistiendo derecho a resarcimiento o subsidio”.

<sup>39</sup> Art. 81, inciso II de la LGT.

establecimientos de enseñanza y bibliotecas referentes a la utilización de servicios de redes digitales de información destinadas al acceso del público, inclusive de la Internet; instalación de redes de alta velocidad, destinadas al intercambio de señales y a la implantación de servicios de tele conferencia entre establecimientos de enseñanza y bibliotecas; atención a áreas remotas y de frontera de interés estratégico; implantación de accesos individuales para órganos de seguridad pública; implantación de servicios de telecomunicaciones en unidades del servicio público, civil o militares, situadas en puntos remotos del territorio nacional; dando accesos individuales y equipamientos de interfase a instituciones de asistencia a deficientes y a deficientes carentes; e implantación de la telefonía rural.

5.6. Se percibe que la gran innovación, en relación al PGMU del STFC fue la inclusión de objetivos relacionados al acceso de servicios de redes digitales de información, inclusive Internet. En ese sentido, el nuevo PGMU del STFC, editado por medio del Decreto n.º 4.769, de 27 de junio de 2003, que se fortalecerá para los nuevos contratos de concesión, incluye metas relativas a la instalación de Terminales de Acceso Público – TAPs. Cada Puesto de Servicio de Telecomunicaciones, en los términos del art. 14 del referido Decreto, deberá disponer de, por lo menos, cuatro Teléfonos de Uso Público – TUP, cuatro TAPs y facilidades que permitan el envío y recibimiento de textos, imágenes y gráficos. El art. 13 fija las metas para la instalación de los PSTs.

5.7. La Ley del Fust atribuye competencia al Ministerio de las Comunicaciones para formular políticas, directrices generales y prioridades que orientarán las aplicaciones del Fust, bien como para definir programas, proyectos y actividades financiadas con recursos del Fust, en los términos del art. 5º de la Ley.<sup>40</sup> En ese sentido, el Ministerio de las Comunicaciones expidió la Exposición de Motivos n.º 595/MC, de 7 de noviembre de 2000, a fin de definir las directrices y prioridades para aplicación de los recursos del Fust, y, en la forma de anexo a la EN, editó la Política para Aplicación del Fondo de Universalización de los Servicios de Telecomunicaciones - Fust. Entre las directrices trazadas, fueron establecidos los siguientes programas, que contarían con la acción conjunta de los demás Ministerios relativos a las áreas beneficiadas: Programa de Educación, Programa de Salud, Programa de Telecomunicaciones, Programa de Atención a Deficientes, Programa de Seguridad Pública, Programa para Regiones Remotas y de Fronteras y Programa de Bibliotecas Públicas.

5.8. Los referidos programas fueron reglamentados por las siguientes Portarias del Ministerio de las Comunicaciones: *Portaria* (documento) n 2 de 17 de enero de 2001, que trata del Programa de Educación; *Portaria* nº 196 de 17 de abril de 2001, que trata del Programa de Salud; *Portaria* n.º 245, de 10 de mayo de 2001, que trata del Programa de Bibliotecas; *Portaria* nº 246, de 10 de mayo de 2001, que trata del Programa de Atención a Deficientes; *Portaria* nº 834, de 23 de mayo de 2002, que trata del Programa para Regiones Remotas y de Fronteras; *Portaria* nº 1.979, de 1º de octubre de 2002, que trata del Programa de Telecomunicaciones; y *Portaria* nº 2272, de 24 de octubre de 2002, que trata del Programa de Seguridad pública.

---

<sup>40</sup> Art. 2º de la Ley n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000.

5.9. Fue atribuida a la Anatel, a su vez, competencia para implementar, acompañar y fiscalizar los programas, proyectos y actividades que usen recursos del Fust; elaborar la propuesta del presupuesto del Fust; y prestar cuentas de la ejecución presupuestal y financiera del Fust, en los términos del art. 4º de la Ley n.º 9.998, de 17 de agosto de 2000. Además de esas competencias, el art. 3º del Decreto n.º 3.624, de 5 de octubre de 2000 – Reglamento del Fust, se acrecentó la de recaudar la contribución sobre la prestación de servicios de telefonía para el Fust, además de aplicar las respectivas multas y sanciones.

5.10. La contribución de uno por ciento incidente sobre el ingreso operacional bruto consecuente de la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones, sea en régimen público o privado<sup>41</sup>, excluidos ICMS, PIS y Cofins, constituye la mayor fuente de recursos del Fondo. Su naturaleza jurídica es de contribución parafiscal de intervención en el dominio económico, en los términos del art. 149 de la Constitución Federal. Parafiscal porque, a pesar de ser instituida por la Unión, es recaudada por el órgano de la Administración Indirecta, en el caso la Anatel, y busca cubrir actividad específica designada en la Ley n.º 9.998, de 2000.

5.11. Los valores del Fust llegaron a R\$ 2,38 billones. Según el levantamiento de la Anatel, entre los meses de enero y junio de este año, el fondo tuvo una recaudación de R\$ 225 millones. El valor recaudado refleja una caída significativa en relación a los años anteriores, visto que en el 2002 el valor fue de R\$ 1,09 billón y en el 2001, R\$ 1,04 billón. Hasta hoy, el fondo, no vio sus recursos aplicados en los programas que serían subsidiados con ellos, puesto que los valores están casi totalmente contingenciados para hacer caja en el Tesoro Nacional. Importante es resaltar que la liberación de los recursos para la destinación específica del Fust depende de dotación en la ley de presupuesto anual, a ser votada todos los años por el Congreso Nacional, en consecuencia de propuesta por parte del Poder Ejecutivo.

5.12. A fin de reglamentar su actividad de recaudación<sup>42</sup>, y conforme previsión del párrafo único del art. 3º del Decreto n.º 3.624, de 2000, la Anatel edito la Resolución n.º

---

<sup>41</sup> Eso significa que tanto autorizadas de STFC, que no tienen obligaciones de universalización, cuanto prestadoras de otros tipos de servicios contribuyen para el Fust.

<sup>42</sup> Además de lo dispuesto en el inciso IV del art. 3º del Decreto n.º 3.624, de 2000, también se incluyen como objeto de la Resolución la reglamentación lo dispuesto en los incisos II y III del referido artículo. “Art. 3º Compete a la Agencia Nacional de Telecomunicaciones:

I - implementar, acompañar y fiscalizar los programas, los proyectos y las actividades que aplicarán recursos del Fust;

II - elaborar y someter, anualmente, al Ministerio de las Comunicaciones, la propuesta presupuestal del Fust, para inclusión en el proyecto de ley presupuestal anual a la que se refiere el § 5º del art. 165 de la Constitución, llevando en consideración lo establecido en el art. 13 de este Decreto, la atención del interés público y las desigualdades regionales, así como las metas periódicas para la progresiva universalización de los servicios de telecomunicaciones, al que se refiere el art. 80 de la Ley nº 9.472, de 1997;

III - prestar cuentas de la ejecución presupuestal y financiera del Fust;

IV - recaudar la contribución para el Fust de que trata el inciso IV del art. 7º de este Decreto, en la forma indicada por el art. 8º, bien como aplicar la multa y las sanciones previstas en los §§ 1º y 2º del art. 8º.

Párrafo único. Cabe a la Agencia Nacional de Telecomunicaciones expedir las reglamentaciones de operacionalización para los incisos I, II, III y IV de este artículo.

247, de 14 de diciembre de 2000, instituyendo el Reglamento para Recaudación de la Contribución de las Prestadoras de Servicios de Telecomunicaciones para el Fondo de Universalización de los Servicios de Telecomunicaciones – Fust. Según el Reglamento para Recaudación, la prestación de cuentas de las empresas deberá ser mensual, en los términos del art. 5° y el pago de la contribución, a su vez, se dará a través de la red bancaria, en los términos del art. 6°.

5.13. Aun, en atención al párrafo único del art. 3° del Decreto n.º 3.624, de 2000 (ver nota de rodapé *infra*), la Anatel editó la Resolución n.º 269, de 9 de julio de 2001, para reglamentar el inciso I del art. 3° del mismo Decreto, que trata de la competencia para implementar, acompañar y fiscalizar los programas, proyectos y las actividades que aplicarán los recursos del Fust. Esa Resolución hace referencia, en su art. 5°, a la fijación de las metas para universalización de servicios de telecomunicaciones cuya consecución utiliza recursos del Fust a través de Planos de Metas para la Universalización de Servicios de Telecomunicaciones, a ser aprobado por el Presidente de la República. En ese sentido, ya fue editado el nuevo PGMU, por medio del Decreto n.º 4.769, de 27 de junio de 2003, que incorpora el espíritu propuesto por la Ley del Fust y por su reglamentación.

5.14. La Resolución n.º 269, de 2001 trae también elementos para implementar efectivamente la aplicación de los recursos del Fust en su área de destino original. Entre esos elementos, se establece que la consecución de los objetivos del reglamento es responsabilidad conjunta de prestadoras contratadas, entidades beneficiadas, y usuarios, fijando a todos atribuciones (art. 7°); que la implementación se dará a través de la firma de términos de obligaciones, con las prestadoras contratadas; y que competará también a Anatel fiscalizar la aplicación de los recursos, bien como elaborar y someter anualmente, al Ministerio de Comunicaciones, la propuesta del presupuesto del Fust, para inclusión en el Proyecto de Ley de Presupuesto Anual a que se refiere el § 5° del art. 165 de la Constitución Federal, y emitir nota de empeño en el valor total de resarcimiento para cada ejercicio financiero (art. 18).

---

**Juliana Oliveira Rezio**  
Abogada  
Consultora de la UIT  
Miembro del Grupo de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones de la UnB

**“REGLAMENTACIÓN DEL SERVICIO MÓVIL CELULAR (SMC) Y DEL SERVICIO MÓVIL PERSONAL (SMP)”**

**SEPARATA**

Traducido por: Eduardo T. L. Pastor (EnE-UnB)

**I – La Abertura del Mercado de Telefonía Móvil: una breve historia**

Hasta mediados de 1995, el sector de telecomunicaciones del país se constituía bajo el régimen de monopolio estatal, cuyo servicio era prestado por medio de las empresas integrantes del “Sistema Telebrás”, que eran incumbidas de la prestación del Servicio Telefónico Fijo Conmutado (STFC), del Servicio Móvil Celular (SMC) y de los Servicios de Transmisión de Datos.

El 15 de agosto de 1995, con la edición de la Enmienda Constitucional n.º 8, se eliminó la exclusividad de la concesión para la explotación de los servicios públicos a empresas bajo el control accionario estatal, abriendo el sector a la participación de capitales privados. De esta manera, el régimen constitucional de prestación de servicios de telecomunicaciones fue sensiblemente alterado, previéndose la posibilidad de prestación directamente por el Estado o mediante autorización, concesión o permisión y la creación de un órgano regulador para el sector. Aunque parte del servicio de telefonía celular (la llamada Banda “B”<sup>1</sup>) ya hubiese sido privatizada antes de la Enmienda, la introducción de la nueva legislación abrió camino para la prestación de servicios de telecomunicaciones por entidades privadas.

En 1996, el primer paso concreto para la apertura del mercado ocurrió con la publicación de la Ley n.º 9.295/97, denominada de Ley Mínima, que anticipó la reglamentación de algunos servicios de telecomunicaciones, en especial, la prestación del Servicio Móvil Celular (SMC), separando las compañías prestadoras del STFC y creando

---

<sup>1</sup> Operadoras que prestan el servicio móvil en régimen privado e ingresaron en el mercado para competir con las empresas integrantes del sistema Telebrás.

las compañías de telefonía celular (Banda “A”<sup>2</sup> - operadoras públicas privatizadas) para atender las necesidades de demanda y la ansiedad de los inversionistas. La Ley Mínima posibilitó la realización, a mediados de 1997, de las licitaciones para la concesión de la Banda “B” del Servicio Móvil Celular, además de reglamentar la prestación de los Servicios Limitados, de Valor Añadido y de Transporte de Señales por Satélite.

Posteriormente, fue editada, en julio de 1997, la Ley n.º 9.427/96 (Ley General de Telecomunicaciones) que creó la Agencia Nacional de Telecomunicaciones y desencadenó el proceso de privatización de las empresas del Sistema Telebrás, culminando, en 1998, con la alienación de la participación accionista del Estado en las empresas prestadoras del servicio.

Como es antiguo, con la edición de la Ley General de Telecomunicaciones y de la reglamentación consecuente, fue instituido un modelo legal y regulador asentado en dos pilares: la competición entre las empresas prestadoras, por medio de la creación de un mercado de amplia y libre competencia y el beneficio y protección a los derechos de los usuarios.

Cumple observar, que el modelo regulador concebido para el sector de telecomunicaciones se pauta en una “asimetría” entre derechos y deberes impuestos a las prestadoras de servicio en régimen público y privado, con el objetivo de que la competición entre los distintos regimenes pueda ser implantada de manera equilibrada. En la telefonía móvil, referida asertiva no fue observada, visto que las operadoras de Banda “B” ingresaron en el mercado sin cualquier auxilio o incentivo estatal, al menos en lo que respecta al aspecto regulador de los servicios. No obstante, el equilibrio en la competición se instituyó, en un corto espacio de tiempo, en vista de la demanda creciente y la oferta escasa del servicio, así como, de las limitaciones de orden técnico, de que se resentían las empresas de Banda “A”.

## **II – El Servicio de Telefonía Móvil**

### **II.1 – SERVICIO MÓVIL CELULAR (SMC)**

#### **➤ Conceito**

*“Servicio Móvil Celular es el servicio de telecomunicaciones móvil terrestre, abierto a la correspondencia pública, que utiliza sistema de radiocomunicaciones con técnica celular, conforme definido en la reglamentación, interconectado a la red pública de*

---

<sup>3</sup> Son bandas de frecuencia consignadas a las empresas prestadoras del Servicio de Telefonía Celular. La banda de frecuencia atribuida al SMC, por la Norma General de Telecomunicaciones n.º 20/96, está subdividida en dos subbandas (bandas) “A” y “B”. Esto permite que, en una misma localidad el servicio pueda ser operado por dos prestadoras distintas, en régimen de competencia, una ocupando la Banda “A” y otra ocupando la Banda “B”. Para la banda de frecuencias de 824 MHz a 894 MHz, atribuida al SMC, no existen otras bandas.

telecomunicaciones, y accesado por medio de terminales portátiles, transportables o vehiculares.”<sup>3</sup>

El Servicio Móvil Celular (SMC) fue instituido por la Ley n.º 9.295/96 y reglamentado por el Decreto n.º 2.950/96. Las condiciones generales para su explotación, en ambiente de competición entre las demás prestadoras, están contenidas en la Norma General de Telecomunicaciones NGT n.º 20/96 – Servicio Móvil Celular, aprobada por la Portaria (documento) n.º 1.533/96, del Ministerio de las Comunicaciones.

### ➤ Régimen Jurídico de Prestación

La Ley General de las Telecomunicaciones prevé que los servicios de telecomunicaciones pueden ser prestados en régimen *público* o *privado*,<sup>4</sup> o en ambos concomitantemente, de acuerdo con el interés que buscan alcanzar, si colectivo o restringido.<sup>5</sup> Este debe ser prestado solamente en régimen privado, al paso que aquel comporta prestación en ambos regímenes.

El Plan General de Otorgas<sup>6</sup>, aprobado por el Decreto n.º 2.534/98, definió la **telefonía fija conmutada** como el único servicio de telecomunicaciones a ser prestado obligatoriamente en *régimen público*, pudiendo, todavía ser prestado simultáneamente en *régimen privado*. Se tiene, de esta forma, operando en un mismo mercado, una **concesionaria** de servicio público, con obligaciones expresas de *universalización* y *continuidad*- principios informadores de la prestación de los servicios públicos - compitiendo con otras operadoras, las **autorizadas**, actuando estas en régimen privado y en relación a las cuales “*han de ser impuestos condicionamientos y metas de interés de la colectividad, mas que básicamente, estarán sometidas a los principios constitucionales de la actividad económica*”.<sup>7</sup>

De eso deviene, la necesidad en combinar, de un lado, la obligatoriedad en el cumplimiento de los principios de la *universalidad* y *continuidad* por las concesionarias, con las ventajas frecuentemente obtenidas con la prestación de los servicios privados en régimen de competición, como la innovación tecnológica y el barateamiento de los costos.

Es importante destacar que el Sistema Móvil de Telefonía no fue alcanzado por la regla toda vez que por Ley, el servicio móvil debe ser prestado en régimen *privado*. Luego, todas las operadoras actuantes en esta modalidad móvil, deberían, en tesis, ser autorizadas.

Ocurre, que en el Brasil, actualmente, todas las operadoras de la Banda “A” (ex-integrantes del Sistema Telebrás) bien como las operadoras de la Banda “B” son concesionarias y eso deviene del hecho de ser ellas regidas por la Ley Mínima (Ley

<sup>3</sup> § 1º del art 1º de la Ley n.º 9.295/96.

<sup>4</sup> Art. 63 de la Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>5</sup> Art. 62 de la Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>6</sup> Instrumento normativo responsable por la reglamentación del Sistema de Telefonía Fija Conmutada (STFC).

<sup>7</sup> Carvalho, Carlos Eduardo V. de. in: os *Desafios Jurídicos no Setor de Telecomunicações*. Caderno Direito e Justiça. Correio Braziliense de 01/05/00.

9.295/96), anterior a LGT. Cabe destacar que todas las empresa creadas después de la edición de la LGT, son autorizadas.

En ese espíritu, la LGT, en su art. 214, IV, destacó que queda a cargo de las empresas que cuando, en la promulgación de la Ley, se encontraban en la posición de concesionarias, en ella permanecen o bien se tornan autorizadas.

### ➤ **El Proceso de Otorga y Condiciones Para la Explotación del Servicio**

Para prestar servicios en el sector de telecomunicaciones, las empresas necesitan de otorgas, específicamente, concesiones, permisos o autorizaciones. Las concesiones, de naturaleza contractual, generalmente son usadas para servicios considerados de interés público. A su vez, las autorizaciones son utilizadas en el ámbito de servicios que son considerados de interés privado.

Las otorgas de concesión o de autorización para la explotación del SMC deberán ser precedidas de licitación, en la cual serán desconsideradas las ofertas, para una misma área, de personas jurídicas que, “ *en consorcio participen a través de más de un consorcio o también, aisladamente, sean coligadas a otra participante, sean explotadoras del SMC en área o parte del área de concesión objeto de la licitación o sean coligadas, controladas o controladoras de entidad explotadora del SMC en área o parte del área de concesión objeto de la licitación*”.<sup>8</sup>

El Decreto n.º 2.950/96 que aprobó el Reglamento del Servicio Móvil Celular considera, para ese fin, una persona jurídica coligada a otra, si posee, directa o indirectamente, al menos 20 % (veinte por ciento) de participación en el capital votante de la otra, o si el capital votante de ambas fuera retenida, directa o indirectamente, en por lo menos 20% (veinte por ciento) por una misma persona natural o jurídica.<sup>9</sup>

La licitación sigue, en lo que cabe, los preceptos de la Ley n.º 8.666/93 (Ley de Contratos y Licitaciones de la Administración Pública) y de la Ley n.º 8.987/95 (Ley de Concesión y Permiso de la Prestación de Servicios Públicos), realizándose el juzgamiento con apoyo en el art. 15 del último diploma legal mencionado: *menor valor de la tarifa del servicio público a ser prestado, mayor oferta, en los casos de pagamiento por la otorga de la concesión o combinación de los dos criterios*, bien como, dispusieran las normas complementarias o el *edital*.

La otorga para la explotación del SMC es formalizada mediante contrato de concesión o término de autorización, consonante al régimen jurídico de explotación, firmado por la ANATEL y publicado, en resumen, en el Diario Oficial de la Unión, como condición de eficacia.

En lo que dice respecto a las condiciones para la explotación importa destacar que el SMC deber ser explotado por empresa constituida según las leyes brasileras, con sede y

---

<sup>8</sup> Incisos I a IV del Art. 10º del Decreto n.º 2.056/96.

<sup>9</sup> § 1º del Art. 10º del Decreto n.º 2.056/96.

administración en el País<sup>10</sup>, siendo vedada la explotación por una misma área geográfica por personas jurídicas coligadas o por persona jurídica controladora y controlada<sup>11</sup>. Para esa explotación, el Poder Público estableció dos bandas de frecuencia, la Banda “A” - utilizada por las operadoras públicas privatizadas, la Banda “B”, por las operadoras que operan en régimen privado, objetivándose fomentar la competición por el dúopolio privado.

La explotación del SMC es otorgada por el plazo de 15 (quince) años, pudiendo ser renovado, una vez cumplidas, por la operadora, las condiciones de la otorga, y desde que el interés en la renovación sea manifestado 30 (treinta) meses antes de expirar el plazo de la concesión o autorización.<sup>12</sup> La renovación del plazo implica el pago por el derecho de explotación del servicio y por el uso de las radiofrecuencias asociadas. En la renovación, permanecen vigentes todas las cláusulas del contrato, o del término, salvo aquellas pertinentes a la reglamentación del servicio que deban sufrir adaptaciones por la edición superveniente de nuevas normas.

En los términos de los ítems 9 y 10 de la Norma General de Telecomunicaciones NGT n.º 20/96, cabrá intervención<sup>13</sup>, del Poder Concedente con el fin de asegurar la adecuada prestación del servicio, bien como el fiel cumplimiento de la reglamentación pertinente y del contrato de concesión. Además, se extinguirá la concesión en las condiciones previstas en la Ley n.º 8.987/95 (Ley de Concesión y Permiso de la Prestación de Servicios Públicos) por la llegada *del término contractual, encampación*<sup>14</sup>, *caducidad*<sup>15</sup>, *rescisión, anulación o falencia o extinción de la Concesionaria de SMC*.

Por fin, es pertinente destacar que la transferencia de la concesión o del control societario de la concesionaria solamente podrá ser autorizada después el decurso del plazo de 60 (sesenta) meses, contados a partir del inicio de la operación comercial del servicio. Además, la transferencia demanda la anuencia del poder concedente<sup>16</sup>, cuya ausencia implicará la caducidad de la concesión.

### ➤ **Plan de Servicio y Roaming**

En los términos de la legislación aplicable, suscriptor de SMC es toda persona física o jurídica a quien él es prestado de forma regular, continuada y específicamente regulada en instrumento contractual definidor de obligaciones mutuas.

---

<sup>10</sup> Art. 11 de la Ley n.º 9.295/96.

<sup>11</sup> Art. 35 del Decreto n.º 2.056/96.

<sup>12</sup> Art. 3º c/c Art. 42 del Decreto n.º 2.056/96.

<sup>13</sup> Intervención es la sustitución temporaria de la concesionaria por el propio poder concedente, con el objetivo de solucionar irregularidades y asegurar la continuidad de los servicios. La intervención obedecerá a los dispositivos de la Ley n.º 8.987/95 (Ley de Concesión y Permiso de la Prestación de Servicios Públicos).

<sup>14</sup> Encampación es la retoma del servicio por el poder público por motivo de interés público, mediante ley autorizadora específica y después de previo pago indemnizatorio.

<sup>15</sup> Caducidad es la rescisión por incumplimiento contractual por parte de la concesionaria. Ocurre en las hipótesis del artículo 38, de la Ley n.º 8987/95.

<sup>16</sup> Arts. 39 y 40 del Decreto n.º 2.056/96.

Se impone destacar que en los términos de la Ley n.º 8.987/95 se prevé como medios de remuneración del concesionario, la tarifa y otras fuentes de ingresos alternativos, complementares, accesorios o de proyectos asociados, con o sin exclusividad.<sup>17</sup> Las tarifas son fijadas por el precio de la propuesta vencedora de la licitación y monitoreadas por el Estado. Cabe observar que la remuneración paga por el usuario es una idea inherente al instituto de la concesión en su forma original, constituyendo la propia razón de ser de esa forma de gestión del servicio público, ya que permite al poder público prestar servicios de gran porte sin recurrir a los cofres públicos.

Los valores practicados junto al usuario suscriptor devienen del Plan de Servicio al que estuviera vinculado, conforme su elección. La prestadora es obligada a ofrecer a todos los interesados en el servicio y a los usuarios, la opción de vincularse al Plan de Servicio Básico, debiendo ofertar, de forma no discriminatoria, sus Planes de Servicio Alternativo aprobados por la ANATEL.

La Resolución n.º 64/98 – ANATEL aprobó la Norma n.º 03/98, que dispone sobre los Criterios para Elaboración y Aplicación de Plan de Servicio Pré-Pago, en el SMC. Los usuarios del SMC pueden optar por el sistema Pré-Pago, manteniendo el Plan Básico<sup>18</sup>, los cuales funcionarán en dos posiciones de línea. La ventaja del servicio es para el usuario poder controlar sus gastos, aunque sólo pueda hacer llamadas dentro de un área de cobertura limitada, caso la operadora no ofrezca planes con *roaming*. En el Pré-Pago no hay *roaming* obligatorio y tampoco cuenta telefónica, que es substituida por la tarjeta.

Estando en *roaming*, los usuarios del SMC pagan para recibir llamadas locales, nacionales e internacionales **AD**<sup>19</sup>, por llamada y **DSL**<sup>20</sup>, por unidad de tiempo. Ya, para originar llamadas, deben, los usuarios pagar **AD**, por llamada y **VC1**, **VC2** o **VC3**<sup>21</sup>, por unidad de tiempo. En lo que concierne a las llamadas internacionales originadas se paga el **AD** de la operadora visitada, independientemente de la duración de la llamada, más la duración de la llamada multiplicada por la tarifa de la operadora de larga distancia internacional.

---

<sup>17</sup> Arts. 11 y 18, VI de la Ley n.º 8.987/95.

<sup>18</sup> Es el Plan, homologado por la Anatel, disponible a todos los usuarios e interesados en el servicio, cuyos valores cobrados son establecidos en el contrato de concesión o término de autorización, y su estructura definida en norma reglamentar.

<sup>19</sup> El adicional por llamada (AD) es aplicado a cada comunicación destinada al Usuario de la Concesionaria de SMC o por él originada, cuando es localizado fuera de su Área de Movilidad. En la práctica, las operadoras no cobran AD cuando el *roaming* de sus clientes es hecho en su propia área de concesión.

<sup>20</sup> El Desplazamiento (DSL) es el valor pago, por minuto, por el usuario del SMC, cuando recibe llamadas fuera de su Área de Movilidad, pero dentro de su área de numeración primaria.

<sup>21</sup> VC1 es el valor pago, por minuto, cuando la llamada fue hecha para un usuario fijo en el área de tarifación en que está el área de registro del usuario. VC2 es el valor pago, por minuto, cuando la llamada fuera hecha para un usuario fijo o móvil fuera del área de tarifación en que está el área de registro del usuario, pero con el primer dígito del código DDD igual al del área de tarifación del usuario. VC3 es el valor pago, por minuto, cuando la llamada fuera hecha para un usuario fijo o móvil con otro código DDD.

Cabe resaltar que los valores para AD, VC1, VC2 y VC3 son los previstos en el plan de servicio del usuario, siendo adoptados normalmente los valores del plan básico de servicio de la operadora visitada.

### ➤ **Operadoras y Áreas de Prestación**

La Norma General de Telecomunicaciones NGT n.º 20/96, en su ítem 5.2.6, dividió el territorio brasilero en 10 (diez) Áreas de Concesión para la prestación del SMC. De esa manera, las 27 empresas de telefonía celular, integrantes de la Banda “A” (y, antiguas del Sistema Telebrás), fueron agrupadas en 10 *holdings* regionales con sus respectivas Áreas de Concesión.

En este diapasón, el ítem 4 de la Resolución n.º 318/2002, que trata de la adaptación de los Instrumentos de Concesión y de Autorización del Servicio Móvil Celular para el Servicio Móvil Personal (SMP)<sup>22</sup>, estableció que *“los contratos de concesión y términos y autorización para prestar el SMC que no fueren adaptados en la forma prevista en esta Norma permanecerán válidos por los plazos en ellos previstos, condicionada, a prorrogação, a lo dispuesto en el inciso VI del art. 214 de la LGT.”*

De eso deviene, que las operadoras del Servicio Móvil Celular pueden migrar<sup>23</sup>, espontáneamente, para el Servicio Móvil Personal en el intuito de ofrecer nuevas ventajas tecnológicas a sus usuarios, o esperar que la validez de sus Contratos de Concesión se expire para, entonces, obligatoriamente realicen la adaptación del servicio y de la tecnología. En ese espíritu, gran parte de las operadoras de SMC ya migraron para el nuevo servicio móvil (SMP) de 1.8 GHz de segunda generación que utiliza la tecnología GSM (*Global System for Mobile Communication*).

El Brasil cuenta, hoy, con 3 (tres) operadoras del Servicio Móvil Celular:

- BCP S.A, prestadora del SMC en el Área 1<sup>24</sup>, que detenta la tecnología TDMA;
- TELEMIG CELULAR PARTICIPACIONES S.A, prestadora del SMC en el Área 4, detentora de la tecnología TDMA;
- TELEAMAZON CELULAR S.A, prestadora del SMC en el Área 8, detentora de la tecnología TDMA;

### ➤ **Padrones de Calidad a ser observados por las prestadoras de SMC**

El Decreto n.º 2.950/96 preceptúa, en el art. 37, que la explotación del servicio presupone su prestación, adecuadamente, a la plena atención de las necesidades de los

---

<sup>22</sup> Servicio de telecomunicación móvil que vino a suceder al SMC, trayendo ventajas a los usuarios y a las prestadoras, en especial por el aumento del número de competidores en el mercado.

<sup>23</sup> En los términos del ítem 1.2 de la Norma General de Telecomunicaciones NGT n.º 20/96, *“considerase adaptado el instrumento de concesión o autorización de SMC cuando firmado el correspondiente Término de Autorización del instrumento substituido.”*

<sup>24</sup> Conforme definido en el ítem 5.2.6 de la Norma General de Telecomunicaciones NGT n.º 20/96.

usuarios. En seguida, en el art. 38 preceptúa que *el servicio adecuado es aquel que satisface las condiciones de regularidad, continuidad, eficiencia, seguridad, actualidad, generalidad, cortesía en su prestación y modicidad en las tarifas*. La actualidad, en los términos del § 1º del art. 38 del referido diploma legal, comprende la modernidad de las técnicas, equipamientos, sistemas y su conservación, bien como, la mejoría y expansión del servicio. La regularidad y continuidad se refieren al principio de la permanencia del servicio que no puede ser interrumpido sino por justa causa. La seguridad impone que sea cierto y confiable, inclusive en cuanto a los deberes de preservación del sigilo. La modicidad implica que las tarifas deban ser fijadas, de manera módica, económicamente con parcimonia, sin afrenta a la intrínseca proporcionalidad del soporte de hecho y a la justa remuneración de la operadora.

Oportuno, aun, es recordar el Manual de Indicadores del SMC (Anexo II del Protocolo de Compromiso del SMC) que detalla los 9 (nueve) indicadores establecidos para evaluación del SMC, padronizando y definiendo el método de colecta y de consolidación de esos datos. El objetivo principal de este manual es el de atender los requisitos y ansias de los usuarios cuanto a la confiabilidad y calidad del servicio ofertado por las prestadoras del SMC.

El Protocolo de Compromiso para acompañamiento de la prestación del SMC fue el instrumento acordado entre la ANATEL y las prestadoras del SMC para permitir el adecuado acompañamiento de los Indicadores de Calidad del SMC. Ofrece por medio de sus anexos (Anexo I - Metas de Calidad a ser alcanzadas por las Prestadoras del Servicio Móvil Celular, Anexo III - Informaciones para acompañamiento), informaciones adicionales sobre el conjunto de indicadores de calidad actualmente aplicados y detallados por el Manual de Indicadores del SMC (Anexo II – Protocolo de Compromiso del SMC).

### ➤ **Derechos y Deberes en el Servicio Móvil Celular**

Dispone el art. 175<sup>25</sup> de la Constitución Federal, en los incisos II y IV de su párrafo único, que la ley dispondrá sobre *los derechos del usuario y la obligación de mantener el servicio adecuado*. El art. 55 de la Ley n.º 8.666/93 (Ley de Contratos y Licitaciones de la Administración Pública), prevé las cláusulas necesarias en todo contrato administrativo y el art. 93, IX de la Ley General de Telecomunicaciones, establece que el contrato de concesión indicará los derechos, garantías y las obligaciones de los usuarios, de la Agencia y de la concesionaria. En ese espíritu, las cláusulas esenciales del contrato de concesión para el SMC fueron disciplinadas en 18 (dieciocho) incisos del art. 26 del Decreto n.º 2.056/96. Estipula, aun, el art. 7º de la Ley n.º 8.987/95 (Ley de Concesión y Permisos de la Prestación de Servicios Públicos) los derechos y obligaciones de los usuarios.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Dispone el art. 175: “*Incumbe al poder público, en la forma de la ley, directamente o bajo régimen de concesión o permisos, siempre a través de licitación, la prestación de servicios públicos*”.

<sup>26</sup> Son derechos y obligaciones de los usuarios: “*I - recibir servicio adecuado, II – recibir del poder concedente y de la concesionaria informaciones para la defensa de intereses individuales o colectivos, III – obtener y utilizar el servicio con libertad de elegir, observadas las normas del poder concedente, IV – llevar al conocimiento del poder público y de la concesionaria las irregularidades de que tengan conocimiento, referentes al servicio prestado, V – comunicar a las autoridades competentes los actos ilícitos practicados*”.

El ítem 6.1 de la Norma General de Telecomunicaciones NGT n.º. 20/96 estipula como derecho del Usuario aquellos establecidos en la Ley n.º. 8.078/90 (Código de Defensa del Consumidor), en el art. 7º de la Ley n.º 8.987/95, en el Contrato de Toma de suscripción<sup>27</sup> y el de transferir su suscripción. En el otro paso, establece que son obligaciones del Usuario aquellos establecidos en el Código de Defensa del Consumidor, en el art. 7º de la Ley n.º 8.987/95, en el Contrato de Toma de Suscripción, así como, el de llevar al conocimiento del poder público y de la Concesionaria de SMC las irregularidades de que tenga conocimiento referentes al SMC y utilizar el SMC, dentro de las limitaciones impuestas por la tecnología adoptada y del reglamento del servicio, para transmitir otras señales que no sean la de voz.

## **II.II – SERVICIO MÓVIL PERSONAL (SMP)**

### **➤ Concepto**

*“Servicio Móvil Personal es el servicio de telecomunicaciones móvil terrestre de interés colectivo que posibilita la comunicación entre Estaciones Móviles y de Estaciones Móviles para otras estaciones, observado lo dispuesto en este Reglamento”.*<sup>28</sup>

El Servicio Móvil Personal (SMP) fue implementado por la Resolución n.º 235/2000, que aprobó las directrices para la implementación del servicio. Las condiciones generales para su explotación, están contenidas en las Resoluciones n.º 316/02, 317/02, 318/02, 320/02, 321/02 y 340/03 expedidas por la ANATEL.

### **➤ Régimen Jurídico de Prestación**

El Reglamento del Servicio Móvil Personal, aprobado por la Resolución n.º 316/02, dispone en su art. 5º que *“el SMP es prestado en régimen privado y su explotación y el derecho de uso de las radiofrecuencias necesarias dependen de previa autorización de la Anatel”.*

Conforme adelantado en el ítem II.I, operadoras que prestan el servicio móvil en régimen privado creado después de la edición de la LGT, serán encuadradas como autorizadas. El § 1º del art. 131 de la LGT destaca que *“autorización de servicio de telecomunicaciones es el acto administrativo vinculado que faculta la explotación, en el régimen privado, de modalidad de servicio de telecomunicaciones, cuando sean completas las condiciones objetivas y subjetivas”.*

---

*por la concesionaria en la prestación del servicio y VI – contribuir para la permanencia de las buenas condiciones de los bienes públicos a través de los cuales les son prestados los servicios”.*

<sup>27</sup> La prestación del SMC es condicionada a la celebración de Contrato de Toma de suscripción entra la operadora y el pretendiente usuario, cabiendo su rescisión, a pedido del usuario, en cualquier tiempo, o por iniciativa de la prestadora, si se comprueba que el usuario no cumplió las obligaciones contractuales por él asumidas.

<sup>28</sup> Art. 4º de la Resolución n.º 316/00 (Reglamento del SMP)

En el acto vinculado, la ley establece que delante de determinada situación, atendidos determinados requisitos, la Administración debe actuar de tal o cual forma. Así, el particular tiene un derecho subjetivo de exigir de la autoridad la edición del acto, bajo pena de, no haciéndolo, sujetarse a la corrección judicial.

Se impone esclarecer que las condiciones objetivas pueden ser vislumbradas, por ejemplo, por medio de la disponibilidad de radiofrecuencia necesaria o presentación de proyecto, técnicamente, viable. De otro modo, las condiciones subjetivas exigen que esté la operadora constituida según las leyes brasileras, con sede y administración en el país; no estar prohibida de licitar o contratar con el Poder Público; disponer de calificación técnica, capacidad económico-financiera, regularidad fiscal.

### ➤ **El Proceso de Otorga y Condiciones Para la Explotación del Servicio**

Las otorgas de autorización para la explotación del SMP deberán ser precedidas de licitación. En los términos del art. 26 de las Directrices del SMP, aprobadas por la Resolución n.º 235/00, la obtención de autorización por empresa licitante o consorciada que, directamente o por sus controladoras, controladas o coligadas, ya sea prestadora de SMP o SMC en área contenida en la región licitada será condicionada *“a la asunción de compromiso de transferencia de su instrumento de concesión o autorización a otros o desvinculación societaria, en el plazo de hasta 6 (seis) meses contados a partir de la fecha del Término de Autorización, o renuncia, en las áreas geográficas coincidentes, de nueva autorización de servicio y de otorga de radiofrecuencias asociadas.”*

El Plan General de Autorizaciones del SMP, aprobado por la Resolución n.º 321/02, dividió el territorio brasilerero en tres Regiones<sup>29</sup> para fines de prestación del SMP. Previó, en el § 1º del art. 15 que *“serán expedidas hasta tres autorizaciones de SMP para cada una de las Regiones I, II y III, cuyas áreas de prestación coincidirán con las respectivas regiones”*. Resta evidente que el objeto de la ANATEL es compatibilizar las nuevas reglas con las constantes en el modelo adoptado para la telefonía fija, visto que el concepto geográfico adoptado es el presente en el Plan General de Otorgas, aprobado por el Decreto n.º 2.534/98, instrumento normativo responsable por la reglamentación del Sistema de Telefonía Fija Conmutada.

Dispone, aun, el § 2º del art. 21 de las Directrices del SMP, aprobadas por la Resolución n.º 235/00, que *“cada empresa licitante vencedora tendrá derecho a : I – una autorización para la prestación de STFC<sup>30</sup>, en la modalidad de Larga Distancia Nacional de cualquier ámbito, teniendo por área de prestación el territorio nacional (...); y II- una autorización para la prestación de STFC, en la modalidad de Larga Distancia Internacional de cualquier ámbito, teniendo por área de prestación el territorio nacional*

---

<sup>29</sup> Região I: Estados de Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Amazonas, Roraima, Amapá, Pará, Maranhão, Bahia, Sergipe, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco y Alagoas. Região II: Estados de Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Goiás, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre y Distrito Federal. Região III: Estado de São Paulo.

<sup>30</sup> Servicio Telefónico Fijo Conmutado.

La otorga para la explotación del SMP es formalizada mediante término de autorización y publicado en el Diario Oficial de la Unión, como condición de eficacia.

En lo que concierne a las condiciones para explotación cumple observar que el SMP solamente podrá ser prestado por empresa constituida según la legislación brasilera<sup>31</sup>, observado el límite de participación de capital extranjero establecido en la forma del art. 18, párrafo único de la LGT<sup>32</sup>. Para esa explotación, el Poder Público estableció tres bandas más de frecuencias, las Bandas C, D y E que utilizan tecnología GSM en la frecuencia de 1.8 GHz y disponibilizan al usuario una gama de ventajas como el acceso a Internet, transmisión de datos y voz, precios más competitivos y elección de la operadora para la realización de llamadas nacionales e internacionales.<sup>33</sup>

La explotación del SMP es otorgada por plazo indeterminado. Ya la autorización de uso de radiofrecuencia asociada a la autorización del servicio será otorgada por el plazo de 15 (quince) años, prorrogable una única vez por igual período. La renovación del plazo implica pago por el derecho de explotación del servicio y por el uso de las radiofrecuencias asociadas.

Cabe, aun, destacar que no hay plazo para la alteración de control accionario en el SMP. La Inter.-prestación deviene de la conjugación de los arts. 8º y 35 del Reglamento del Servicio Móvil Personal, aprobado por la Resolución n.º 316/02 que disponen que las prestadoras que adaptaren sus instrumentos de concesión y autorización podrán efectuar transferencia de autorización o de control societario, inclusive por medio de fusión o incorporación de empresas, que contribuyan para la compatibilización de las áreas de prestación con las regiones previstas en el Plan General de Autorización del SMP (Regiones I, II y III) y para a unificación del control societario de las prestadoras actuantes en cada una de las regiones, observado lo dispuesto en el art. 8º del Reglamento del SMP<sup>34</sup>.

#### ➤ **Plan de Servicio y Roaming**

Conforme previsto, en el art. 126 de la LGT, la explotación de servicios de telecomunicaciones en el régimen privado será basada en los principios constitucionales de la actividad económica, lo que implica precios libres (o de mercado) estipulados por las propias operadoras de SMP.

---

<sup>31</sup> Art. 3º del Plan General de Autorización del SMP.

<sup>32</sup> *“O Poder Ejecutivo, tomando en cuenta los intereses del País en el contexto de sus relaciones con los demás países, podrá establecer límites a la participación extranjera en el capital de la prestadora de servicios de telecomunicaciones”.*

<sup>33</sup> La elección de la operadora para la realización, por las empresas de telefonía móvil, de llamadas de larga distancia nacionales e internacionales fue reglamentada por la Resolución n.º 339/03, que dispone sobre los aspectos técnico-operacionales de la implementación del Código de Selección de Prestadora (CSP) en el SMP.

<sup>34</sup> *“Las alteraciones en el control societario de prestadora de SMP estarán sujetas a control por la Anatel para fines de verificación de las condiciones indispensables a la expedición y mantenimiento de la autorización”.*

Los valores practicados con el usuario devienen del Plan de Servicio al que estuviera vinculado, conforme su elección. La prestadora esta obligada a ofrecer a todos los interesados en el servicio y a los usuarios, la opción de vincularse al Plan de Servicio Básico, debiendo ofertar, de forma no discriminatoria, sus Planes de Servicio Alternativo aprobados por la ANATEL. Los Planes de Servicio se encuentran establecidos por el Reglamento del Servicio Móvil Personal, aprobado por la Resolución n.º 316/02. Son ellos clasificados en Post-Pago, con Planes Básico o Alternativo de Servicio y Pre-Pago, en las modalidades de Plan de Referencia del Servicio o Alternativo de Servicio.

A los usuarios del SMP se aplican las mismas reglas del SMC (ya explicitado en el ítem II.I), excepto para **VC2** y **VC3** en que son aplicadas las tarifas de las operadoras de larga distancia, escogidas llamada a llamada originada y en la suscripción del contrato para llamadas recibidas en roaming. De esa manera, en virtud de la ampliación del área geográfica, las llamadas tarifadas como **VC2** o **VC3** en el SMC serán, para el SMP, tarifadas como **VC1** dispensando el pago de **AD** y **DSL** y las llamadas del tipo **VC2,VC3** e internacionales pasan a tener sus valores definidos por la prestadora de larga distancia escogida cuando el usuario hiciera la llamada.

#### ➤ **Padrones de Calidad a ser observado por las prestadoras de SMP**

El Plan General de Metas de Calidad para el Servicio Móvil Personal (PGMQ-SMP), aprobado por la Resolución n.º 317/02 establece las metas de calidad a ser cumplidas por las prestadoras del SMP, refiriéndose, en su mayoría, a las metas de atención al usuario, de emisión de cuentas, plazos para interrupción del servicio, información de datos físicos.

Cabe resaltar que ocasionará sanciones el no cumplimiento por parte de la prestadora de las metas de calidad previstas en el PGMQ-SMP, bien como el envío de informaciones que puedan llevar a una interpretación equivocada de los datos previstos en las informaciones de datos físicos.

La fiscalización relativa al cumplimiento de las metas establecidas en el PGMQ-SMP puede ser realizada por acompañamiento de indicadores, por parte de la ANATEL, auditoria realizada por la Agencia, pesquisas junto a los usuarios de los servicios y utilización de acciones de acompañamiento y evaluación realizadas por usuarios o grupo de usuarios.<sup>35</sup>

Cabe, también, recordar del Reglamento de Indicadores de Calidad del Servicio Móvil Personal, previsto en la Resolución n.º 335/03, que establece las definiciones, métodos y frecuencia de colecta, consolidación y envío a la Agencia, de los 16 (dieciséis) indicadores de calidad con metas presentadas en el Plan General de Metas de Calidad para el Servicio Móvil Personal - PGMQ - SMP, aprobado por la Resolución n.º 317/02. El objetivo principal de las Resoluciones, semejante al Manual de Indicadores propuesto para el SMC, es el de atender los requisitos y deseos de los usuarios en cuanto a confiabilidad y calidad del servicio prestados por todas las prestadoras del SMP.

---

<sup>35</sup> Art. 19 del PGMQ-SMP.

## ➤ **Derechos y Deberes en el Servicio Móvil Personal**

Los derechos y deberes de los usuarios están previstos en los arts. 6° a 17 del Reglamento del Servicio Móvil Personal, aprobado por la Resolución n.º 316/02<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> De entre los **derechos del usuario**, se destacan: - Previo conocimiento de la suspensión del servicio; - Privacidad en los documentos de cobranza y en la utilización de sus datos personales por la prestadora; - Respuesta eficiente y rápida por la prestadora a las reclamaciones y correspondencias; - Encaminamiento de reclamaciones o representaciones contra la prestadora con la Anatel, otras entidades gubernamentales o a los organismos de defensa del consumidor; - Reparación por los daños causados por la violación de sus derechos; - No divulgación de su nombre asociado a su número de celular, salvo expresa autorización; - Inviolabilidad y sigilo de su comunicación, respetadas las hipótesis y condiciones constitucionales y legales de quiebra de sigilo de telecomunicaciones; - Conocimiento previo de toda y cualquier alteración en las condiciones de prestación del servicio que le atinja; - Substitución de su número de celular, desde que haya viabilidad técnica, siendo facultado a la prestadora cobranza por la alteración; - No ser obligado a consumir servicios o adquirir bienes o equipamientos que no sean de su interés. En lo que concierne a los **deberes del usuario**, merece destaque: - Utilizar adecuadamente el SMP, respetadas las limitaciones tecnológicas; - Solamente hacer uso de aparato que posea certificación expedida o aceptada por la Anatel; - Mantener el aparato dentro de las especificaciones técnicas según las cuales fue certificada; - Indemnizar a la prestadora por todo y cualquier daño o perjuicio a que diera causa, por infracción de disposición legal, reglamentar o contractual, independientemente de cualquier otra sanción. Ya en relación a los **deberes de la prestadora**, cumple resaltar: - Utilizar solamente equipamientos cuya certificación sea expedida o aceptada por la Anatel; - Informar, esclarecer y ofrecer datos a todos los usuarios y pretendientes usuarios sobre el derecho de libre opción y vinculación al Plano Básico de Servicio; - Ofertar, de forma no discriminatoria, sus Planes Alternativos de Servicio; - Atender a las solicitudes de adhesión de forma no discriminatoria; - Garantizar a los usuarios la posibilidad de seleccionar prestadora de Servicio Telefónico Fijo Conmutado (STFC) de Larga Distancia; - La prestadora debe cumplir las metas de calidad fijadas en el Plan General de Metas de Calidad para el SMP (PGMQ - SMP), bien como en los respectivos Términos de Autorización; - La prestadora debe recibir y solucionar las quejas y reclamaciones de los usuarios en los plazos fijados en el PGMQ - SMP ; - La prestadora debe mantener a la disposición de Anatel y de los interesados un registro de quejas o reclamaciones, por un período mínimo de 1 (un) año; - La prestadora debe prestar informaciones a la Anatel sobre reclamaciones y quejas de los usuarios, cuando esta solicite, en el plazo máximo de 5 (cinco) días útiles.

Universidade de Brasília  
Curso de Regulación en Telecomunicaciones  
Tema: **Reglamentación de los servicios de telecomunicaciones**

**Gierck Guimarães Medeiros**  
Advogado  
Consultor de la UIT  
Miembro del Grupo de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones de la UnB

Traducido por: Eduardo T. L. Pastor (EnE-UnB)

## “REGLAMENTACIÓN DE LA TV POR SUSCRIPCIÓN”

### SEPARATA

### **Análisis del Sector (estructura de tópicos)**

#### CLASIFICACIÓN

- TV por Suscripción:
  - TVA (UHF codificado);
  - TV por Cable (CATV);
  - MMDS (Distribución de Señales Multipunto Multicanal o *Wireless cable*);
  - DTH (*Direct to Home*).

#### ACTUAL ESCENARIO DEL SEGMENTO DE TV POR SUSCRIPCIÓN

- Industria de equipamientos poco relevante: demanda nacional inexpresiva;
- Programación (US\$) x Ingreso (R\$);
- Verticalización del Segmento: (i) proveedores de contenido; (ii) proveedores de servicios; (iii) detentores de la infraestructura;
- Baja penetración: Costo del producto x Renta Familiar;
- SCM x TV por Suscripción:
  - Reglamento de SCM;
  - Carta ABTA p/ Presidente de la Anatel;
  - Sinopsis Anatel n° 006 ;
- Superposición de redes (*overbuilding*) y servicios;
  - Plan de otorgas: Pluralidad de operadores para una misma área;
  - Competencia entre MMDS y CATV;
- Exclusividad en la adquisición de canales: Diferencial competitivo
- *Must carry*: canales básicos (Ley del Cable);
- Venta casada de programación – (infracción al orden económico) art. 21 XXIII, de la Ley 8.884/94;
- Concesión o autorización en el régimen de prestación del servicio de TV por Cable? Concesión (doctrina clásica) x Concesión (LGT). Repercusiones jurídicas;
- Alteraciones en el segmento de TV por Suscripción;
- Acceso al capital externo (previsto en el proyecto de Ley de Comunicación Electrónica de Masa);

- Compartición de la infraestructura de las concesionarias de servicios públicos (postes/ductos):
  - Abuso de Poder económico;
  - Reglamento conjunto ANATEL, ANEEL y ANP (anexo a la Resolución n° 002/01);
- Utilización de la red para prestación de otros servicios como forma de aumentar el ingreso:
  - Internet Banda Larga: cable modem (alto costo de instalación) x ADSL;
  - Telemetría;

## PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

- Propuesta de creación de un único operador para toda la red – separación entre red y servicio;
- SWAP de licencias;
- Uso de la red de TV por Suscripción como móvil inicial de lanzamiento de la TV Digital en el Brasil:

### Ventajas:

- las frecuencias destinadas al “*simulcast*” vía aire quedarían disponibles, en caso de que se utilice la red de TV paga para la difusión de la TV Digital;
- El segmento Cable/MMDS tiene capilaridad potencial suficiente (91%) para introducir la TV Digital en un primer momento;
- la flexibilidad de la red en cuanto al padrón a ser adoptado;

### Desventaja:

- la poca penetración en las clases B y C;
- Creación de empresa para la negociación conjunta y nacional de programación, equipamientos y publicidad (ex: PCTV-México);
  - Adquisición de programación nacional para el barateamiento del costo con la programación.
  - Reducción de la Carga tributaria como forma de estímulo del Sector;
  - Consecuente caída en el valor de la suscripción – mayor penetración en las clases de baja renta;
  - Fin de la cláusula de exclusividad entre operadoras y programadoras;
  - Reducción de la venta casada de canales.

## Histórico de la Legislación

## Reglamento Anexo al Dec. 95.744/88 (TVA)

- Definición de Servicio Especial de Televisión por Suscripción; (Art. 2º)<sup>1</sup>
- **Plazo de la concesión: hasta 15 años, prorrogable por igual período** (art. 17)
- **Otorga de concesión o autorización: no hay exclusividad** (art. 15)
- La jurisdicción antes era del MINICOM, por medio del ya extinto DENTEL (art. 6º, § 1º). Hoy la fiscalización del seguimiento de TV por Suscripción compete a la ANATEL.
- Instrumentos de otorga: (i) autorización (art. 4º, incisos I y II, y párrafo único) destinada a las personas jurídicas de derecho publico interno (Unión, Estados y Municipios) y; a las entidades de la Adm. Púb. Indirecta (Fundaciones públicas, Autarquías (autosuficientes), Soc. Econ. Mixta, Emp. Públicas)
  - (ii) **concesión** (art.4º, incisos III y IV, y párrafo único) destinada a las fundaciones no gubernamentales, constituidas y con sede y foro en el País, instituidas y mantenidas por brasileros o; a las personas jurídicas que cumplan los requisitos para explotación del TVA o; a las compañías nacionales, con acciones exclusivamente nominativas, sociedades por cotas de responsabilidad limitada, desde que las acciones o cotas sean suscritas, *exclusivamente, por brasileros.*
- Requisitos para la obtención del instrumento de otorga (art. 5º)<sup>2</sup>
- Las autorizaciones pueden ser transferidas directamente, ya las concesiones pueden ser transferidas directa e indirectamente (art. 44)
  - Directamente – de 1 persona jurídica para otra (art. 44, § 1º)
  - Indirectamente – Cuando la mayoría de las cotas o acciones es transferida (art. 44, § 2º)

---

<sup>1</sup> Reglamento del Dec. 95.744/88, art. 2º: El Servicio Especial de Televisión por suscripción (TVA) es el servicio de telecomunicaciones, destinado a distribuir sonidos e imágenes a suscriptores, por señales codificadas, mediante utilización de canales del espectro radioeléctrico, permitida, a criterio del poder concedente, la utilización parcial sin codificación.

Parágrafo único. No constituye TVA el encaminamiento de señales codificados a sus estaciones repetidoras o retransmisoras, por parte de concesionarias de servicios de radiodifusión de sonidos e imágenes.

<sup>2</sup> Art. 5º Las entidades pretendientes a la ejecución del TVA deberán obedecer a los siguientes principios generales:

I – no pueden tener como socios o accionistas:

a) las personas jurídicas, salvo los partidos políticos o la Unión :

b) las personas naturales que estén incapacitadas para la práctica de actos de la vida civil o bajo efecto de sentencia condenatoria criminal;

II – el director, administrador, gerente, socio con poder de administración, procurador o responsable, a cualquier título, por la orientación intelectual y administrativa, debe completar, además de los requisitos comunes a los socios, también los siguientes :

a) ser brasilero nato :

b) no tener prerrogativa de foro especial.\*

\* [Ex: CF/88 - art. 102, I, b: Presidente de la República; Vice-Pres.de la Rep.; Ministro de Estado; Miembros del Congreso Nacional; Ministros del STF y; Procurador-General de la Rep.

- art; 105, I, a: Gobernadores de los Estados y del DF; Desembargadores de los Tribunales de Justicia de los Estados y del DF; Miembros de los Tribunales de Cuentas de los Tribunales Regionales Electorales y del Trabajo; Miembros de los Consejos o Tribunales de Cuentas de los Municipios y los del Ministerio Público de la Unión que oficien frente a tribunales.]

- Vedada la acción de transferencia de la concesión antes de 5 años, contados desde la fecha de expedición de la licencia de funcionamiento. Salvo los casos de sucesión hereditaria (art. 46).

Documento (Portaria) n° 250/89 – Dispone sobre el Servicio de Distribución de Señales de TV por medios físicos – DiSTV (TV por Cable);

- Reguló la utilización del servicio por cable y la distribución de la programación;
- Definió el servicio de TV a cable como (DiSTV);
- Determinó la obligación de captar y redistribuir todos las señales de televisión emitidos en circuito en las bandas VHF y UHF;
- Determinó la prohibición de vehicular programación propia;
- Determinó la prohibición de inserción de publicidad;
- La intención del gobierno era transmitir la TV por cable para las residencias en las cuales la señal abierta estuviese debilitada.

Ley de TV por Cable - Ley n° 8.977/95 – (TV por Cable)

- Definición: (art. 2°)<sup>3</sup>
- **Las autorizaciones de DiSTV fueron transformadas en concesiones para la explotación de TV por Cable. (art. 42).**
- La concesión conferida a la persona jurídica de derecho privado que satisficiera los requisitos constantes en el art. 7°<sup>4</sup>.
- **La concesión no tendrá carácter de exclusividad (art. 15);**
- **Plazo de la concesión: 15 años, renovable por períodos sucesivos e iguales (art. 6°);**
- La Red de Transporte de Telecomunicaciones a ser utilizada por la operadora de TV por Cable pertenece a las operadoras de telecomunicaciones (art. 16). Entre tanto la operadora de TV por Cable puede implementar su propia Red de Transporte, debiendo, en este caso, soportar la utilización de la capacidad disponible de su red por la operadora de Telecomunicaciones (Decreto 2.206/97, arts. 78, 79, 80 y 81).
- La Red Local de Distribución de señales de TV puede ser de la operadora de TV por cable (i) o (ii) de la concesionaria de telecomunicaciones (art. 17). En el primer caso la concesionaria de telecomunicaciones puede utilizar la Red local de la operadora de TV por Cable, así como esta puede utilizarla cuando estuviera configurada la segunda hipótesis, o sea, cuando perteneciera a la operadora de telecomunicaciones (Dec. 2.206/97, art. 82).

---

<sup>3</sup> Ley n° 8.977/95, art. 2°: “El Servicio de TV por Cable es el servicio de telecomunicaciones que consiste en la distribución de señales de video y/o audio, a suscriptores, mediante transporte por medios físicos” [cables coaxiales o cables coaxiales/fibras ópticas – HFC].

<sup>4</sup> Art. 7° (...)

I - sede en el Brasil;

II – por lo menos cincuenta y un por ciento del capital social, con derecho a voto, perteneciente a brasileros natos o naturalizados hace más de diez años o a sociedad con sede en el País, cuyo control pertenezca a brasileros natos o naturalizados hace más de diez años.

- **Hay una preocupación en evitar la duplicidad de redes (*overbuilding*) entre las concesionarias de telecomunicaciones y de TV por Cable (art. 18, § 2º). Actualmente el modelo de TV por Cable sufre los efectos de la duplicidad de redes.**
- Hay disposición expresa que exime a la operadora de TV por Cable de la responsabilidad sobre la programación (art. 23, § 8º).
- La operadora de telecomunicaciones está obligada a transportar las señales de TV en condiciones técnicas adecuadas (art. 32).
- Define como crimen la interceptación o recepción no autorizada de los señales de TV por Cable (art. 35). La aplicación de este dispositivo es cuestionable ante el hecho de no disponer la ley de la respectiva pena que cabe (contraposición a los principios de la reserva legal y de la anterioridad, dispuestos en el art. 1º del Código Penal – “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”).
- **Impone a las operadoras de TV por Cable la obligación de disponibilizar los siguientes canales:**
  - Canales Básicos de Utilización Gratuita (ex.: canales de TV abierta, canal legislativo, canal universitario, canal educativo, canal comunitario... – art. 5º, VIII y Dec. 2.206/97, art. 69);
  - Canales destinados a la prestación eventual de servicio (destinados a la transmisión y distribución eventual, mediante remuneración, de programas tales como manifestaciones, palestras, congresos y eventos, requerida por cualquier persona jurídica - art. 5º, IX). Destinación de 02 canales , como mínimo (art. 23, § 6º, a);
  - Canales destinados a la prestación permanente de servicios (destinados a la transmisión y distribución de programas y señales a suscriptores, mediante contrato, de forma permanente, en tiempo integral o parcial – art. 5º, X). Destinación de treinta por ciento de los canales técnicamente disponibles, con programación de personas jurídicas no afiliadas o no coligadas a la operadora de TV por Cable (art. 23, § 6º, b);
  - Canales de libre operación (destinados a la oferta de programación de la propia operadora, de coligadas, o aun adquirida de otras programadoras escogidas por la operadora de TV por Cable - art. 24 y Dec. 2.206/97, art. 67).

#### Reglamento de Servicios Especiales – Anexo Al Dec. n° 2.196/97 - (TVA, MMDS y DTH)

- Definición (art. 1º)<sup>5</sup>;
- **Servicio explotado mediante permiso con plazo de 10 o 15 años, renovables por iguales períodos (art. 3º);**

---

<sup>5</sup> Servicios de telecomunicaciones que tiene por finalidad la atención de necesidades de comunicaciones de interés general, no abierto a la correspondencia pública (art. 1º, Reglamento anexo al Dec. 2.196/97). El Código Brasileiro de Telecomunicaciones – CBT -, en su art. 6º, trae la clasificación de los servicios de telecomunicaciones en cuanto a los fines y contempla el servicio especial como todo y cualquier servicio que no configure: [i] servicio público (materia revocada por la Ley n° 9.472/97 – LGT); [ii] servicio público restringido; [iii] servicio limitado; [iv] servicio de radiodifusión y; [v] servicio de radioaficionado. Ex de servicio especial traídos por el CBT: a) servicio de señales horarios; b) servicio de frecuencia padrón; c) servicio de boletines meteorológicos; d) servicio que se destine a fines científicos o experimentales; e) servicio de música funcional; f) servicio de radiodeterminación.

- **Pueden ser explotados en distintas modalidades, a ser definidas y particularizadas por el Ministerio de las Comunicaciones – actualmente Anatel (art. 4º);**
- **Tanto la otorga del permiso, cuanto el uso de la radiofrecuencia asociada, son conferidos a título oneroso (art. 5º);**
- Fiscalización era atribuida al Ministerio de las Comunicaciones (art. 6º). Actualmente es atribución de la Anatel;
- Otorga concedida mediante procedimiento licitatorio (art. 10), salvo el caso de inexigibilidad o dispensa constante en la Ley n° 8.666/93 (art. 9º);
- Los servicios son encuadrados en 3 grupos (A, B y C), basados en las siguientes variables (art. 11):
  - I - complejidad tecnológica de los sistemas empleados;
  - II - población del área de prestación del servicio;
  - III - recursos en infraestructura y soporte técnico-administrativo relativos a la explotación del servicio.
- La otorga del permiso será formalizada mediante contrato de adhesión (art. 24);
- **La otorga para explotación del servicio queda condicionada a la disponibilidad de radiofrecuencia, no pudiendo la permissionaria disponer de las radiofrecuencias asociadas al servicio (art. 32). En caso de no utilización de las referidas radiofrecuencias, estas podrán ser retomadas (art. 32, § 2º);**
- En lo tocante a las infracciones, penalidades y extinción de permisiones, utiliza subsidiariamente la Ley de Licitaciones (Ley n° 8.666/93) y la Ley de Concesiones (Ley n° 8.987/95).

Reglamento de TV por Cable – anexo al Dec. n° 2.206/97 – (TV por Cable)

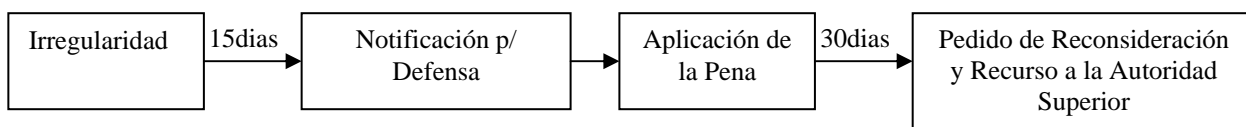
- Reglamenta lo dispuesto en la Ley n° 8.977/95;
- Cobertura del servicio <sup>6</sup>;
- **Reitera la concesión como instrumento de otorga (art. 7º);**
- Fiscalización competía al Ministerio de las Comunicaciones (art. 8º). Después de la LGT esta atribución pasó para la Anatel;
- El área de prestación del servicio y el número de concesiones correspondientes (art. 12, párrafo único) tendrán como parámetros:
  - la densidad demográfica promedio de la región;
  - el potencial económico de la región;

---

<sup>6</sup> Art. 2º, § 1º Las señales referidas en este artículo comprenden programas de video y/o audio similares a los ofrecidos por emisoras de radiodifusión, así como de contenido especializado y que atiendan a intereses específicos, conteniendo informaciones meteorológicas, bancarias, financieras, culturales, de precios y otras que puedan ser ofrecidas a los suscriptores del Servicio. Se incluyen en este Servicio la interacción necesaria a la elección de la programación y otros usos pertinentes al Servicio, tales como la adquisición de programas pagos individualmente, tanto en horario previamente programado por la operadora como en horario escogido por el suscriptor. Aplicaciones no comprendidas en este párrafo constituyen otros servicios de telecomunicaciones, pudiendo ser prestados, mediante otorga específica, en conformidad con la reglamentación aplicable.

- el impacto socio-económico en la región;
  - la posibilidad de cobertura del mayor número posible de domicilios;
  - el número de puntos de acceso público al Servicio, a través de entidades como universidades, escuelas, bibliotecas, museos, hospitales y puestos de salud.
- Posibilidad de división de una región o localidad en más de un área de prestación de servicio, buscando la equivalencia del potencial mercadológico entre las referidas áreas (art. 13);
  - Otorga de la concesión mediante procedimiento licitatorio (art. 15);
  - Encuadramiento del servicio (art. 17):
    - Grupo A - comporta el Servicio de TV por Cable explotado en áreas de prestación del servicio cuya población sea inferior a 300.000 habitantes;
    - Grupo B - comporta el Servicio de TV por Cable explotado en áreas de prestación del servicio cuya población sea igual o superior a 300.000 e inferior a 700.000 habitantes;
    - Grupo C - comporta el Servicio de TV por Cable explotado en áreas de prestación del servicio cuya población sea igual o superior a 700.000 habitantes.
  - **Exigencia de que por lo menos 51% del capital social con derecho a voto pertenezca a brasileros natos o naturalizados, hace más de 10 años o pertenezca a la sociedad con sede en el País, cuyo control pertenezca a brasileros natos o naturalizados hace más de diez años (art. 21, IV);**
  - **Garantía de acceso a la Red de Transporte de Telecomunicaciones (art. 50);**
  - **Prohibiciones al abuso del poder económico de las operadoras para con las programadoras (art. 67, par. único);**
  - Reglamentación del precio apenas para el servicio básico y solamente en caso de bajo nivel de competición (art. 70);
  - Bloqueo de canales por solicitud del suscriptor (art. 73);
  - Disponibilización por las operadoras de por lo menos 1 canal con programación audiovisual brasilera de producción independiente (art. 74);
  - Incentivo y desenvolvimiento de la industria cinematográfica nacional (art. 75);
  - **La concesionaria de telecomunicaciones puede entregar a la operadora de TV por Suscripción la Red de Transporte de Telecomunicaciones - o hasta la misma Red de Distribución de TV (art. 78);**
  - En caso de no entrega por la concesionaria de telecomunicaciones:
    - (i) La operadora de TV por Cable puede hacer uso de la infraestructura de un tercero (art. 80) o ;
    - (ii) Construir su propia red (art. 80);
  - **La capacidad disponible de la Red de Transporte de Telecomunicaciones de la operadora de TV por Cable, puede ser utilizada por la concesionaria de telecomunicaciones o por otra operadora de TV por Cable, para la prestación de servicio público de telecomunicaciones (art. 81);**
  - **La capacidad disponible de la Red de Distribución de Señales de TV de la operadora de TV por Cable, puede ser utilizada por concesionaria o permisionaria de telecomunicaciones, para la prestación de servicio público de telecomunicaciones (art. 82);**

- Anuencia previa del Ministerio de las Comunicaciones (actualmente Anatel), acerca de la transferencia de concesión o la adquisición del control societario de la concesionaria del Servicio de TV por Cable, bajo pena de caducidad de la concesión (art. 83);
- La transferencia de la concesión o la adquisición del control societario por otro solamente podrá ser efectuada después del inicio de la operación comercial del Servicio (art. 85). Hay restricciones del párrafo único.
- Comunicación al Ministerio de las Comunicaciones en 60 días de la transferencia de cotas o acciones, o aumento del capital social sin que importe en transferencia del control accionario (art. 86);
- Previsión de pena de advertencia, multa y casación (art. 90);
- **Ruta de aplicación de la pena:**



- Se aplican subsidiariamente, en lo tocante a las infracciones, penalidades y condiciones de extinción, la Ley de TV por Cable (n° 8.977/95) y la Ley de Concesiones (n° 8.987/95), en conformidad con el art. 96;

Documento (Portaria) n° 652/94 – Ministerio de las Comunicaciones (TVA)

- Prescribe el procedimiento para obtención de la autorización para prestación del servicio de TVA.

Portaria n° 971/96 – Ministerio de las Comunicaciones (TVA)

- Establece que la transmisión de programación no codificada del servicio de TVA no excederá, hasta el 2 de agosto de 1999, el límite de 35% del tiempo de irradiación diaria.

Norma 002/94-Rev/97 - Aprobada por la Portaria 254/97 (MMDS)

- MMDS: Modalidad de Servicio Especial Servicio - Dec. 2.196/97 (ítem 2.2);
- **Instrumento de otorga: Permiso;**
- Banda de frecuencia: 2500–2686 MHz. Ancho de banda: 6 MHz. 31 canales (ítem 9.1.1);
- El planeamiento para la implantación del servicio MMDS (disponiendo acerca de las áreas de prestación del servicio; número de permisos y; grupos de canales previstos para cada área) será elaborado por el Ministerio de las Comunicaciones (después de la LGT, cabe a la Anatel el papel de actualizar tal planeamiento);
- N° de canales por área (ítem 3.3):

- 16 canales para áreas de prestación del servicio cuya población sea inferior a 300.000 habitantes;
  - 15, 16 o 31 canales para áreas de prestación del servicio cuya población sea igual o superior a 300.000 habitantes e inferior a 700.000 habitantes;
  - 31 canales para áreas de prestación del servicio cuya población sea igual o superior a setecientos mil habitantes;
- El servicio MMDS es encuadrado, para fines de otorga de permiso en los siguientes grupos (ítem 4.2):
- GRUPO A - comporta el Servicio MMDS explotado en áreas de prestación del servicio cuya población sea inferior a 300.000 habitantes;
  - GRUPO B - comporta el Servicio MMDS explotado en áreas de prestación del servicio cuya población sea igual o superior a trescientos mil habitantes e inferior a setecientos mil habitantes;
  - GRUPO C - comporta el Servicio MMDS explotado en áreas de prestación del servicio cuya población sea igual o superior a setecientos mil habitantes.
- Observancia de procedimiento licitatorio (ítem 4.3);
- Antes de la vigencia de la LGT le competía al Ministerio de las Comunicaciones la otorga del permiso (ítem 4.13). Después de la LGT, la competencia pasó a ser de la Anatel;
- **Limitación al número de áreas para prestación del servicio por agente - busca el desenvolvimiento de la libre competencia (ítem 5.1.1). Tales límites pueden ser retirados a criterio del Poder Concedente, verificandose, para esto, criterios de oportunidad (ítem 5.2);**
- La permissionaria de MMDS podrá (ítem 7.1):
- transmitir señales o programas originados por terceros, programas originados por terceros y por ella editados, y transmitir señales o programas por ella generados;
  - vehicular publicidad comercial;
  - cobrar remuneración (suscripción) por la prestación del servicio.
- Posibilidad de interrupción del servicio por más de 30 días sólo en casos de fuerza mayor y en las hipótesis en que fuera autorizada por el Ministerio de las Comunicaciones (ítem 7.9). Actualmente este papel compete a la Anatel.
- **La permissionaria no puede recusar sin justa razón, a quien solicita, la suscripción del Servicio, desde que sea técnicamente posible. Atiende a las finalidades del interés colectivo (ítem 8.1);**
- Derechos del suscriptor, sin perjuicio de aquellos dispuestos en el Código de Defensa del Consumidor (ítem 8.2):
- **Conocimiento previo de la programación ofrecida (óbice a la propuesta ABTA);**
  - Instalación y mantenimiento de los equipamientos bajo responsabilidad de la prestadora del servicio;
  - Tener descuentos en los pagos por las interrupciones del servicio;
- Penalidades por infracción:

- Multa;
- Suspensión;
- Casación;
- Caducidad.

Reglamento anexo al Dec.nº 2.195/97 (DTH)

- **Dispone sobre el Servicio de Transporte de Señales de Telecomunicaciones por Satélite-STS (art. 1º);**
- **Plazo de concesión para la prestación de STS: 15 años, renovable por iguales períodos (art. 4º)<sup>7</sup>;**
- Observancia de procedimiento licitatorio, excepcionadas las hipótesis de dispensa y inexigibilidad;
- El STS solamente podrá ser prestado a la entidad que tenga la otorga para la explotación de servicios de telecomunicaciones, debiendo ser asegurado el tratamiento justo, ecuánime y no discriminatorio a todos los interesados (art. 34);
- Hipótesis de transferencia de concesión (arts. 36/39);

Norma nº 008/97 (DTH)

- **Es una de las modalidades de Servicios Especiales, que tiene como objetivo la distribución de señales de televisión o de audio, así como de ambos, a través de satélites, a suscriptores localizados en el área de prestación del servicio (ítem 2.1);**
- **Prestación bajo régimen de permiso;**
- **Plazo de otorga: 15 años, prorrogables conforme contrato de adhesión (ítem 3.12);**
- La otorga comprende el acceso al satélite a través de estación terrena con capacidad de transmisión, tanto para la habilitación del suscriptor cuanto para la alimentación de la programación transmitida del Brasil (ítem 5.1);
- **Atiende al interés colectivo (ítem 8.1);**
- Transferencia y renovación del permiso (ítem 9);
- Penalidades (ítem 10):
  - Multa;
  - Casación;
  - Caducidad.
- **Plazo del Pedido de reconsideración/recurso: 30 días después de la notificación, presentando el comprobante de pago de la multa - si fuera el caso (ítem 12).  
Violación al derecho de petición?**

---

<sup>7</sup> Art. 4º (...)

Párrafo único - La concesión asegurará el derecho a la ocupación, por satélites de la concesionaria, de posiciones orbitales notificadas por el Brasil y a la consignación de las radiofrecuencias asociadas, debiendo las estaciones de control de los satélites localizarse en territorio brasileiro.

Universidade de Brasilia  
Curso de Regulación en Telecomunicaciones  
Tema: **Reglamentación de los servicios de telecomunicaciones**

**Gabriel Boavista Laender**  
Abogado  
Consultor da UIT  
Miembro del Grupo de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones de la UnB

## “REGLAMENTACIÓN DE LA RADIODIFUSIÓN”

### SEPARATA

## **CUADRO LEGAL E INSTITUCIONAL DE LA RADIODIFUSIÓN EN EL BRASIL**

Traducido por: Eduardo T. L. Pastor (EnE-UnB)

Sumario: Introducción– Legislación anterior a la Constitución Federal de 1988 - La Constitución de 1988 y posterior legislación.

### **Introducción**

El presente texto tiene por finalidad servir de subsidio a la disciplina Radiodifusión, del Curso de Regulación en Telecomunicaciones. Se buscará trazar un panorama general de las principales normas que regulan la radiodifusión en el Brasil, así como de las competencias y funciones de los entes estatales envueltos, con el objetivo de propiciar al alumno una visión básica del sector, sobre la óptica jurídica. De suerte a preservar el carácter introductoria del aula, y teniendo en vista el tiempo previsto para la disciplina, será enfatizado el derecho positivo brasilero – el que excluye un análisis de instrumentos aún en discusión, por ejemplo, el debate acerca de la implementación de un sistema de transmisión digital en la televisión abierta brasilera, y el proyecto de ley sobre radiodifusión.

Por tanto, se hará una breve descripción de las leyes y reglamentos más relevantes para el sector y que estén actualmente en vigor. Primeramente, será descrita la legislación anterior a la Constitución Federal de 1988, con énfasis en los dispositivos aún en vigor. Posteriormente, será estudiada la propia Constitución y la legislación que le siguió, cuando, a partir de cada dispositivo constitucional, serán buscadas las leyes y reglamentos correspondientes.

### **Legislación anterior a la Constitución Federal de 1988**

Promulgada el 27 de agosto de 1962, la Ley 4.117, más conocida como Código Brasileiro de Telecomunicaciones– CBT, es, no obstante su antigüedad, el principal instrumento

normativo que rige la radiodifusión en Brasil<sup>1</sup>. Esta ley establecía el régimen jurídico general aplicable no sólo a la radiodifusión como a todas las telecomunicaciones brasileras. En este oficio, disciplinaba los instrumentos de delegación de prestación, los principios y las reglas generales que serán observadas, bien como la creación del Consejo Nacional de Telecomunicaciones– Contel<sup>2</sup>, sus competencias y las del Presidente de la República. El Contel, posteriormente, fue extinto<sup>3</sup>, y, con la llegada de la Ley General de Telecomunicaciones– LGT (a ser tratada más adelante), fueron revocadas las disposiciones do CBT pertinentes a las telecomunicaciones, excepto en lo que dice respecto a la radiodifusión.

Entretanto, en lo que concierne a la radiodifusión, no todas las normas establecidas por el CBT permanecen en vigor. Están en vigor, los siguientes dispositivos:

- i. la definición legal de radiodifusión como el servicio de telecomunicaciones *destinado a ser recibido directa y libremente por el público en general, comprendiendo radiodifusión sonora y televisión* (art.6º, d)<sup>4</sup>;
- ii. las reglas del proceso administrativo hábil a delegar los servicios de radiodifusión, inclusive las pertinentes al proceso de licitación (arts. 33, §5º, e 34);
- iii. la no exclusividad en la prestación de servicios de radiodifusión (art. 35);
- iv. las reglas relativas al control y administración por brasileros de las empresas de radiodifusión (art.38, a, b, c, i e párrafo único), con las alteraciones promovidas por la Ley 10.610, del 20 de diciembre de 2002, y la prohibición de que esas empresas se constituyan en la forma de sociedades por acciones no-nominativas (art.44);
- v. la obligatoriedad de transmitir el noticiero oficial de los Poderes de la República – no aplicable a las empresas de televisión (art.38, e);
- vi. la prohibición a que una misma persona participe de la administración o de la gerencia de más de una prestadora de un mismo tipo de servicio de radiodifusión en una misma localidad (art.38, g – conforme modificación hecha por la Ley 10.610, de 2002);
- vii. La obligatoriedad de dedicación, por las prestadoras, de al menos 5% de su tiempo para vehiculación de servicios noticiosos (art.38, h);
- viii. la obligatoriedad de dedicación, noventa días antes de las elecciones, de dos horas diarias a la propaganda político-partidario<sup>5</sup> (art.39), y de anunciar las orientaciones de la Justicia Electoral (art.40);
- ix. la prohibición de retransmisión de señales sin que haya expresa autorización de la empresa originalmente irradiadora (art.48);

---

<sup>1</sup>Hay, todavía, proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional de una nueva ley de radiodifusión brasileras, que revocaría en definitivo el CBT.

<sup>2</sup>Sus funciones eran bastante semejantes a las que hoy posee la Agencia Nacional de Telecomunicaciones- Anatel, sin embargo con dos distinciones fundamentales: i) El Contel era subordinado directamente al Presidente da República y, por lo tanto, no poseía autonomía; ii) el Contel acumulaba también las competencias pertinentes a la radiodifusión, que la Anatel no poseía.

<sup>3</sup>Las competencias delegadas por el CBT al Contel pertinentes a la radiodifusión pertenecen hoy al Ministerio de las Comunicaciones.

<sup>4</sup>Ver capítulo *Definición legal y clasificación reglamentar de los servicios de radiodifusión*, a seguir.

<sup>5</sup>Además de las disposiciones del CBT, la propaganda político-partidaria es regulada por la Ley 9.096, de 1995 – que dicta normas generales rectoras de los partidos políticos – , y por la Ley 9.504, de 1997 – que rige el proceso electoral.

- x. las reglas que caracterizan abuso en el ejercicio de la libertad de radiodifusión (arts.53<sup>6</sup> e 54), no obstante la aplicabilidad de esas reglas esté hoy más restricta, haya vista la guarida, del principio de la libertad de expresión dada por la Constitución Federal de 1988;
- xi. las sanciones administrativas y las reglas para su aplicación(arts.59 a 69<sup>7</sup>);
- xii. la obligatoriedad de grabación de las irradiaciones y de su archivo por un plazo mínimo de veinticuatro horas (art.71<sup>8</sup>).

Después del CBT, fue editado el Decreto 52.795, del 31 de octubre de 1963, que aprobó el Reglamento de los Servicios de Radiodifusión. Ese reglamento contiene las principales reglas que rigen la radiodifusión, y la mayor parte de sus disposiciones está en vigor.

El Reglamento de los Servicios de Radiodifusión contiene clasificación aún bastante utilizada por los servicios de radiodifusión. Se transcribe, a seguir, el art.4º, que contiene esa clasificación:

### **Reglamento de los Servicios de Radiodifusión**

Art 4º Los servicios de radiodifusión, para efectos de este Reglamento, así se clasifican:

1º) cuanto al tipo de transmisión:

- a) de sonidos (radiodifusión sonora);
- b) de sonidos o imágenes (televisión);

2º) cuanto al área de servicios;

- a) local;
- b) regional;
- c) nacional;

3º) cuanto al tipo de modulación:

- a) amplitud modulada (AM);
- b) frecuencia modulada (FM);

4º) cuanto al tiempo de funcionamiento:

- a) de horario limitado;
- b) de horario ilimitado;

5º) cuanto al rango de frecuencia y longitud de las ondas radioeléctricas:

<i>Rango de frecuencia</i>	<i>Banda de frecuencia</i>	<i>Subdivisión métrica de las ondas</i>	<i>Clasificación popular</i>
535 a 1.605 kc/s	Media frecuencia (MF)	Onda Hectométrica	Onda Media
2.300 a 2.490 kc/s	Media frecuencia (MF)	Onda Hectométrica	Onda Tropical
3.200 a 3.400 kc/s	Alta frecuencia (HF)	Onda Decamétrica	Onda Tropical
4.750 a 4.995 kc/s	Alta frecuencia (HF)	Onda Decamétrica	Onda Tropical

<sup>6</sup>El art.53 fue posteriormente modificado por el Decreto-Ley 236, del 28 de febrero de 1967.

<sup>7</sup>Esos artículos fortalecerán con la redacción dada por el Decreto-Ley 236, de 1967. Importante resaltar que vigoran solamente las disposiciones relativas a la radiodifusión.

<sup>8</sup>También este artículo fue alterado por el Decreto-Ley 236, de 1967.

<i>Rango de frecuencia</i>	<i>Banda de frecuencia</i>	<i>Subdivisión métrica de las ondas</i>	<i>Clasificación popular</i>
5.005 a 5.060 kc/s	Alta frecuencia (HF)	Onda Decamétrica	Onda Tropical
5.950 a 21.750 kc/s	Alta frecuencia (HF)	Onda Decamétrica	Onda Corta
30 a 300 Mc/s	Muy alta frecuencia (VHF)	Onda Métrica	Onda Muy Corta
300 a 3000 Mc/s	Ultra alta frecuencia (UHF)	Onda Decimétrica	Onda Ultra Corta

Además de esta clasificación, conviene destacar:

- i. la definición de radiodifusión como el *servicio de telecomunicaciones que permite la transmisión de sonidos (radiodifusión sonora) o la transmisión de sonidos e imágenes (televisión), destinada a ser directa y libremente recibida por el público* (art.5º, 22);
- ii.el detallamiento del proceso licitatorio para la delegación de los servicios de radiodifusión (arts.10 a 16);
- iii.el detallamiento de los instrumentos de delegación de servicios de radiodifusión (concesión y permiso), y de los derechos y deberes de las radiodifusoras (arts.17 a 32);
- iv.las reglas relativas a la instalación y funcionamiento del sistema irradiante (arts.34 a 61);
- v.las reglas relativas al control de contenido por parte del Estado, hoy con aplicación bastante restringida en función del nuevo orden constitucional establecido en 1988 (arts.62 a 66);
- vi.las exigencias específicas relativas a la programación, con el fin de atender al interés público, en que se destacan: (a) la exigencia de mantenimiento de *elevado sentido moral y cívico*, siendo prohibidas irradiaciones contrarias a la moral y a las buenas costumbres (art.67, 1) – cuya interpretación también debe observar los dictámenes constitucionales actuales, (b) la limitación al máximo de 25% del horario total de programación del tiempo destinado a la publicidad comercial
- vii.(art.67, 3), y (c) la obligatoriedad de archivo del registro en texto de los programas por el plazo mínimo de diez días, o, cuando no registrados en texto, de archivo de las grabaciones por lo menos cinco días (art.69);
- viii.las reglas para convocación, por el Estado, de formación de redes de radiodifusión orientados a la divulgación de asuntos de interés público, como, por ejemplo, pronunciamientos del Presidente de la República, informes de salud pública, entre otros (arts.87 e 88);
- ix.la normalización aplicable a las hipótesis de transferencia de los permisos y de las autorizaciones (arts.89 a 105), en que se hace distinción entre transferencias directas (arts.93 e 94) – cuales sean, las que ocurren cuando la delegación es objeto de negociación entre personas jurídicas distintas – e indirectas (arts.95 y 96) – que son las que ocurren por medio de la mudanza del control de la persona jurídica detentora de la delegación;
- x.las reglas pertinentes al proceso de renovación de concesiones y permisos (arts.110 a 115);
- xi.la definición de las infracciones y de las penalidades administrativas en relación a la actividad de radiodifusión, así como del proceso administrativo propio para su aplicación (arts.122 a 153) – en que también se debe tomar el cuidado de

interpretar conforme al orden constitucional vigente, una vez que hay infracciones como *divulgar secretos de Estado o asuntos que perjudiquen la defensa nacional* que, si no son inconstitucionales, tienen, al menos, aplicabilidad bastante restricta;

xii. previsión de ejercicio del derecho de respuesta<sup>9</sup> (arts.154 a 161);

xiii. la definición de servicio auxiliar a la radiodifusión – *aquel ejecutado por las concesionarias o permisionarias del referido servicio, para realizar reportajes externos, llamadas entre estudios y transmisores de las estaciones (link), utilizando, inclusive, transceptores portátiles* –, así como las reglas para su prestación (arts.172 a174).

Posteriormente, fue editado el Decreto-Ley<sup>10</sup> 236, del 28 de febrero de 1967, que promueve significativas alteraciones en el CBT<sup>11</sup> y trajo, por si mismo, relevantes reglas para el sector, estableciendo las disposiciones a seguir:

i. solamente la Unión, los Estados, Territorios y Municipios, las universidades brasileras, las fundaciones constituidas en el Brasil y las sociedades nacionales por acciones nominativas o por cuotas subscritas por brasileros natos pueden obtener delegación para prestación de servicios de radiodifusión (art.4º);

ii. prohibición a que las sociedades prestadoras de servicios de radiodifusión tuviesen como socios o accionistas otras personas jurídicas (art.4º, párrafo único)<sup>12</sup>;

iii. exigencia de ser brasileros natos a quien ejerce cargos y funciones de dirección, gerencia, jefatura, asesoramiento y asistencia administrativa e intelectual (art.6º)<sup>13</sup>;

iv. prohibición de contratación de asistencia técnica con empresas y organizaciones extranjeras que verse sobre actividades de administración u orientación (art.7º), siendo exigida la sumisión previa al Ejecutivo de acuerdos que puedan transgredir esa norma (art.8º).

Además de las normas supra, el Decreto-Ley 236, de 1967, estableció los límites a la concentración económica aplicables a la radiodifusión. Estos límites constan del art.12, transcrito a seguir:

### **Decreto-Ley 236, de 28 de febrero de 1967**

Art.12. Cada entidad sólo podrá tener concesión o permiso para ejecutar servicio de radiodifusión, en todo el País, dentro de los siguientes límites:

#### **1 – Estaciones radiodifusoras de **sonido****

##### **a) Locales:**

---

<sup>9</sup>Derecho de respuesta es aquel que asiste al ofendido por vehiculación en la media de exponer su punto de vista acerca del asunto vehiculado, con igual destaque al conferido a la eventual ofensa. El derecho de respuesta fue posteriormente albergado por la Ley 5.250, del 9 de febrero de 1967, arts.29 a 36, que, en caso de confronto, prevalece ante el Reglamento de los Servicios de Radiofusión..

<sup>10</sup>El decreto-ley es figura hoy extinta en el Derecho Brasiler, haya vista no recepcionada por la Constitución Federal de 1988. Consistía en el acto del Presidente da República que poseía fuerza de ley. Hoy en día, el Decreto-Ley 236, de 1967, a similitud de otros decretos-ley, vigora con fuerza de ley.

<sup>11</sup>Ver notas 5 a 7.

<sup>12</sup>Con el advenimiento de la Enmienda Constitucional 36, del 28 de mayo de 2002, y de la Ley 10.610, del 20 de diciembre del 2002, la participación de personas jurídicas en el capital social de prestadoras de radiodifusión pasó a ser admitida.

<sup>13</sup>Esa regla fue flexibilizada por la Ley 10.610, del 2002, que pasó a admitir que esas actividades sean desempeñadas también por brasileros naturalizados hace más de diez años.

Ondas medias – 4  
Frecuencia modulada – 6

b) Regionales

Ondas medias – 3  
Ondas tropicales – 3  
Siendo máximo 2 por Estado

c) Nacionales

Ondas medias – 2  
Ondas cortas – 2

2 – Estaciones radiodifusoras de **sonido** e imagen – 10 en todo el territorio nacional, siendo como máximo 5 en VHF y 2 por Estado.

El Decreto-Ley 236, de 1967, contiene, aun, las normas aplicables a la televisión educativa. En su art.13 se lee que la *televisión educativa se destinará a la divulgación de programas educacionales, mediante la transmisión de aulas, conferencias, palestras y debates*. El párrafo único de ese artículo veda cualquier forma de propaganda comercial, directa o indirecta, inclusive en la forma de patrocinio de programas. Debido a esa limitación, la televisión educativa ha tenido grandes dificultades de mantenerse, dependiendo casi que exclusivamente de recursos estatales. Aun más, después la edición de la Ley 9.637, de 15 de mayo de 1998, ha tenido una interpretación extensiva al art.19 de esa ley, que dispone que *las entidades que se dedican a actividades de radio y televisión educativa podrán recibir recursos y vehicular publicidad institucional de entidades de derecho público o privado, a título de apoyo cultural, admitiéndose el patrocinio de programas, eventos y proyectos, prohibida la vehiculación remunerada de anuncios y otras prácticas que configuren comercialización de sus intervalos*. Se ha admitido que no solamente las entidades que se dedican a las actividades de radio y televisión educativas después de la edición de esa ley, mas también a las que ya ejercían esas actividades, se beneficien del citado dispositivo.

En los términos del Decreto-Ley 236, de 1967, pueden prestar servicio de televisión educativa solamente la Unión, los Estados, los Territorios, los Municipios, las universidades brasileras y las fundaciones constituidas en el Brasil cuyos estatutos no tengan conflictos con lo dispuesto en el CBT (art.14). Las universidades y las fundaciones deben, por tanto, comprobar que poseen recursos propios para el emprendimiento (art.14, §1º).

El próximo texto normativo relevante para la radiodifusión es de fecha 15 de diciembre de 1975, y se constituye en la Ley 6.301, que crea la Empresa Brasileras de Radiodifusión – Radiobrás, aún que hoy existente y sobre el control de la Unión. Entre otros objetivos institucionales fijados por esa ley, compete a la Radiobrás difundir programación educativa producida por el propio Gobierno Federal y promover la capacitación y el entrenamiento de personal especializado necesario a las actividades de radiodifusión. La constitución de Radiobrás fue reglamentada por el Decreto 77.698, del 27 de mayo de 1976.

Siguió el Decreto 88.066, del 26 de enero de 1983, que fijó normas pertinentes a la renovación de las concesiones para explotación de los servicios de radiodifusión de **sonidos** e imágenes (televisión). En mérito, ese decreto poco innova, limitándose a transferir al Departamento Nacional de Telecomunicaciones– Dentel, órgano del Ministerio de Comunicaciones, las competencias relativas a la renovación de las concesiones de televisión – haya vista la extinción del Contel – y a hacer constar, de los respectivos contratos de concesión, las obligaciones ya previstas en

la legislación que está en vigencia.

## La Constitución de 1988 y posterior legislación

El 5 de octubre de 1988, fue promulgada la Constitución Federal actual, que trajo importantes y relevantes innovaciones para el sector de radiodifusión. Inseridos en el art.5º, que cuida de los derechos y garantías individuales, están inseridas relevantes disposiciones con repercusión en la prestación de servicios de radiodifusión. Son resguardados por ese dispositivo constitucional, entre otros:

- i.la libertad de manifestación del pensamiento (inciso IV);
- ii.el derecho de respuesta, así como de ser indemnizado por daños morales, materiales y a la imagen (inciso V);
- iii.la libertad de la expresión intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de la licencia, siendo prohibida la censura (inciso IX);
- iv.la inviolabilidad de la intimidad, a la vida privada, de la honra y de la imagen de las personas, y el correspondiente derecho a ser indemnizado en la hipótesis de violación (inciso X);
- v.el acceso a la información– también llamado derecho de información o derecho a la información–, resguardando el sigilo de la fuente, cuando sea necesario al ejercicio profesional (inciso XIV);
- vi.la protección de derechos de autor, a la reproducción de la voz y de la imagen humanas (inciso XXVIII, a).

El art.21, a la vez, establecía, en su inciso XII, *a*, la competencia de la Unión para *explotar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso los servicios de radiodifusión sonora, y de sonidos e imágenes y demás servicios de telecomunicaciones*. Posteriormente, la Enmienda Constitucional 8, del 15 de agosto de 1995, lo alteró, retirando la expresión y *demás servicios de telecomunicaciones*. Permaneció inalterada, no obstante, la competencia de la Unión para prestación de servicios de radiodifusión.

Es, todavía, en el Capítulo V del Título VIII de la Constitución que encontramos las normas más relevantes para un estudio específico de radiodifusión. Ese capítulo, que comprende los arts.220 a 225, versa sobre la *comunicación social* – en los **dichos** constitucionales –, dictando los principios concernientes a los llamados medios de comunicación de masa. Entre estos, se encuentran tanto la radiodifusión de **sonidos**, cuanto la de **sonidos e imágenes**.

El art.220 principia, en su *caput* y §§ 1º e 2º, ratificando la libertad de expresión como uno de los presupuestos del nuevo orden constitucional, al mismo tiempo en que, inequívocamente, veda *toda y cualquier censura de naturaleza política, ideológica y artística*. Con todo, la libertad de expresión no puede ser ejercida sin límites, sobre pena de violarse el derecho a la información. De la necesidad de cohibir abusos y permitir al destinatario de la información la correcta gestión de la calidad de información que le es entregada, surgieron las reglas constitucionales contenidas en los incisos I y II del § 3º de ese mismo art.220.

El inciso I establece que es de competencia de la ley federal *regular las diversiones y espectáculos públicos, cabiendo al Poder Público informar sobre la naturaleza de estos, las fajas de edad a las que no se recomiendan, locales y horarios en que su presentación se muestre inadecuada*. O

sea, no obstante sea prohibida la censura, permite la Constitución que el Poder Público, en los límites de la ley, restrinja la exhibición de determinados programas a la audiencia por determinada **rango de edad**, a determinados locales o, con mayor relevancia para la radiodifusión, a determinados horarios. La competencia para ejercer tal clasificación pertenece, según las normas constitucionales, a la Unión (art.21, XVI).

Con base en ese dispositivo constitucional, a Ley 8.069, de 13 de julio de 1990, también llamada Estatuto del Niño y del Adolescente – ECA, estableció algunas restricciones a la actividad de radiodifusión. En su art.71, se lee que *el niño y el adolescente tienen derecho a información, cultura, distracción, deportes, diversiones, espectáculos y productos y servicios que respeten su condición peculiar de persona en desarrollo*. En ese oficio, el art.74 del ECA prácticamente reprodujo el art.220, §3º, I, estableciendo para el Poder Público la competencia de regular las diversiones y espectáculos públicos mediante la disciplina de locales y horarios de exhibición, de acuerdo con la naturaleza de cada uno y con las **fajas de edad** a que se destinen.

En lo que concierne a la radiodifusión, en el art.76 del ECA se encuentra una disposición específica en cuanto a las restricciones en la exhibición del contenido, cuando se lee que *las emisoras de radio y televisión solamente exhibirán, en el horario recomendado para el público infante-juvenil, programas con finalidades educativas, artísticas, culturales e informativas*. El párrafo único de ese mismo artículo adiciona, la obligatoriedad de que, antes de la transmisión, sea anunciada la clasificación según las edades de cada programa. En el intento de reforzar ese dispositivo, el ECA estableció como ilícito administrativo sujeto a sanción de multa de hasta 100 salarios de referencia – 200 en caso de reincidencia -, *transmitir, a través de radio o televisión, espectáculo en horario diverso del autorizado o sin aviso de su clasificación* (art.254).

Para intentar cumplir lo instituido en la Constitución de 1988 y en el ECA, el Ministerio de Justicia, en el ejercicio de la competencia atribuida constitucionalmente a la Unión, emitió la portaría (documento) 773, del 19 de octubre de 1990, creando las **fajas de edad** y los procedimientos para la clasificación indicativa. En la se prevenía la clasificación anticipada de los programas gravados, y la responsabilidad de las emisoras por la adecuación de los programas al vivo. Esa portaría fue posteriormente substituida por la Portaría 796, de 8 de setiembre de 2000, que prácticamente repitió las disposiciones de la portaría anterior, creando, nuevo rango para clasificación de las edades. Recientemente, el Ministerio de Justicia instituyó aún, mediante la Portaría 1.549, de 21 de noviembre de 2002, el “Comité Interinstitucional para Clasificación Indicativa de Filmes, Programas Televisivos, Espectáculos Públicos y Juegos Electrónicos y de RPG”, que posee funciones meramente consultivas.

Retornando a las disposiciones constitucionales pertinentes al contenido, tenemos que el inciso II del §3º del art.220 somete a la ley federal el establecimiento de *medios legales que garantizan a la persona y a la familia la posibilidad de que puedan defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el art.221, así como de la propaganda de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y al medio ambiente*. En ese inciso, por un lado, se confirma la protección al derecho a la información, a la medida que vincula la programación de radio y televisión a los principios establecidos en el art.221, que veremos más adelante. Por otro lado, se busca la protección de la salud pública y del medio ambiente, se podrá permitir la restricción de la propaganda comercial de productos a ellos nocivos.

La protección a la salud pública es objeto específico del § 4º del art.220, en que es prevista la posibilidad de restricción, por medio de ley federal, a la propaganda comercial de tabaco, bebidas alcohólicas, agro tóxicos, medicamentos y terapias. En el ámbito infra-constitucional, la materia fue disciplinada por la Ley 9.294, de 1996, que, entre otras disposiciones, impuso restricciones de horario a la propaganda de bebida alcohólica y, con las alteraciones introducidas por la Ley 10.167,

de 2000, prohibió la propaganda de productos fumígenos – derivados o no del tabaco – por los medios de comunicación social, inclusive radiodifusión.

Aún en lo que concierne al art.220, en su §5° dispone que *los medios de comunicación social no pueden, directa o indirectamente, ser objeto de monopolio o oligopolio*. Se aplican a los medios de comunicación social, a ese respecto, las reglas generales de la legislación antitruste – cuyo principal diploma legal es la Ley 8.884, de 11 de junio de 1994.

El art.221, conforme lo dicho, establece los principios que serán seguidos por la producción y programación de las emisoras de radio y televisión. Esos principios son: *I - preferencias a finalidades educativas, culturales y informativas; II – promoción de la cultura nacional y regional y estímulo a la producción independiente que tenga como objetivo su divulgación; III – regionalización de la producción cultural, artística y periodística, conforme porcentajes establecidos en ley; IV – respeto a los valores éticos y sociales de la persona y de la familia*. No obstante su disciplina constitucional, esos principios aún han sido poco invocados por la falta de disciplina legal apropiada.

El art.222 cuida de la propiedad de las empresas periodísticas y de las de radiodifusión sonora y de **sonidos** e imágenes. Su texto original establecía que la propiedad de esas empresas es *privativa de brasileros natos o naturalizados hace más de diez años, a los cuales caberá la responsabilidad por su administración y orientación intelectual*. Al mismo tiempo, era prohibida la participación de personas jurídicas en el capital social de esas empresas – excepto la de partidos políticos y la de sociedades cuyo capital perteneciese exclusiva y nominalmente a brasileros, hipótesis en que esa participación era limitada a treinta por ciento. La Enmienda Constitucional 36, del 28 de mayo de 2002, alteró ese artículo para la redacción que abajo se transcribe:

#### **Constitución Federal de 1988**

Art. 222. La propiedad de empresa periodística y de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes es privativa de brasileros natos o naturalizados hace mas de diez años, o de personas jurídicas constituidas sobre las leyes brasileras y que tengan sede en el País.

§ 1° En cualquier caso, por lo menos setenta por ciento del capital total y del capital votante de las empresas periodísticas y de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes deberá pertenecer, directa o indirectamente, a brasileros natos o naturalizados hace mas de diez años, que ejercerán obligatoriamente la gestión de las actividades y establecerán el contenido de la programación.

§ 2° La responsabilidad editorial y las actividades de selección y dirección de la programación vehiculada son privativas de brasileros natos o naturalizados hace más de diez años, en cualquier medio de comunicación social.

§ 3° Los medios de comunicación social electrónica, independientemente de la tecnología utilizada para la prestación del servicio, deberán observar los principios enunciados en el art. 221, en la forma de ley específica, que también garantizará la prioridad de profesionales brasileros en la ejecución de producciones nacionales.

§ 4° la Ley disciplinará la participación de capital extranjero en las empresas de que trata el § 1°.

§ 5° Las alteraciones de control societario de las empresas de que trata el § 1° serán comunicadas al Congreso Nacional.

De ese modo, por un lado, se flexibilizó la regla anterior de forma a que la participación de personas jurídicas en el capital social de las empresas de radiodifusión sea permitida hasta la integralidad del capital social, desde que, directa o indirectamente, al menos setenta por ciento del capital votante pertenezca a brasileros natos o naturalizados por más de diez años. Por otro lado, se admitió la participación de capital extranjero en esas empresas, en el límite de treinta por ciento, en la forma de lo dispuesto en la ley federal. Por ello, fue editada la Ley 10.610, del 20 de diciembre de 2002, que se concentra, en gran parte, en el establecimiento de reglas visando a asegurar el control por el Estado del limite constitucional de 30% para la participación del capital extranjero, tales como la

obligatoriedad de comunicación al Congreso Nacional de cualquier alteración en el control societario de las empresas de radiodifusión.

En lo que concierne al acto de delegación para la prestación de servicios de radiodifusión, la Constitución de 1988 mantiene la competencia del Poder Ejecutivo – conforme establecían las Constituciones anteriores y el propio CBT. Aun más, el acto de delegación, por fuerza del §3º del art.223 de la Constitución, tiene su eficacia suspensa hasta su apreciación por el Congreso Nacional. Se destaca que, en la hipótesis de no ser renovada la delegación, se hace necesaria la aprobación, en por lo mínimo, dos quintos del Congreso Nacional, en votación nominal (art.223, §2º). Al mismo tiempo, la extinción de la delegación antes de vencido el plazo solamente puede ocurrir por decisión judicial (§4º). Finalmente, conforme el §5º del mismo artículo, el plazo de duración de las delegaciones, independientemente de que sean permitidas o concedidas, es fijado en diez años para la radiodifusión sonora (radio) y en quince años para la radiodifusión de sonidos e imágenes (televisión). A ese respecto, la legislación infra-constitucional aplicable es aún el CBT, el Decreto-Ley 236, de 1967, y el Reglamento de los Servicios de Radiodifusión.

Finalmente, la Constitución prevé, en el art.224, la institución por ley del Consejo de Comunicación Social, órgano cuya finalidad es auxiliar al Congreso Nacional en cuanto al cumplimiento de las disposiciones constitucionales pertinentes a la comunicación social. La ley necesaria a la institución del Consejo data del 30 de diciembre de 1991 (Ley 8.389), sin embargo sólo fue instituido el 5 de junio de 2002. Entre sus actuales actividades, se destaca la consultaría que ha prestado en lo que concierne a la adopción de un padrón digital para la transmisión televisiva en el Brasil.

Después de la Constitución de 1988, además de las normas ya citadas, otras merecen ser mencionadas. La primera es la Ley 9.472, del 16 de julio de 1997, también llamada Ley General de Telecomunicaciones– LGT. La LGT surge para regular la materia dispuesta en el art.21, XI, de la Constitución, que cuida de la competencia de la Unión para prestar, directa o indirectamente, los servicios de telecomunicaciones. Ese artículo, después a la Enmienda Constitucional 8, de 15 de agosto de 1995, pasó a prever la creación de un órgano regulador para las telecomunicaciones. La LGT, obedeciendo al comando constitucional, crea la Agencia Nacional de Telecomunicaciones– Anatel, ente regulador de las telecomunicaciones en el Brasil, con un tratamiento absolutamente nuevo a los servicios de telecomunicación y, conforme se a dicho, **revoca** en gran parte el CBT, manteniendo de este la materia penal y los preceptos relativos a la radiodifusión (art.215, I). Aun cuando relegue la radiodifusión a la disciplina del CBT, importante precepto es establecido en la LGT:

### **Ley General de Telecomunicaciones**

Art.211. La otorga de los servicios de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes queda excluida de la jurisdicción de la Agencia, permaneciendo en el ámbito de competencias del Poder Ejecutivo, debiendo la Agencia elaborar y mantener los respectivos planes de distribución de canales, llevando en cuenta, inclusive, los aspectos concernientes a la evolución tecnológica.

Párrafo único. Caberá a la Agencia la fiscalización, en cuanto a los aspectos técnicos, de las respectivas instalaciones.

Por tanto, es de competencia de la Anatel la materia relativa a la administración de la radio frecuencia, tanto en lo que dice respecto al planeamiento (los planes de distribución de canales), como también a lo que dice respecto a la fiscalización de su uso. Permanecen con el Ministerio de las Comunicaciones y con la Presidencia de la República, así, las competencias definidas en el CBT en lo que dice respecto a la radiodifusión.

Otra ley digna de mención es la Ley 9.612, del 19 de febrero de 1998, que instituye la llamada radiodifusión comunitaria. Esta es definida por la ley como la *radiodifusión sonora, en frecuencia modulada, operada en baja potencia y cubierta en forma restricta, otorgada a fundaciones y asociaciones comunitarias, sin fines lucrativos, con sede en la localidad de prestación del servicio*. Además de esa ley, el servicio de radiodifusión comunitaria obedece a lo reglamentado por el Decreto 2.615, del 3 de junio de 1998.

El servicio de radiodifusión comunitaria visa la provisión de informaciones de carácter local, restrictos a una pequeña comunidad. En ese sentido, no se admiten irradiaciones que alcancen más que un kilómetro de extensión (art.6° del Decreto 2.615, de 1998). Hay, también, reglas estrictas acerca del contenido a ser vehiculado por este servicio así como la prohibición de vehiculación de propaganda comercial – excepto sobre la forma de apoyo cultural, en que es prohibida la divulgación de productos específicos. El instrumento para la delegación, conforme dicho en el art.6° de la referida ley, es la autorización. Como también se cuida del servicio de radiodifusión sonora, la autorización debe ser sometida al Congreso Nacional, en los términos del art.223 de la Constitución. Aun más, con respecto al pequeño porte de ese tipo de prestación y a su fuerte carácter de utilidad pública, el párrafo único del art.2° de esa ley, conforme la alteración promovida por la Medida Provisoria 2.216-37, de 2001, permite que, en cuanto no sea aprobada la delegación por el Congreso, sea expedida autorización en carácter provisorio para permitir la operación del servicio.

Cabe mencionar, finalmente, el Decreto 3.965, del 10 de octubre de 2001, que crea los servicios de retransmisión (RTV) y de repetición (RpTV) de televisión. El servicio de RTV es *aquel que se destina a retransmitir, de forma simultanea, las señales de estación generadora de televisión, para la recepción libre y gratuita por el público en general* (art.2°). El servicio de RpTV, a su vez, es *aquel que se destina al transporte de señales de sonidos e imágenes oriundos en una estación generadora de televisión para estaciones repetidoras o retransmisoras, o, aún, para otra estación generadora de televisión, cuya programación pertenezca a la misma red* (art.3°). La finalidad de ambos es *posibilitar que las señales de las estaciones generadoras sean recibidas en locales **por ellos no atingidos** directamente o atingidos en condiciones técnicas inadecuadas* (art.7°). Por este motivo, las prestadoras de RpTV y RTV solamente pueden retransmitir señales de una única generadora, y no puede inserir programación propia. El instrumento para la delegación de esos servicios, conforme el decreto es la autorización, emitida por el Ministerio de las Comunicaciones. El decreto prevé, por fin, la necesidad de autorización de uso de radiofrecuencia emitida por Anatel (arts.6° y 10, III) para la efectiva implementación de esos servicios.

**Luciano Costa**

*Master of Laws* por la *London School of Economics and Political Science*  
Abogado de la Trench, Rossi y Watanabe en São Paulo,  
Especializado en derecho de las telecomunicaciones

## “INTERCONEXIÓN Y COMPARTIMIENTO DE REDES (UNBUNDLING)”

### SEPARATA

Traducido por: Eduardo T. L. Pastor (EnE-UnB)

#### **I. Introducción**

Este texto es una breve introducción sobre Interconexión y Compartimiento de Redes en el sector de telecomunicaciones en el Brasil. El texto puede servir como guía de las cuestiones básicas existentes sobre el tema y como ellas son tratadas por el modelo brasileiro, en especial para la discusión en clase que ocurrirá sobre el asunto. Para un análisis más profundo, por favor recurrir a la bibliografía referenciada. Además, se debe tener en mente que la reglamentación relacionada al tema está en constante transformación y que este texto evaluó su estado hasta julio de 2003.

Para entender Interconexión y Compartimiento de Redes, se debe primeramente entender porque las redes de telecomunicaciones, en la calidad de redes de infraestructura para la prestación de servicios públicos, precisan ser reguladas, y cuales son los objetivos de tal regulación.

De este modo, en la primera parte del texto, son analizadas las razones para la regulación de las redes de telecomunicaciones. Razones tanto económicas cuanto sociales y políticas, así como las principales preocupaciones y objetivos de la regulación de redes.

En la segunda parte del texto, vamos analizar el modelo brasileiro, de acuerdo con la legislación y reglamentación aplicables, y cuales resultados han sido alcanzados a vista de los objetivos deseados.

Los lectores irán a percibir que el foco principal del texto es la red de telefonía local ("*local loop*"). Eso ocurre porque las principales cuestiones en términos de interconexión y compartimiento de redes se refieren a la red local. Las demás redes, en mayor o menor grado, son menos problemáticas, sea por que están razonablemente sometidas a la competencia, disminuyendo, así, la necesidad de intervención reguladora, o por que la inversión necesaria

para la construcción de otras redes (como telefonía móvil, por ejemplo) ha sido cada vez menor, reduciendo la posibilidad de problemas de regulación en relación a tales redes.

## II. Porque Regular Redes de Telecomunicaciones.

En el proceso de privatización del sector de telefonía, el gobierno brasilero optó por transferir el control de las redes a la iniciativa privada – juntamente con la licencia para prestar el servicio – aunque la propiedad continúe siendo del Estado. Con eso, se ganó en eficiencia y se abrió la posibilidad de grandes inversiones en el sector. Por otro lado, se modificó profundamente las fuerzas que orientan la utilización de las redes.

Abajo, una comparación entre propiedad estatal y propiedad privada de infraestructura de red, que puede muy bien ser considerada para evaluar el modelo brasilero antes y después de la privatización:

<b>Estatal:</b>	<b>Privada:</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- buscan maximizar el bienestar social;</li> <li>- influenciadas por grupos de interés;</li> <li>- operan sobre control directo del Estado;</li> <li>- hay normalmente situaciones de subsidio.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- buscan maximizar el lucro;</li> <li>- influenciadas por fuerzas de mercado (bancos, accionistas etc.)</li> <li>- operar sobre regulación del estado;</li> <li>- precios deben cubrir los costos;</li> </ul>

Estando las redes en poder de la iniciativa privada, cabe entonces la regulación estatal, pues ésta sería la única forma de hacer con que su explotación ocurra en beneficio de los usuarios y de la sociedad. Mas, por que es necesario regular las redes de telecomunicaciones?

Las razones clásicas para regular redes de telecomunicaciones son las mismas razones existentes para regular la infraestructura de servicios públicos ("*utilities*"). Entretanto, en la medida en que la tecnología avanza y la inversión exigida para la construcción de redes se torna más baja, la necesidad de intervención estatal sobre las redes disminuye proporcionalmente. Tal tendencia ha sido constante, con la excepción de la telefonía local, cuya duplicación continúa inviable y para la cual las razones abajo listadas permanecen:

- Fallas de mercado – las características de facilidad esencial ("*essential facility*") y monopolio natural (el costo de la inversión es extremadamente alto, así como las economías de escala son grandes, de esa forma, es

más eficiente que la actividad sea ejercida por apenas un agente, al contrario de varios) de las redes locales reducen considerablemente la presión competitiva y el mercado no es capaz de atender a las demandas del usuario al menor costo posible. La solución usual es que el Estado debe tener la propiedad de las redes o regularlas para controlar los precios y evitar la duplicación ineficiente;

- Lucros excesivos ("*Windfall Profits*") – por sus características, las redes locales tienden a generar un lucro de monopolio para su detentor, lo que significa, en la práctica, una transferencia de renta de los usuarios para las empresas – lo que es injusto y políticamente indeseable. Especialmente considerando que los usuarios son también electores;
- Asimetría de Información – Delante de la dificultad en determinar los costos reales de las redes de telecomunicación, los reguladores tienden a buscar una forma de controlar los precios cobrados por el uso de las redes, de forma que se garantice que otras operadoras y usuarios reciban informaciones tan precisas sobre los precios pagos;
- Continuidad y Disponibilidad – redes de telecomunicaciones, especialmente de la telefonía local, constituyen bienes de evidente interés público y que, por eso, precisan ser regulados por el Estado para atender su función social (por ejemplo, para evitar "*cream skimming*" y promover la universalización);
- Poder de Permuta Desigual – los propietarios de las redes (en muchos casos una facilidad esencial) detentan el poder de mercado en razón de eso y tienden a – como cualquier agente económico haría – abusar de esa posición dominante;
- Escasez – como ya hemos dicho, las redes de telecomunicaciones, especialmente las de telefonía local, pueden tener características de facilidad esencial.

Para regular eficientemente las redes se debe identificar cuales redes pueden ser sometidas a competir y cuales no pueden, de acuerdo con el grado de características de monopolio natural existentes. Por tal razón, la mayor parte de la regulación de redes se destina a las redes locales, que son exploradas en situación de casi monopolio. Otras redes, como las redes de larga distancia, redes de servicios privados y redes de servicios móviles, normalmente no necesitan de regulación intensa, pues operan en ambiente razonablemente competitivo.

La mejor forma, en principio, de hacer con que la explotación de las redes por empresas privadas atienda al interés público es la introducción de la competencia. Hay dos formas básicas de introducir competencia en estos casos: separación vertical o liberalización del acceso. La separación vertical, en el caso de las redes, sería la creación de empresas diferentes, una para operar los servicios de telecomunicaciones y otra para administrar la infraestructura – las redes. Hay inclusive, grupos que defienden la completa desverticalización de las operadoras locales; o sea, la separación entre la parte que presta servicios y la parte que tiene la infraestructura. Los que son contrarios a esa idea tienen un fuerte argumento de que las exigencias

reguladoras cuanto a las metas de universalización difícilmente serían cumplidas en un ambiente desverticalizado. Además, está claro, la necesidad de profunda alteración en la legislación vigente, cuyos costos de transacción e impacto sobre el sector serían altísimos. Además, nos parece que, en ese caso, la empresa administradora de redes acabaría actuando en el mismo régimen de casi monopolio – lo que generaría esencialmente las mismas cuestiones ya existentes, con la única ventaja de que apenas una empresa sería objeto de regulación intensa.

La liberalización del acceso es, en resumen, el compartimiento de redes de modo a tornar su utilización libre por cualquier otro prestador de servicio, en condiciones de igualdad, y garantizar una remuneración adecuada al propietario de la red (hablaremos más adelante con detalles sobre compartimiento de redes).

En el Brasil, en el caso de redes de telecomunicaciones, hay instrumentos que utilizan las dos estrategias. No hay separación formal entre la propiedad de la infraestructura y la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Entretanto, la determinación de separación contable entre las actividades de las concesionarias (poseedoras de las redes locales) y de otras empresas del mismo grupo es un instrumento útil en la determinación del verdadero costo de las redes. Por ejemplo, en los términos de la reglamentación, una operadora local debe ofrecer las mismas condiciones de interconexión que ofrece a una empresa de su mismo grupo económico (una operadora de servicio móvil, por ejemplo), a cualquier otra operadora que se proponga a contratar en las mismas condiciones. Si embargo, en tesis, pueda parecer una forma segura de garantizar tratamiento isonómico; en la práctica, la asimetría de información existente dificulta mucho el trabajo de la Agencia.

En la línea de la liberalización del acceso, el compartimiento de redes además se encuentra en fase de reglamentación – aunque esté expresamente previsto en la legislación aplicable. Entretanto, la presión de las operadoras entrantes en el mercado de la telefonía local (abierto a cualquier interesado desde el inicio de 2003), en conjunto con la expresa intención de la ANATEL de incrementar la competencia a nivel local, denotan una expectativa de que luego deberá ser expedida una reglamentación clara en cuanto al *unbundling*.

### **III. Interconexión**

Concepto Legal de Interconexión: Ligación 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 otra o acceder a servicios en ella disponibles;

La Interconexión es fundamental para la propia existencia de redes de telecomunicaciones. La necesidad y la obligatoriedad de la interconexión es

consecuencia de dos constataciones: (i) primero, los usuarios de las redes de telecomunicación precisan comunicarse entre sí, una vez que las redes llegan a su plena utilidad, como una consecuencia de las llamadas externalidades de la red (una red de comunicación se torna más valiosa a medida que recibe nuevos usuarios); (ii) segundo, solamente por medio de la interconexión podrá existir alguna competencia en el sector de telecomunicaciones – eso, como consecuencia de la idea de monopolio natural que se aplica a las redes de telecomunicaciones.

En los términos de la legislación brasilera, los prestadores de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo deben obligatoriamente disponibilizar sus redes para interconexión (tales redes, por eso, deben ser entendidas como redes públicas de telecomunicación). La disponibilización se debe de dar de forma no discriminatoria y en condiciones justas y razonables. Tales exigencias de la ley significan, en la práctica, precios justos y condiciones técnicas adecuadas.

En principio, las operadoras están libres para negociar los términos y condiciones de los contratos de interconexión. Una vez celebrado el contrato, debe ser encaminado a la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL) para homologación (y será publicado el contrato, para garantizar las condiciones no discriminatorias). En caso no haya acuerdo, la Agencia arbitrará las condiciones contractuales.

El modelo de privatización brasilero, que partió del antiguo sistema TELEBRÁS, generó 4 (cuatro) grandes operadoras incumbentes: una de larga distancia (EMBRATEL), operando nacionalmente, y tres locales, operando cada una en su región específica (Brasil Telecom, Telefónica y Telemar).

La abertura del mercado trajo la competencia para la telefonía de larga distancia en plazo razonablemente corto. Sin embargo, lo mismo no ocurrió con la telefonía local. De ese modo, la regulación es extremadamente importante para el uso eficiente de las redes, tratándose de las redes locales, de propiedad de las incumbentes.

Las tarifas máximas y condiciones técnicas básicas de interconexión son definidas por ANATEL. Siendo permitido a las operadoras la práctica de los descuentos que crean convenientes, desde que sea en condiciones no discriminatorias.

La política tarifaria para interconexión debe posibilitar la entrada de empresas eficientes, al mismo tiempo impedir que empresas ineficientes actúen. Debe, además, remunerar adecuadamente al propietario de la red, para que permanezca el incentivo para el mantenimiento de la red existente y para la construcción de las nuevas redes. En suma, debe perseguirse un uso eficiente de las redes de telecomunicaciones, entendiéndose por uso eficiente aquel que da a las redes la mejor destinación posible, en pro del bienestar del usuario.

Actualmente, aunque la interconexión ocurra de forma razonable y tranquila entre las operadoras, en especial en lo que dice respecto a las operadoras de servicios prestados en régimen privado y en ambiente competitivo (tales como la mayoría de los servicios móviles, servicios de red etc.), aun persisten discusiones serias envolviendo interconexión. En general, las cuestiones llevadas a ANATEL se refieren a dificultades técnicas en el punto de interconexión y discusiones en cuanto a los valores que serán pagados. De cualquier modo, el hecho es que la interconexión está muy bien resuelta, siendo el principal problema en la regulación de las redes en el Brasil el compartimiento, sobre lo que hablaremos en el próximo ítem.

#### **IV. Compartimiento de Redes**

El Compartimiento de Redes o "Unbundling" es el compartimiento de facilidades de redes que permite la construcción, complementación o el gerenciamiento de la red de una prestadora de servicios de telecomunicaciones.

La ley brasilera trata del compartimiento de redes en el Art. 155 de la LGT, que dice:

*"Para desarrollar la competencia, las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo deberán, en los casos y condiciones fijados por la Agencia disponibilizar sus redes a otras prestadoras de servicios de telecomunicaciones de interés colectivo."*

Entretanto, el compartimiento aun aguarda una reglamentación específica, que define la forma, las condiciones y todos los detalles necesarios para que así sea. Recientemente, por medio del Decreto n. 4.733, de 10.6.2003, había un impulso en la reglamentación del compartimiento, cuando el gobierno eligió su establecimiento como un objetivo claro de política de telecomunicaciones.

El Compartimiento puede atngir uno o más elementos de la red, pudiendo variar desde el alquiler de la red (denominado de Explotación Industrial de Línea Dedicada, que puede ser considerada una forma de compartimiento) hasta el llamado "*full unbundling*", en el cual el par de cobre que llega a la casa del usuario pasa a ser enteramente controlado por la operadora entrante. Es el llamado compartimiento de la "última milla".

El compartimiento de redes ha sido la bandera de muchas empresas y grupos para la introducción de la competencia en la telefonía local en el Brasil. Con esto se espera, un aumento de la calidad del servicio y una

reducción en los precios. Entretanto, hay, en el caso brasilero, cuestiones específicas que merecen atención, cuando se habla de la búsqueda de un uso más eficiente de las redes, en especial por medio del "*unbundling*". Muchos afirman que el modelo de la privatización realizada en el Brasil privilegió la generación de ingresos, ofreciendo a las empresas que participan de las subastas condiciones favorables de explotación (en otras palabras, una situación de casi monopolio) en cambio de un alto nivel de inversiones y, consecuentemente, expansión del sistema. Los que se afilian a ésta corriente entienden que queda perjudicada la competencia y la modalidad tarifaria. Sobre este ángulo, la obligatoriedad del compartimiento de redes se debe someter necesariamente a la garantía de retorno de las concesionarias.

Otro aspecto a ser considerado es la obligación de universalización impuesta a las concesionarias de telefonía fija. Tales obligaciones representan un alto costo para las concesionarias locales y, una de las fuentes de financiamiento para el cumplimiento de tales metas, es el subsidio cruzado entre los servicios locales (donde no hay competencia) en favor de los demás servicios (donde hay competencia para muchos). Aunque, desde el punto de vista conceptual y en términos generales, el modelo brasilero prohíba cualquier tipo de subsidio cruzado. La introducción de competencia en el servicio local ciertamente afectaría la renta de las concesionarias, con algún impacto sobre el cumplimiento de las metas de universalización.

Algunas concesionarias locales han ofrecido elementos de su red para que sean explotados por competidores. Entretanto, los pocos competidores interesados alegan que los valores pedidos son muy altos, tornándose inviable la competencia. Una vez más estamos delante de problemas de asimetría de información. Las concesionarias, a la vez, sustentan que las operadoras entrantes buscan solamente el mercado de alta rentabilidad, como, por ejemplo, las redes corporativas, no demostrando interés por la mayoría de los usuarios atendidos.

## **V. Comentários Finais**

Tratándose de interconexión y compartimiento de redes, los reguladores deben estar atentos primordialmente para cuestiones de viabilidad técnica y de costo.

En el caso de los costos, se debe tomar atención en que existe un "trade-off" entre bajo costo y eficiencia. El cuadro abajo sirve como resumen de los efectos de tener un costo muy alto y un costo muy bajo en la interconexión y en el compartimiento de redes:

- Costos altos:
  - Barrera a la entrada;
  - Mantenimiento del monopolio en segmentos potencialmente competitivos;

– Violación a la idea de condiciones “justas y razonables”.

•Costos baixos:

– Entrada de competidores ineficientes;

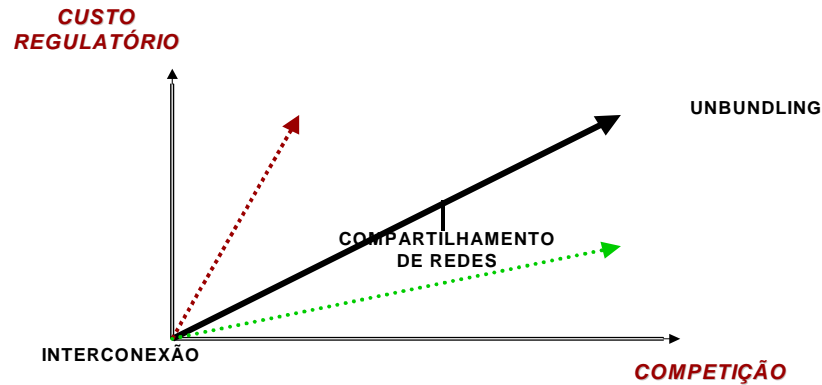
– Desestimula el desenvolvimiento de las redes;

– Puede afectar la viabilidad económica (equilibrio económico-financiero) de las concesionarias.

Por fin, especialmente tratándose de países en vías de desarrollo, la regulación de las redes debe ser tratada con extremo cuidado. Sin embargo la introducción de la competencia será un beneficio – una vez que, consagradamente, la competencia traiga una mejora en la calidad y una reducción en el costo del servicio – se debe tener en mente que en países en vías de desarrollo el déficit de infraestructura es considerable y, a veces, la única forma de atraer a los inversionistas privados necesarios es por la garantía de altos retornos, aunque que el costo de la eficiencia podría ser traída por la amplia competencia. Ni siempre el modelo padrón de regulación de redes aplicado en países en vías de desarrollo (ya con sus redes prácticamente construidas), y generalmente indicados por entes multilaterales para países en vías de desarrollo, es la mejor opción. En el caso brasilero, el hecho de que el modelo tenga apuntado que, al menos por un corto período de tiempo, algún lucro de monopolio estaba garantizado a los inversionistas, la garantía, por un determinado período, de un lucro de monopolio, puede haber sido fundamental para garantizar la notable expansión en las redes de telecomunicaciones desde la privatización.

El desafío que se impone al regulador moderno, en lo que dice respecto a las redes, puede ser resumidamente representado por el gráfico abajo:

## Custo Regulatório x Competição



En suma, al mismo tiempo en que el regulador debe garantizar la interconexión y evolucionar cada vez más en el compartimiento de redes, de forma a estimular la competencia teniendo como consecuencia un aumento de la calidad y reducción del precio (línea verde), también debe tener en mente que la regulación inadecuada (costo regulador; línea roja) desestimulará el mantenimiento y la construcción de nuevas redes, en caso la inversión hecha por los detentores de la red no sea adecuadamente remunerado.

\_\_\_ /// \_\_\_

### **Bibliografia**

Este texto fue escrito con base principalmente en los textos abajo:

- Baldwin, R. and Cave, M. (1997) Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice, Oxford University Press, 1999;  
Breyer S. (1982), Regulation and Its Reform, Harvard University Press  
Di pietro, M. S. Z. (1999), Parcerias na Administração Pública, São Paulo, Ed. Atlas;

- Eiassen, K. A. y Sjoavaag, M. (eds.), "European Telecommunications Liberalisation" in European Telecommunications Liberalisation, (1999), Routledge, London.
- Foster, C. Privatisation, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly, Oxford, 1992;
- Laender, Gabriel B., "O Regime Jurídico das Redes de Telecomunicação e os Serviços de Telecomunicação", Monografia apresentada como requisito parcial para la conclusión del curso de bachiller en Derecho por la Universidade de Brasília, bajo la orientación del prof. Márcio Nunes Iorio Aranha, Brasília, 2003.
- Laffont, J. J. y Tirole, J., "Competition in Telecommunications", The MIT Press, 2000;
- Levy, B. and Spiller, P. (1996), Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications, Cambridge University Press.
- Newbery, David M., Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities (2001), The MIT Press, Cambridge, Massachusetts
- Ogus A. (1994), Regulation: Legal Form and Economic Theory, Clarendon Press, Oxford;
- Prosser, T (1996) Law and the Regulators, Oxford;
- Stigler, G. J. "The Theory of Economic Regulation", Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 2, 1971.
- Stirton, L. and Lodge M. "Embedding Regulatory Autonomy: The Reform of Jamaican Telecommunications Sector 1998-2001" CARR Working Paper, LSE, February, 2002
- Sundfeld, C. A. (2000), "Serviços Públicos e Regulação Estatal: Introdução às Agências Reguladoras", in Sundfeld, C. A. (ed.) Derecho Administrativo Económico, São Paulo, Malheiros Editores;
- Vejanolvski, C. "The Future of Industry Regulation in the UK: A Report of an Independent Inquiry", European Policy Forum, 1993.
- Walden, I. y Angel, J., "Telecommunications Law", Blackstone Press (2001);

Principales websites consultados:

[www.oftel.gov.uk](http://www.oftel.gov.uk)

[www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)