



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LA POTESTAD CAUTELAR EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LA
LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES**

Trabajo especial de Grado
Para optar al Grado de Especialista, en
Derecho Administrativo.

Autora: Abg. Zeneika Guzmán
Asesor: Abg José Rafael Belandria García

Caracas, Noviembre de 2008.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada ZENEIKA GUZMÁN, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: LA POTESTAD CAUTELAR EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los cinco (05) días del mes de Noviembre de dos mil ocho.-

JOSÉ RAFAEL BELANDRIA
C.I. V-

APROBACIÓN DEL JURADO

Trabajo Especial de Grado presentado por la ciudadana Abogada ZENEIKA GUZMÁN, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: LA POTESTAD CAUTELAR EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES; Aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello,” por el siguiente Jurado Examinador, a los () días del mes de _____ de 2008.

Fecha de Aprobación: _____

ÍNDICE

RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN.....	8
Capítulo I	14
Medidas cautelares administrativas previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.....	14
A. Origen de las Medidas Cautelares en el Régimen Sancionatorio	14
B. La Potestad Sancionatoria de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones	17
B. Las Medidas Cautelares Administrativas Previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.....	22
Capítulo II	27
Concepto y Características de las medidas cautelares administrativas previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.	27
A. Concepto de Medidas Cautelares.....	27
B. Provisionalidad.....	29

B. Instrumentalidad	33
C. Mutabilidad	35
D. Discrecionalidad	35
Capítulo III	37
Ámbito de aplicación y oportunidad de las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.	37
A. Oportunidad de las medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio.	37
B. Los Derechos y Garantías de los Operadores y los Ciudadanos	38
C. Derechos y Deberes de los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones	44
Capítulo IV.....	48
Requisitos de procedencia de las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones	48
A. Presunción de buen derecho (fumus boni iurs).....	48
B. Daño irreparable (periculum in mora)	49

C. Criterio del Tribunal Supremo de Justicia	52
Conclusiones	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA POTESTAD CAUTELAR EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LA
LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES**

Autora: Abg. Zeneika Guzmán
Asesor: Abg José Rafael Belandria García
Fecha: Noviembre, 2008

RESUMEN

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones del 12 de junio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 36.970, sorprende a los administrados con la inclusión de figuras jurídicas que si bien no son extrañas en el ámbito del Derecho Administrativo, merecen atención especial por la delicadeza que debe regir su manejo. Este trabajo tiene por objeto analizar las Medidas Cautelares Administrativas, con especial referencia al régimen sancionatorio de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Metodológicamente, es una investigación monográfica y descriptiva, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, la cual se apoyará básicamente en una amplia revisión bibliográfica y en el uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo, construcción de sistemas de categorías clasificación de casos, inducción y síntesis. Es decir, es una investigación monográfica-documental a un nivel descriptivo. El instrumento a utilizar será una matriz necesaria para registrar y analizar el contenido de la información extraída de las fuentes documentales. Los resultados que se obtendrán evidenciarán cual es la justificación real de la aplicación del Derecho Administrativo para finalmente plantear, la repercusión de las conclusiones alcanzadas en la actuación de la Administración Pública, fundamentalmente en las Medidas Cautelares Administrativas en el régimen sancionatorio de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Descriptores: Medidas Cautelares, Medidas Cautelares en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Procedimiento Sancionatorio.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999, y como consecuencia directa de la necesidad de regulación del aparato burocrático, se constitucionalizó la potestad sancionatoria de la Administración Pública, no prevista en la derogada Constitución Nacional de 1961, así se observa del texto del artículo 49, numeral 6, que preceptúa el derecho al debido proceso en materia de derecho administrativo, que dispone:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

Por otra parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha otorgado al Poder Público Nacional la competencia sobre "el régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético".

Seguidamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones promulgada el 12 de junio de 2000, y publicada en Gaceta Oficial N° 36.970 de la misma fecha, ha desarrollado el precepto constitucional citado estableciendo un

marco general de regulación del sector de las telecomunicaciones.

La mencionada ley prevé las medidas cautelares administrativas en sus artículos 182 al 184, en el capítulo relativo al régimen sancionatorio, sorprendiendo a los administrados con la inclusión de esta figura jurídica que si bien no es extraña en el ámbito del Derecho Administrativo, su estudio merece atención y dedicación especial en lo referido a su procedencia, legitimidad y aplicación.

El legislador con estos avances, contribuye a evitar que el ejercicio y explotación de la actividad de telecomunicaciones por los particulares, bajo un régimen de libre competencia y libertad económica, menoscabe el interés general, protegiendo el servicio y los derechos de los usuarios.

De tal suerte que se impone el ejercicio de la potestad de imperio de la Administración, consintiéndole suspender o limitar los derechos a prestar tales servicios o las habilitaciones o concesiones necesarias, del mismo modo que la acredita para autorizarlo.

Es de asentar la gravedad de negar a la Administración, la posibilidad de otorgar medidas cautelares en materia de telecomunicaciones, situación que en los más positivos escenarios, redundaría en la no prevención de riesgos y daños posiblemente irreversibles en la esfera de intereses y derechos del colectivo. Se infiere entonces que las medidas cautelares no pueden o no deberían ser concebidas como una sanción de la administración

sino como una protección, atendiendo a su naturaleza jurídica.

Es por ello que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, precursora en la consideración de este tipo de medidas en el procedimiento administrativo, sin requerir la mediación del poder cautelar propio de los jueces propone la protección del interés general de forma excepcional en situaciones que por su gravedad ameriten la aplicación de cautelares.

Actualmente la poca bibliografía especializada en materia de telecomunicaciones, especialmente en lo atinente a las medidas cautelares administrativas, constituye la contribución de este trabajo, el cual sería una visión crítica de un aspecto muy específico dentro del Derecho Administrativo Procedimental.

Por lo anterior, es importante definir con precisión las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su alcance y procedencia, conceptos básicos e indispensables para evitar excesos de la administración en el ejercicio de sus poderes y que el desempeño contrario a derecho por parte de los administrados autorizados o no a prestar un servicio público en materia de telecomunicaciones, causen daños irreparables.

La investigación que se presenta pretende ampliar los conocimientos que preexisten en materia de medidas cautelares administrativas en el procedimiento sancionatorio previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto éstas conforman uno de los instrumentos

que permiten hacer efectiva esa primera fase preventiva de la actividad represiva de la Administración Pública, la cual pretende impedir o minimizar la comisión de infracciones del ordenamiento jurídico por el incumplimiento de los particulares.

Se considera que una de las limitaciones que se presenta a la hora de ilustrarse en este punto es la poca bibliografía especializada en materia de telecomunicaciones, especialmente en lo atinente a las medidas cautelares, caldo de cultivo para la constante comisión de fallas en la aplicación de las mismas, lo que origina a su vez, situaciones que limitan cercanamente con el abuso de poder.

El beneficio de esta investigación es en general para todo aquel que estudia, trabaja investiga o ejerce la profesión de abogado, principalmente para aquellos que se especializan en la rama del Derecho Administrativo, ergo, sin menoscabo de constituir un aporte al Derecho como Ciencia.

Así mismo para las propias administraciones públicas, sus funcionarios y administrados, que por una equivocada interpretación de los privilegios de los cuales es acreedora, muchas veces, se hacen más ineficientes y burócratas que eficaces y eficientes.

Fundamentalmente, se benefician los particulares, el ciudadano en general, el colectivo que es en definitiva la razón de ser de la Administración Pública, permitiéndole obtener un medio de consulta que llegue a esclarecer

los conocimientos que posea en relación a las medidas cautelares en materia de telecomunicaciones o para quienes desconozcan totalmente la figura, alcanzar un aprendizaje regular del alcance, características y conceptualización de esta figura.

Finalmente, la presente investigación está estructurada de la siguiente forma:

En el Capítulo I, Medidas cautelares administrativas previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se desarrollan aspectos relativos al origen de las medidas cautelares en el régimen sancionatorio y la potestad sancionatoria de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

El Capítulo II, trata sobre las características de las medidas cautelares administrativas previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tales como: provisionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, mutabilidad y discrecionalidad.

El Capítulo III, versa sobre el ámbito de aplicación y oportunidad de las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por eso se estudia la oportunidad de las medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio y los derechos y garantías de los operadores y los ciudadanos.

En el Capítulo IV se estudian los requisitos de procedencia de las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones,

estos son la presunción de buen derecho (*fumus boni iuris*), el daño irreparable (*periculum in mora*) y la ponderación de intereses, así como también se expone el criterio del Tribunal Supremo de Justicia.

La investigación finaliza con las respectivas conclusiones.

CAPÍTULO I
MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY
ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

A. Origen de las Medidas Cautelares en el Régimen Sancionatorio

En el ordenamiento jurídico venezolano, así como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos universales, impera el criterio de la separación de poderes definido por Montesquieu en el siglo XVIII, citado por García-Pelayo (2002), a través de dos postulados: “a) cada función capital del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) ha de tener un titular distinto (poderes); b) en el marco de esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y vetos.”(p.155) De tal manera, que cada uno de los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial tiene su propio ámbito de funciones y es ejercido por diferentes órganos, como: el parlamento, el gobierno y los tribunales de la república.

Frecuentemente, la historia ha dejado constancia de que el ejercicio del poder, sin controles, conlleva al abuso del poder. De allí, que es tan importante el ejercicio de mecanismos de fiscalización e intervención del poder por parte de otros poderes, que al mismo tiempo, permitan garantizar los derechos de los ciudadanos. Agrega García-Pelayo (2002), que lo que

caracteriza a esta teoría es “su sentido de medio racional al servicio de la libertad.” (p. 156) Es decir, que la división de poderes busca desconcentrar el ejercicio del poder en un sólo ente, a fin de evitar el ejercicio abusivo del derecho y restricciones a las garantías ciudadanas previstas por las leyes nacionales.

En Venezuela, las ideas de Montesquieu han servido de inspiración para las diferentes constituciones y leyes. No obstante, esta teoría tiene sus excepciones en su consagración y en el ejercicio. Por ejemplo, bajo ciertas condiciones, el poder legislativo puede ceder temporalmente sus funciones al Ejecutivo otorgándole poderes para dictar leyes.

Pero, el asunto que ocupa este estudio es el relativo a la necesidad de establecer normativas procedimentales para el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración pública, pues, aunque se trata de una función juzgadora, la cual, “en teoría” es competencia de los órganos jurisdiccionales, en este caso le compete a la administración pública su ejercicio.

Cabe destacar, que el principio de justicia por los órganos judiciales se encuentra acogido, como un derecho humano fundamental, en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente

e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

En contraste, la potestad sancionadora de la administración pública deviene de la necesidad práctica, no de absolver el principio de la división de poderes, sino más bien de compensar sus limitaciones. Señala Santamaría, (citado por Peña, 2005), que:

...los revolucionarios franceses llegaron a justificarlo sobre la base del argumento relativo a que todos los ciudadanos tenían el deber genérico de no perturbar el orden público, razón por la cual el incumplimiento de dicho deber, bastaba por sí solo, sin necesidad de ley que lo habilitase, para legitimar el ejercicio de todas las potestades implicadas en poder de policía (p. 34).

Claro está, que la falta de una regulación constitucional y legal en la materia conlleva a la violación de un principio fundamental en materia administrativa, el principio de la legalidad, que exige el sometimiento de los actos de los órganos del poder público a las leyes imperantes, a fin de salvaguardar los derechos y garantías ciudadanas.

En este orden de ideas, y enfocando hacia el ordenamiento jurídico venezolano, Peña (2005) señala que

...desde 1811 hasta el 30 de diciembre 1999, fecha en que fue derogada la Constitución de 1961, nunca de manera directa o indirecta llegó a conferirse en los veinticuatro textos constitucionales que rigieron a Venezuela durante ese período la

potestad sancionatoria a la Administración Pública.(p. 38).

Sin embargo, destaca el autor que “tal conclusión no autoriza a negar el ejercicio de dicha potestad por parte de los órganos administrativos,...”(Idem).

B. La Potestad Sancionatoria de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones fue promulgada el 12 de junio de 2000 y publicada en Gaceta Oficial N° 36.970 de la misma fecha, creando un marco legal moderno y favorable para la protección de los usuarios y operadores de servicios de telecomunicaciones en un régimen de libre competencia, así como para el desarrollo de un sector prometedor de la economía venezolana. Este nuevo instrumento legal consagra los principios que regulan las telecomunicaciones, con el objeto de garantizar el derecho a la comunicación de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, así como la realización de las actividades económicas necesarias para el desarrollo del sector.

El aspecto más resaltante de la Ley es quizás, la despublificación del sector de las telecomunicaciones, derogando de esta manera la reserva que sobre éste tenía el Estado, reconociendo el derecho de todos los particulares a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones, (artículo 1 Ley Orgánica de Telecomunicaciones), bajo principios de libre

competencia y libertad económica. Así como la declaratoria de las actividades de interés general, del establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, y como la prestación de servicios de telecomunicaciones. Este interés general justifica una regulación más intensa por parte del Estado e implica que la titularidad de las telecomunicaciones ahora esta en manos de los particulares.

Otro aspecto importante de resaltar en la Ley, es que garantiza la incorporación y cumplimiento de las Obligaciones de Servicio Universal, establecidas en el artículo 50 de la Ley, dentro de las que podemos mencionar, que todas las personas puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija, la disposición gratuita de una guía telefónica y de un servicio de información nacional, garantizar que las personas tengan acceso a la red mundial de información Internet; así como que las personas discapacitadas o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público.

El Estado garantizará el cumplimiento de tales obligaciones mediante la creación de un Fondo cuya finalidad es subsidiar los costos de infraestructura necesarios para la satisfacción de dichas obligaciones y a la vez mantener la neutralidad de los efectos de su cumplimiento desde el punto de vista de la competencia; además, propicia la investigación y desarrollo del sector en el país, así como la transferencia tecnológica, y atrae la inversión nacional e internacional para el desarrollo del sector de telecomunicaciones, en virtud

de la seguridad jurídica que proporciona, estableciendo reglas claras, transparentes, precisas y ajustadas al avance tecnológico del sector.

Entre los objetivos de esta Ley destacan la defensa de los derechos de los usuarios y su derecho a acceder a los servicios de telecomunicaciones y al ejercicio de la comunicación libre y plural. Asimismo, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones procura condiciones de competencia entre los diferentes operadores y prestadores de servicios, estableciendo disposiciones en materia de precios y tarifas, interconexión y recursos limitados.

La actividad administrativa quedaría incompleta en su actuación como titular de un ordenamiento jurídico, al tiempo que constitutiva de un poder jurídico, si le estuviera vedado imponer *per se* las sanciones correspondientes a las infracciones realizadas en detrimento de los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, por tanto este poder sancionatorio de la administración es paralelo a aquel que justifica la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, la sanción se impone para reprimir a los transgresores que han producido en un campo cuya competencia y cuidado corresponde a la administración.

La potestad sancionatoria atribuida a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, los principios que rigen dicha potestad, el procedimiento y los lapsos a seguir, la distribución de competencias dentro del proceso, el órgano que está llamado a tomar la decisión definitiva, las

sanciones aplicables y los órganos que pueden revisar y controlar el acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo, constituyen elementos fundamentales del sistema sancionatorio cuya rectoría corresponde a CONATEL, según lo establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se prevén sanciones administrativas de incidencia patrimonial directa, caso particular de las multas y sanciones administrativas privativas de derechos como la revocatoria de la habilitación administrativa, artículo 171, así como otras sanciones no patrimoniales entre ellas la amonestación pública por incidencia en la prestación del servicio de otro operador, artículo 174 o cesación de actividades clandestinas artículos 175 y 189.

Se sostiene que la característica fundamental del derecho administrativo sancionador es la prevención dirigida a la utilización de los medios adecuados para la obtención de resultados, la existencia de la sanción tiene una finalidad disuasoria, en otras palabras procura evitar lesiones al bien tutelado, de allí que cada vez el Derecho Administrativo sancionador abarque ámbitos más extensos y relevantes para el ciudadano, pues, viene a recordarle el cumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado, vale decir, que deriven de su situación general de sumisión.

Por su parte Rondón de Sansón (2005) define a la Potestad Sancionatoria como

...una de las facultades características de los entes dotados de autoridad, por cuanto es aquella a través de la cual se trata de impedir la violación de las prohibiciones y limitaciones que, el ordenamiento jurídico le impone a la conducta de los particulares sometidos a tales organizaciones, para garantizar la sobrevivencia de los principios y fines sobre los cuales las mismas se afirman, y para los que ha sido creados. (p. 68)

La Potestad Sancionatoria de la Administración, es una manifestación o expresión del *ius puniendi*, razón por la cual en su aplicación la Administración, pese a su carácter servicial debe privilegiar, llegado el caso, el pleno respeto a las garantías derivadas precisamente de ese poder punitivo general único, recogidas en el principio de legalidad penal, con las matizaciones que corresponda, sobre la tutela del interés general que le asignan la Constitución y las leyes, y los actos derivados de ella son actos administrativos, regidos por un procedimiento administrativo y en su actuación están sujetos al control de los Órganos del estado. Solís, (2005, 53)

B. Las Medidas Cautelares Administrativas Previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Las medidas cautelares administrativas previstas dentro de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es un tema que ha sido abordado con gran interés por la doctrina Nacional y Extranjera, enfocando su preocupación por el establecimiento de directrices precisas que permitan el resguardo de la seguridad jurídica cuando de la aplicación de las medidas cautelares en materia administrativa se trata.

En tal sentido siguiendo igual línea argumental, los autores que abordan este tema explican con argumentos jurídicos los conceptos y características de las medidas cautelares en general, dando cuerpo a un capítulo especial en lo referido a la potestad sancionatoria de la administración, en tanto le está permitido la imposición de estos medios precautelares en pro del logro de sus cometidos.

En este orden de ideas es que la Administración Pública ejerce las más amplias facultades, permitiendo la imposición de las Medidas Cautelares, que al igual que la Potestades han tenido un profundo y gran desarrollo doctrinal.

En este sentido, Chinchilla (1991) afirma que las denominadas Medidas Cautelares, “son un instrumento que sirve para evitar ese peligro de que la justicia pierda o deje en el camino su eficacia, sin la cual, por su puesto, deja de ser justicia.” (p. 28). Son pues, medidas que se adoptan al interponerse

un recurso, con la finalidad de asegurar provisionalmente los bienes, la situación jurídica, el derecho o interés de que se trate, para que la sentencia que en su día lejano, declare el derecho del recurrente pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente.

Advierte Calamandrei, (citado por Chinchilla, 1991: 31) que la anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma, es garantía de la ejecución de las sentencias y a su vez del peligro en la demora del proceso ambos, fundamentos de las medidas cautelares, pues a través de ellas pedimos al Estado que asegure la plena efectividad de la futura sentencia de condena durante el tiempo en que se tramite el proceso.

En este orden de ideas, Urdaneta (2004, 216) define a las medidas cautelares administrativas como

aquellas disposiciones, producto del ejercicio de una potestad de la Administración, que tienen naturaleza instrumental, provisional y excepcional son dictadas en el curso de un procedimiento y tienen por finalidad tutelar en sede cautelar el interés público, normalmente por vía del aseguramiento provisorio de los efectos de la resolución final para que no se haga ilusoria. (p. 216)

Por su parte Hernández-Mendilble (1998) define las medidas cautelares “como aquellos actos que tienden al aseguramiento de lo que pretenden las partes a través del proceso”. (p. 185)

El origen de las medidas cautelares radica en el Derecho Procesal,

explicando la doctrina que las características de las medidas cautelares se pueden aplicar mutatis mutandis al procedimiento administrativo.

El Texto Constitucional en su título IV, consagra la existencia del Poder Público y en el artículo 156 las Competencias del Poder Público Nacional. Estableciéndose en el numeral 28 el Régimen de Correo y de las Telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético.

De esta manera, rige el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 de la Constitución que señala: “Artículo 137. Esta Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos del poder público a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Por su parte viene a desarrollar el mandato constitucional la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, desarrollando en todo su texto los derechos y obligaciones de los operadores y usuarios, prestación de servicios y del establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, procedimiento para la obtención de habilitaciones administrativas o la incorporación de atributos de las mismas, todo lo referente a la Administración Pública y Telecomunicaciones, así como el Servicio Universal y su Fondo, igualmente el Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones, los Recursos Limitados, el Espectro Radioeléctrico, los procedimientos para la Concesión del Uso y Explotación

del Espectro Radioeléctrico, las Vías Generales de Telecomunicaciones, la Interconexión, los Radioaficionados, la homologación y Certificación, los precios y tarifas, los impuestos, tasas y contribuciones, y el Régimen Sancionatorio objeto de nuestro estudio.

Las medidas cautelares administrativas han sido previstas dentro de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, encontrándose su regulación prevista en el Título XIII dedicado al régimen sancionatorio. Artículo 182 “En el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá dictar las medidas cautelares...”

Por su parte el artículo 183 establece cuales son las medidas cautelares que CONATEL queda facultada para aplicar, tales como:

1.- Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras de esta Ley;

2.- Ordenar la realización de actos o actuaciones en materia de Servicio Universal, interconexión, derecho de vía, restablecimiento de servicios, facturación de servicios, seguridad y defensa.

3.-Proceder a la incautación de los equipos empleados y clausura de los recintos o establecimientos donde se opere, cuando se trate de actividades presuntamente clandestinas que impliquen el uso del espectro radioeléctrico.

Finalmente el artículo 184 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece el procedimiento a seguir en cuanto al otorgamiento, oposición y revocatoria de las medidas cautelares.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consolida el principio de legalidad administrativa, completa las potestades de la Administración Pública, así como los límites de actuación de la misma y los procedimientos administrativos que debe seguir la Administración Pública, todos derivados de las garantías y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a los particulares.

CAPÍTULO II
CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE
TELECOMUNICACIONES.

A. Concepto de Medidas Cautelares

Con la finalidad de prevención del orden jurídico, se encuentran las medidas cautelares, donde cada persona tiene un derecho subjetivo de prevención que antes de hacer cesar la violación de un derecho o restablecer el equilibrio patrimonial, pretende según la opinión de Henríquez La Roche (1988), “impedir y ahorrarse la comisión de un daño eventual inminente”, quien señala que son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar

...primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y tercero sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente (p.99).

Las medidas cautelares para Chinchilla (1991)

Son un instrumento que sirve para evitar ese peligro de que la justicia pierda o deje en el camino su eficacia, sin la cual, por su puesto, deja de ser justicia. Son pues, medidas que se adoptan al interponerse un recurso, con la finalidad de asegurar provisionalmente los bienes, la situación jurídica, el derecho o interés de que se trate, para que la sentencia que en su día lejano, declare el derecho del recurrente pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente. Chinchilla (p. 28)

Según explica Rengel Romberg, “las medidas cautelares tienen el propósito de asegurar el objetivo propio de la tutela cautelar, para evitar el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo” (p.153). En este sentido, lo anterior significa, que son las adoptadas en un juicio para prevenir la ineficacia del cumplimiento de la decisión judicial. Así, se presentan diferentes definiciones de la doctrina, coincidiendo en el fin perseguido de esta acción, cuyo énfasis de estudio no es en el proceso cautelar, sino en la providencia del juez: la providencia cautelar.

Destacados autores, han expuesto teorías respecto a la procedencia, delimitación y demás aspectos relevantes de las medidas cautelares dejando en manos de los órganos jurisdiccionales y la jurisprudencia la definición final de tan importante figura

De allí que autores como Calamdrei (1996) señala:

.... En las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar

el eficaz funcionamiento de la justicia... (p. 45)

Es imprescindible resaltar que las medidas cautelares dictadas dentro de una relación de derecho público, es decir, en un procedimiento administrativo, cuya decisión depende igualmente de la Administración pública, constituyen actos administrativos, dictados en ejercicio de la función administrativa, para proteger el interés público representado por la administración. Es común que éstas sean dictadas ex officio, y no a petición de parte como el caso de las medidas cautelares judiciales, suponen una nueva potestad instrumental de la administración reforzando así su eficacia.

Ahora bien, profundizando en el campo del procedimiento administrativo sancionador, hallamos que las características de las medidas cautelares administrativas son: provisionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, mutabilidad, y discrecionalidad los cuales se describen a continuación.

B. Provisionalidad

La provisionalidad, estas medidas no tienen carácter indefinido ni definitivo o de permanencia en el tiempo, ya que cesarán cuando se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento, mediante la imposición de la sanción o del sobreseimiento, cuando el procedimiento caduque o cuando cambien o desaparezcan las causas que motivaron a la adopción de tales medidas.

En principio las medidas cautelares fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, es decir, tienen vida mientras dura el proceso. No obstante, existe la posibilidad de que si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción de las medidas cautelares, estas pueden ser modificadas o revocadas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal.

Al respecto, Calamandrei (1996) señala que:

La provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiaridad. En virtud de ésta la providencia cautelar suple un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquella está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente (p. 46)

La concepción cautelar por cuanto trata de evitar perjuicios derivados del proceso, hace que la materia cautelar exista mientras persistan las condiciones que la provocaron. Es por ello que se deriva la materia cautelar, adquiriendo así característica de provisionalidad en relación con la definición del derecho debatido en el principal.

Ahora bien, recientemente se ha formulado el concepto de las medidas cautelares provisionálísimas, en esencia son las mismas cautelares, con la particularidad de que los ordenamientos adjetivos que la contemplan establecen que los órganos jurisdiccionales deben dictarlas antes del inicio del procedimiento, en casos de urgencia evidente, ahora recibidas por el

procedimiento administrativo general, y por ende, en su modalidad de procedimiento sancionatorio, cuando resulte estrictamente necesario. Solís, (2005, 472)

Respecto a este carácter provisionalísimo de la medida cautelar, es preciso revisar lo que al respecto dice el artículo 183 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el párrafo Único:

Parágrafo único: Las medidas a que se refiere este artículo podrán ser dictadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, **con carácter provisionalísimo**, en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio sin cumplir con los extremos a que se refiere el artículo 182 de esta Ley, cuando **razones de urgencia así lo ameriten**. Ejecutada la medida provisionalísima, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá pronunciarse sobre su carácter cautelar, confirmando, modificando o revocando la medida adoptada, en atención a lo dispuesto en los artículos 182 y siguientes de esta Ley.

En el caso entre Corpomedios GV Inversiones C.A. (Globovisión) sociedad mercantil RCTV, C.A recurso de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con amparo constitucional contra los artículos 171 numeral 6, 183 párrafo único, 208 numerales 1 y 8 y 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y en parte del alegato dicen:

4. Que el artículo 183 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones **es inconstitucional**, por cuanto "...(l)a aplicación de las medidas cautelares previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 183 citado

supra en los términos del párrafo único del citado artículo (suspensión de la programación presuntamente infractora, incautación de equipos y clausura de establecimientos, en el acto de apertura del procedimiento, sin analizar los requisitos esenciales de una medida cautelar) se traduce en **la violación de los derechos constitucionales a la libertad económica, propiedad y libertad de expresión, al encontrarse (sic) tales derechos limitados en forma ilegítima en la norma citada, por violarse el principio de racionalidad y proporcionalidad que debe respetar el legislador.**

4.1. De la violación al principio constitucional de racionalidad y proporcionalidad: ya que la norma del párrafo único del artículo 183 de la LOTEL permite la aplicación de medidas cautelares que limitan derechos constitucionales, **sin que se cumpla ninguno de los requisitos tradicionalmente previstos para el otorgamiento de medidas cautelares.** Por tal razón, tal norma resulta a todas luces desproporcionada e irracional, ya que si bien es cierto que en aras de la protección del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, es legítimo el otorgamiento de medidas cautelares en cualquier clase de procedimiento administrativo o judicial, no es menos cierto que tales medidas, por sus consecuencias limitativas de los derechos de sus destinatarios, sólo se justifican en la medida en que se verifiquen los requisitos esenciales para su procedencia, de lo cual exime la norma en comentarios...

En el sistema jurídico venezolano, las normas constitucionales privan sobre las normas de carácter legal, sin embargo, en los fundamentos para la decisión la Sala Constitucional omite pronunciarse respecto a este artículo 183, solamente haciendo mención a otras normas citadas en el recurso y se limita a decir que:

...no se evidencia la existencia de una situación que amerita la utilización por parte de esta Sala Constitucional de sus amplios poderes cautelares, sea por vía del amparo cautelar a que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o a través de una medida cautelar

innominada conforme lo disponen los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, habida cuenta que de otorgarse lo peticionado, es decir, que se suspenda la aplicación de dichos artículos y que como consecuencia de ello se *“ordene al Ministro de Infraestructura abstenerse de sustanciar y decidir los procedimientos sancionatorios abiertos contra Globovisión y RCTV”*, supondría un pronunciamiento anticipado sobre el fondo del asunto planteado -como lo indica el representante de CONATEL-, esto es, sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales impugnadas, lo cual escapa al propósito esencial de toda medida cautelar, cual es procurar un estado de equilibrio que permita hacer ejecutable la sentencia de fondo por cualquiera de las partes, razón por la cual se niegan las cautelas a que se refieren los numerales 5, 6 y 7 del petitorio del escrito libelar. Así se decide.

Lo que si es evidente en este caso es que la Sala Constitucional debe ser garante, justamente, de la Constitucionalidad y no puede omitir pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes de efectos generales, en virtud de una situación procesal de efectos particulares.

B. Instrumentalidad

La instrumentalidad, las medidas se adoptan dentro de un procedimiento sancionador principal y siguen la suerte del mismo. Según Calamandrei (1996):

Es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares; las cuales no constituyen un fin por si misma, sino que están indudablemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva... La tutela cautelar es, en relación con el derecho sustancial, una tutela mediata: mas que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia...son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho; esto es, con

relación a la finalidad última de la función jurisdicción, instrumento del instrumento (p.45).

Esta tutela no necesariamente aspira a transformarse en definitiva, sino que se halla vinculada a un proceso en el cual la emisión de la decisión está diferida, y en virtud de su retardo puede haber perjuicio.

Parafraseando a Corredor (2001, p. 6), son cuatro las implicaciones del carácter instrumental de las medidas o providencias cautelares:

- (i) su subsistencia se encuentra vinculada a un proceso pendiente o por iniciarse,
- (ii) se extingue al finalizar el proceso principal, bien porque no se consideran necesarias o por que tratándose de condenas, pueden ser sustituidas por otras medidas ejecutivas dentro del procedimiento de ejecución de sentencias (artículos 526 y 527 del Código de Procedimiento Civil);
- (iii) su duración es temporal por estar supeditadas al proceso principal;
- (iv) deben adecuarse al posible contenido de la sentencia.

Henríquez La Roche, la describe como una característica típica de las medidas cautelares, que debe apreciarse como un elemento propio de su esencia, su instrumentalidad, con lo cual se quiere significar, que nunca son

un fin en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, pues están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y, por la otra, que las mismas se constituyen en auxilio y ayuda para garantizar el resultado útil de la providencia definitiva y principal, que es la sentencia de fondo

C. Mutabilidad

La mutabilidad significa que si las condiciones y circunstancias presentes en el momento de la adopción de la medida varían o desaparecen, entonces, la medida debe modificarse o suprimirse.

Las medidas cautelares, según explica Henríquez La Roche (1998) “se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con cláusulas *rebus sic stantibus*, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron” (p. 41).

Es decir, que las medidas cautelares, aun cuando hayan sido ejecutadas, pueden ser modificadas en el mismo grado en que cambien las circunstancias que le dieron origen, pues dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que las originó.

D. Discrecionalidad

Tal como argumenta Ortiz-Ortiz (1999):

...La necesaria motivación del decreto cautelar responde a razones formales y materiales; en el primer caso, debe tenerse presente que la diferencia entre la 'arbitrariedad' y la discrecionalidad está justamente en la legitimidad que sólo podría justificarse, además, racionalmente de acuerdo a un ajustado 'juicio' de carácter preliminar pero autosuficiente; la no motivación del decreto hace incurrir al juez en un vicio que anula su acto o, al menos, lo convierte en un acto arbitrario (p.p. 494 y 495).

Es decir, la discrecionalidad debe estar sujeta a los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, independientemente de que por regla general no son de ejecución preceptiva o automática por la simple incoación de un procedimiento, sino de adopción potestativa sin perjuicio de la concurrencia de los requisitos y presupuestos necesarios.

CAPÍTULO III
ÁMBITO DE APLICACIÓN Y OPORTUNIDAD DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE
TELECOMUNICACIONES.

A. Oportunidad para dictar medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionador de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Las medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sólo pueden ser decretadas en el curso de un procedimiento administrativo sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones,

Artículo 182 En el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios **la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá dictar las medidas cautelares** a que se refiere esta Sección, a cuyos efectos deberá realizar una ponderación entre los perjuicios graves que pudiesen sufrir los operadores y usuarios afectados por la conducta del presunto infractor, respecto de los perjuicios que implicaría para éste la adopción de dicha medida, todo ello en atención a la presunción de buen derecho que emergiere de la situación.

Esta norma establece la competencia a CONATEL para dictar medidas

cautelares, la cual se concatena con el artículo 37, ordinales 13 y 14, que dispone :

13. Abrir, de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos relativos a presuntas infracciones a la ley y los reglamentos, así como aplicar las sanciones previstas en esta Ley e imponer los correctivos a que haya lugar;

14. Dictar medidas preventivas, de oficio o a instancia de los interesados, en el curso de los procedimientos administrativos que se sigan ante ella, cuando así lo requiera el caso concreto;

Hay autores que opinan -Urdaneta- que de conformidad con el artículo 37 numeral 14 de la Ley, surge la posibilidad expresa de dictar medidas cautelares administrativas, no sólo dentro del procedimiento administrativo sancionador, sino dentro de cualesquiera de los procedimientos administrativos previstos en dicha normativa, en tanto y en cuanto lo cautelar se encuentra incluido dentro de lo preventivo en los términos expuestos, y por que principalmente la figura puede ser solución definitiva para que un daño eventual no acontezca, en aras de proteger el interés público, y como función secundaria, puede salvaguardar eficazmente el contenido de la resolución final dentro de cada uno de dichos procedimientos.

B. Los Derechos y Garantías de los Operadores y los Ciudadanos.

El Título II de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones trata sobre los deberes y derechos de los usuarios y operadores. Luego en el Capítulo I prevé lo relativo a los derechos y deberes de los usuarios.

1. Derechos de los usuarios: El artículo 12 prevé los siguientes derechos:

I) Los mismos derechos de acceso: Acceder en condiciones de igualdad a todos los servicios de telecomunicaciones y a recibir un servicio eficiente, de calidad e ininterrumpido, salvo las limitaciones derivadas de la capacidad de dichos servicios; (ordinal 1)

II) La privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones, esto es el derecho a que las comunicaciones no sean interferidas, salvo en aquellos casos expresamente autorizados por la Constitución o que, por su naturaleza tengan carácter público, es decir, que sólo pueden ser interferidas por orden de un tribunal y previo el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables. (Ordinal 2º)

III) Derecho a la Comunicación: es ejercer individual y colectivamente su derecho a la comunicación libre y plural a través del disfrute de adecuadas condiciones para fundar medios de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público sin fines de lucro, de conformidad con la ley. (Ordinal 3º)

IV) Derecho a una factura por servicios: Que se le facturen oportuna y detalladamente la totalidad de los cargos por los servicios que recibe, evitando incurrir en facturación errónea, tardía, o no justificada, salvo en los casos de servicios prepagados, de conformidad con el reglamento de esta

Ley, que dicha facturación sea expresada en términos fácilmente comprensibles y a recibir oportunamente dicha facturación; (ordinal 4º)

V) derecho a números telefónicos de emergencia gratuitos:

Disponer de un servicio gratuito de llamadas de emergencia, cualquiera que sea el operador responsable de su prestación y con independencia del tipo de terminal que se utilice. El enrutamiento de las llamadas a los servicios de emergencia será a cargo del operador; (ordinal 5º)

VI) Derecho a guía telefónica y derecho a la privacidad de los

datos: Disponer, gratuitamente, de una guía actualizada, electrónica o impresa y unificada para cada ámbito geográfico, relacionada con el servicio independientemente del operador que se trate. Todos los abonados tendrán derecho a figurar en dichas guías y a un servicio de información nacional sobre su contenido, sin perjuicio, en todo caso, del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías; (ordinal 6º)

VII) Derecho a reintegro:

- Obtener oportunamente el reintegro, en dinero efectivo, de lo que hubiese entregado por concepto de depósitos o garantías, así como por los saldos que resulten a su favor, de conformidad con las normas establecidas en el respectivo reglamento; (ordinal 7º)

- Recibir la compensación o reintegro por la interrupción de los servicios de telecomunicaciones en los términos que establezca el respectivo reglamento. A tales efectos los abonados podrán escoger, entre los mecanismos de compensación o reintegro que establezca dicho reglamento, aquel que considere más conveniente y satisfactorio a sus intereses; (ordinal 8º)

VIII) Derecho a documento autorizado: a fin de procurar un medio de prueba se prevé que en la contratación de servicios de telecomunicaciones se utilicen los modelos de contratos previamente autorizados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y a obtener copia de los mismos; (ordinal 9º)

IX) Derecho a presentar quejas y reclamos: esto exige al presentar tales quejas y reclamos, se atiendan a la brevedad y de manera eficaz y a exigir el cumplimiento de los parámetros de calidad mínima establecidos por CONATEL; (ordinal 10º)

X) Derecho a conocer las causas por las cuales se limita el uso del servicio de telecomunicaciones:

Quando se trate de la suspensión del servicio, sea cual sea el motivo, como reparaciones o modificaciones, restricción o eliminación de los servicios, así como de las causas de tales medidas, el usuario tiene derecho a que se le haga conocer previamente y en forma adecuada. Igualmente,

tiene derecho a que se le haga conocer la existencia de averías en los sistemas de telecomunicaciones que los afecten, el tiempo estimado para su reparación y reclamar por la demora injustificada en la reparación de las averías; (ordinal 12º)

XI) Derecho a los servicios en el idioma oficial de la república: consiste en la facultad de acceso a la información en idioma castellano relativo al uso adecuado de los servicios de telecomunicaciones y, al manejo, instalación y mantenimiento de equipos terminales, así como las facilidades adicionales que éstos brinden; (ordinal 13º)

XII) Derecho a la protección contra anomalías o abusos cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en la Ley; por supuesto para que sea efectivo este derecho la protección debe ser adecuada y oportuna. (ordinal 14º)

XIII) Derecho a un servicio de información precisa, cierta y gratuita sobre las tarifas vigentes de los servicios: además esta información debe ser consultable desde el equipo terminal empleado por el usuario, con el objeto de permitir un correcto aprovechamiento y favorecer la libertad de elección; (ordinal 15º)

2. Deberes de los Usuarios;

En su condición de usuario de un servicio de telecomunicaciones, según el artículo 13 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, toda persona tiene el deber de:

I) Pagar oportunamente: como contraprestación de los servicios prestado por cualquier empresa de telecomunicación, al usuario le corresponde efectuar el pago oportuno de los cargos por los servicios recibidos, de conformidad con los precios o tarifas preestablecidos que correspondan.

II) Deber de informar: Para que el prestador de servicios pueda cumplir con su obligación, el usuario debe informarle en caso de cualquier interrupción, deficiencia o daño ocurrido en el sistema, una vez que tenga conocimiento del hecho.

III) Deber de no alterar los equipos: El usuario no debe alterar los equipos terminales que posea, aunque sean de su propiedad, cuando a consecuencia de ello puedan causar daños o interferencias que degraden la calidad del servicio de acuerdo a estándares establecidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o con el objeto de producir la evasión del pago de las tarifas o precios que corresponda; pues en este caso se estaría incurriendo en un ilícito penal.

Asimismo, debe respetar los derechos de propiedad y uso de otras personas relativos a elementos vinculados a las telecomunicaciones.

IV) Deber de colaborar:

El usuario debe prestar toda la colaboración posible a los funcionarios de CONATEL, cuando éstos se las requieran en el cumplimiento de sus funciones;

Esto también exige el deber de informar a CONATEL sobre hechos que puedan ir en contra de las previsiones de la ley;

C. Derechos y Deberes de los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones

Según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el Capítulo II, se encuentran previstos los derechos y deberes de los operadores de servicios de telecomunicaciones, en los artículos 14 y 15.

1. Derechos de los operadores de servicios de telecomunicaciones debidamente acreditados (artículo 14):

I) Derecho al uso y protección de sus redes e instalaciones empleadas en la prestación del servicio de telecomunicaciones; (Ordinal 1º)

II) Derecho a la habilitación administrativa: están facultado para participar, con el carácter de oferentes, en procesos de selección para la obtención de la habilitación administrativa o concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, con las limitaciones derivadas de esta

Ley y sus reglamentos, de los planes de Telecomunicaciones o del mantenimiento de la competencia, según las decisiones o recomendaciones que al efecto pueda dictar la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Los participantes en estos procesos lo harán en igualdad de condiciones. (Ordinal 2º)

III) Derecho a solicitar y recibir información oportuna sobre planes, programas, instructivos y demás disposiciones de carácter normativo, así como las de carácter individual en la que estén interesados, que emita la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. (Ordinal 3º)

IV) Derecho a participar en los procesos de consulta que adelante el Ejecutivo Nacional, en materia de telecomunicaciones, en la forma y condiciones que se establezcan mediante reglamento. (Ordinal 4º)

2. Deberes de los operadores de servicios de telecomunicaciones debidamente acreditados (artículo 15):

Los operadores de servicios de telecomunicaciones, debidamente acreditados, tienen los deberes siguientes:

I) Deber de respeto al usuario: tienen que guardar respeto hacia los derechos de los usuarios establecidos en la Constitución y en la ley, a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato

equitativo y digno. (Ordinal 1º)

II) Servicio de calidad: Respetar las condiciones de calidad mínimas establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la prestación de sus servicios, de conformidad con los reglamentos de esta Ley; (Ordinal 2º)

III) Deberes de la concesión: cumplir con las obligaciones previstas en la habilitación administrativa correspondiente; (Ordinal 3º)

IV) Deber de conducirse bajo esquemas de competencia leal y libre, de conformidad con la ley; (Ordinal 4º)

V) Deber de Publicación de precios: los operadores deben publicar los precios máximos de los servicios que prestan a los usuarios, con por lo menos quince días continuos de antelación a su entrada en vigencia, en diarios que tengan mayor circulación en el área geográfica en la que actúan o, en su defecto, en diarios de circulación nacional, así como notificar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de este mismo plazo, los precios máximos de los servicios antes señalados. (Ordinal 5º)

VI) Cumplir las decisiones de CONATEL.(Ordinal 6º)

VII) Pago de los tributos: deben efectuar el pago oportuno de los tributos legalmente establecidos; (Ordinal 7º)

VIII) Apoyo a los planes de gobierno: Contribuir a la realización de los planes nacionales de telecomunicaciones, en la forma que determine el reglamento respectivo; (Ordinal 8º)

IX) Apoyo al gobierno en caso de estados de excepción: se exige el cumplimiento de obligaciones de asistencia, prestación de servicios, suministro y provisión de bienes y recursos, y con todas aquellas obligaciones que se establezcan en la normativa aplicable a los servicios de telecomunicaciones en estados de excepción, y en los planes para estados de excepción que al efecto se formulen. (Ordinal 10º)

X) Deber de presentar los estados financieros: Presentar sus estados financieros atendiendo a las particularidades del plan único de cuentas que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la ley y los reglamentos. (Ordinal 11º)

CAPÍTULO IV
REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

A. Presunción de buen derecho (*fumus boni iuris*)

De acuerdo con Canova (citado por Torrealba, 2006) la presunción de buen derecho se define como “la indagación que hace el juez sobre la probabilidad cualificada, sobre la apariencia cierta, de que el derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar en la realidad exista y que, en consecuencia, será efectivamente reconocido en la sentencia final” (p.227). En efecto, este requisito de apariencia de buen derecho, sólo es presumible antes de que termine el juicio, por lo tanto, para que proceda la medida cautelar la argumentación del derecho debe ir conjuntamente de una prueba razonable de la pretensión interpuesta, y es deber del órgano jurisdiccional verificar los motivos de su procedencia.

En cuanto a la presunción de buen derecho que emerja de la situación (*fumus boni iuris*) este es uno de los presupuestos o condiciones que se debe exigir para el otorgamiento de las medidas cauteles administrativas establecidas en el procedimiento sancionatorio de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En este sentido señala Calamandrei (1996, 77) Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia de derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil... basta que, según el cálculo de probabilidades se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar.

B. Daño irreparable (*periculum in mora*)

En cuanto al daño irreparable o de difícil reparación (*periculum in mora*) se refiere, según Torrealba (2006) “al peligro de daño que teme el solicitante de que no se satisfaga su derecho o que éste resulte infructuoso como consecuencia del tiempo que deberá esperar para obtener la tutela judicial definitiva” (p.227). Si observamos la normativa nacional y comparada y la jurisprudencia de la misma el daño irreparable o de difícil relación es una constante en los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares y la suspensión de efectos.

Se considera inclusive, que podría extenderse la aplicación de las medidas cautelares administrativas a otros procedimientos fuera de los sancionatorios, tema por demás interesante e innovador.

Llobergat (1998, citado por Urdaneta, 2004, 239) lo define como la

posibilidad de que la irremediable duración del procedimiento provoque situaciones dañosas para la Administración o los intereses generales, hasta el extremo de frustrar la efectividad del contenido de la resolución final.

En este sentido, Ortiz (1999, 358) presenta al *periculum in mora* como uno de los presupuestos fundamentales de procedencia de la técnica de suspensión de efectos y de las otras medidas cautelares en el contencioso administrativo.

Puede suceder, que dentro de un procedimiento administrativo se pueda perjudicar o continuar perjudicando, no sólo la eficacia de la resolución, el interés público, el cual no admite demoras para mantenerlo, por lo que pueden dictarse medidas provisionales que tutelen, y en tal sentido no podría hablarse de *periculum in mora* vinculado a la eficacia de un procedimiento administrativo determinado, sino del *periculum in mora* vinculado a la tutela de un interés sustancial para la actividad de la Administración Pública, como lo es el interés público.

El tratadista Rúan (1998, 118-119) propone límites a las medidas administrativas algunos límites generales y otros especiales: dentro de los generales plantea que todas las medidas cautelares deben someterse a la supremacía de la Constitución y adicionalmente a las leyes, debiendo respetar particularmente los derechos constitucionales de los ciudadanos la supremacía de la ley, la reserva legal y las competencias exclusivas del

Poder Judicial.

De allí la importancia de determinar cual es la tesis a aplicar al momento de determinar la procedencia de las medidas cautelares en un procedimiento administrativo, pues los errores causados por la mala interpretación de los conceptos fundamentales de ellas, podrían llegar a concebir causales de impugnación de las mismas e incluso a causar daños que en oportunidades pudieren ser irreversibles.

Urdaneta, (2004, 239 - 247), argumenta que sirviendo las medidas cautelares administrativas a la protección provisional de los intereses públicos generales, más que la perspectiva garantista del presunto infractor, es imprescindible que existan indicios racionales suficientes sobre la comisión de una infracción sobre la cual se pueda justificar la adopción de la medida, y ésta debe responder a unos fines . Puede suceder que durante un procedimiento administrativo, se pueda perjudicar o continuar perjudicando la eficacia de la resolución o el interés público, por lo que se pueden dictar medidas provisionalísimas que lo tutelen, casos en los cuales podría hablarse de *periculum in mora* vinculado a la tutela de un interés sustancial para la actividad administrativa como lo es el interés público.

Respecto al *fumus boni iuris*, la doctrina venezolana considera que esta expresión es incorrecta en el campo del derecho administrativo sancionador, pues no hay la alegación de derechos cuya certeza amerita la aplicación de

la medida, se trata de la presunción del hecho ilícito investigado.

En este sentido es forzoso, ratificar que las medidas cautelares contenidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, artículo 182, son de procedencia excepcional y por ende de interpretación restrictiva, dado que pueden conllevar a la violación del derecho a la defensa al presunto infractor, y en consecuencia, sólo procede dictarlas en el auto de apertura del procedimiento y con fundamento en alguno de los supuestos expresamente previstos en la ley.

C. Criterio de Tribunal Supremo de Justicia

El Criterio pacífico que sostienen actualmente la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, Sentencia Nro. 1433. de fecha 11 de noviembre de 2008. Sala Político Administrativa. Ponencia de la Magistrado Yolanda Jaimes Guerrero, Caso es el que a continuación se señala:

En tal sentido, es criterio de esta Sala Político-Administrativa que la suspensión de efectos constituye una excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos cuyo fin es evitar que se produzcan lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse la decisión definitiva, lo cual representaría un menoscabo al derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

De este modo, la decisión del Juez debe fundamentarse no sobre simples alegatos de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación de los hechos concretos de los cuales se desprenda la presunción de un posible perjuicio real y procesal para la accionante.

A tal efecto, la medida de suspensión de efectos procede ante la concurrencia de determinados requisitos, esto es, que haya una presunción grave del buen derecho del recurrente (fumus boni iuris) y, adicionalmente, que la medida sea necesaria para garantizar las resultas del juicio, es decir, para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora).

En efecto, el fumus boni iuris se erige como el fundamento de la protección cautelar, dado que en definitiva sólo a la parte que tiene la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que sean producidos por la contraparte o que deriven de la tardanza del proceso; mientras que el periculum in mora es requerido como supuesto de procedencia en cada caso concreto.

De igual manera el criterio del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil. Ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez. *Sentencia N° 201*, de fecha 31/07/2001, en relación a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares es el siguiente:

Tres son las condiciones que exige la Ley para la procedencia de la medida preventiva de embargo, prohibición de enajenar y gravar y el secuestro de bienes muebles, que son: **a) La existencia de un juicio, b) el Fumus Boni Juris y c) Fumus Periculum in Mora.-**

En relación con el primer punto, la ley exige que exista un juicio pendiente (pendente litis) para la procedencia del decreto de medida preventiva. Esta condición permite distinguir las medidas cautelares de los derechos o garantías cautelares (hipoteca, prenda etc.). En cuanto a la segunda condición, el Fumus Boni iuris, (presunción grave del derecho que se reclama), radica en la necesidad de que se pueda presumir que el contenido de la sentencia se reconocerá, o lo que es lo mismo, que la garantía de la medida precautelar cumplirá su función asegurando el resultado de la ejecución forzosa. Y en relación con la tercera condición del PERICULUM IN MORA (el peligro en la mora) que se manifiesta

cuando exista un riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba, que constituya presunción grave del derecho que se reclama. El peligro en la mora tiene dos causas: Una constante y notoria que no necesita ser probada, que consiste en la tardanza en el resultado del proceso; y la otra que es los hechos del demandado durante el proceso, por lo cual puede burlar o desmejorar la eficacia de la sentencia.

Es decir, que otorgamiento de las medidas cautelares esta supeditado al cumplimiento de una serie de condiciones o requisitos que como regla general, a saber:

- La presunción de buen derecho que emerja de la situación (*fumus boni iuris*).
- La posibilidad de perjuicios graves que para los operadores y usuarios, así como para el presunto infractor supone la adopción de la medida (*periculum in mora*).
- La ponderación de los daños y perjuicios entre unos y otros sujetos (razonabilidad y proporcionalidad de la medida).

Ahora bien, el criterio del Tribunal Supremo cambia con respecto a la interpretación de los requisitos, en el caso en el que Corpomedios G.V. Inversiones C.A. (Globovisión), con fundamento en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (artículo 205), la cual establece que “la interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando

así lo solicite expresamente el actor en su recurso.” Igualmente la norma prevé que “sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales.”

De tal manera, que se interpone recurso de nulidad contra el acto administrativo contenido en la Providencia N° PADS-358, de fecha 05 de diciembre de 2003, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) , mediante el cual, fundamentándose en lo establecido en el numeral 1 del artículo 166, numeral 1 del artículo 173 y 175 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se ordenó la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio y se sancionó a Globovisión con multa de treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.), equivalente a Quinientos Ochenta y Dos Millones de Bolívares (Bs. 582.000.000,00), o a Quinientos Ochenta y Dos Mil Bolívares Fuertes (Bs.F. 582. 000,00) y con el comiso de los equipos utilizados para cometer la infracción, así como con el cese de las actividades infractoras.

Pues bien, según la Sentencia N° 06292, de fecha veintitrés de noviembre de 2005, emanada de la Sala Político Administrativa, en ponencia de la Magistrada Evelyn Marrero Ortiz, Globovisión alega:

(...) Nulidad absoluta del Acto por estar viciado de desviación de poder al perseguir fines distintos a los previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...).

(...) Del principio de presunción de inocencia y de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos sancionatorios (...).

(...) Solicitud de suspensión de efectos del Acto (...).

Por lo tanto, Globovisión solicita **medida cautelar de suspensión de efectos**, de conformidad con lo establecido en el artículo 136 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (actualmente aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela), en concordancia con lo establecido en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Sobre el anterior particular, la Sala Político Administrativa sentencia:

Del análisis de la norma transcrita se desprende, que los requisitos para la procedencia de la suspensión de los efectos de los actos contentivos de penas pecuniarias (multas) impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), **difieren de los examinados normalmente para acordar la suspensión típica de los actos administrativos de efectos particulares** (*periculum in mora y fumus boni iuris*), principalmente porque la norma expresamente consagra un supuesto de suspensión **condicionado a que así lo solicite expresamente el interesado** y, asimismo, que, concurren los siguientes extremos:

- Que se trate de acciones contencioso administrativas.
- Que se interpongan contra actos contentivos de multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Ahora bien, con respecto a la interpretación de la referida norma debe esta Sala realizar algunas consideraciones en cuanto a la suspensión que en ella se consagra, para lo cual observa:

Como se señaló anteriormente, la jurisprudencia reiterada de esta Sala en materia de medidas cautelares ha exigido la necesaria

presencia de dos condiciones fundamentales para su procedencia, a saber, ***fumus boni iuris y periculum in mora***.

La exigencia de dichos requisitos previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, se ha extendido a todas las medidas cautelares en el contencioso administrativo y están referidos como antes se indicó, en primer lugar, a la apariencia de buen derecho que reclama en el fondo del proceso el solicitante de la medida cautelar y, en segundo lugar, a la existencia del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

Es decir, que las condiciones relativas al *fumus boni iuris y periculum in mora* deben ser constatadas en el expediente, a fin de que el juez de la causa pueda apreciarlas, valorarlas y convencerse de la satisfacción de tales extremos para que, en consecuencia, acceda al otorgamiento de la protección cautelar. Pero continua la sentencia diciendo:

De igual forma, ha señalado esta Sala que para la procedencia de Efectuadas las anteriores consideraciones, en el caso particular del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esta Sala, en reciente Sentencia N° 06101 publicada en fecha 19 de noviembre de 2005, recaída en el caso Telcel, C.A., Vs. CONATEL, emitió pronunciamiento al respecto y, en tal sentido, ahora ratifica que permitir la suspensión de las Providencias Administrativas que se dicten en materia de Telecomunicaciones, cuando dicha actividad es considerada de interés general (tal como lo establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), podría contravenir derechos constitucionales fundamentales, tales como, el derecho a la defensa de los interesados que, en principio, pudieran haberse favorecido con la decisión administrativa, y, además, la tutela judicial efectiva, que obliga a los jueces a administrar justicia de la forma más justa y respetando los principios de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cuya excepción sólo

debe aplicarse cuando estén presentes los requisitos para que se otorgue una medida cautelar y, en consecuencia, se puedan suspender sus efectos.

En armonía con lo expuesto y analizando la norma contenida en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, aprecia esta Sala que la suspensión en cuestión constituye una violación al derecho a la defensa de los interesados que puedan verse afectados por dicha medida, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que dada la naturaleza de las medidas cautelares se requiere que éstas se dicten con la convicción de que existe una presunción de buen derecho a favor del recurrente y que la no suspensión de los efectos del acto puede, ciertamente, causar un gravamen irreparable al actor.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo, en atención al marco del Estado de Derecho y de Justicia que propugna nuestro Ordenamiento Constitucional vigente, considera que:

...el legislador debió contemplar -al igual que en el resto del sistema cautelar-, que para la procedencia de la medida prevista en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones debían cumplirse con los dos extremos usualmente exigidos en esta materia.

Advertida como ha sido, una vez más, la limitación al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva derivada de la aplicación del referido artículo 205, debe destacar esta Sala la consagración que existe del control difuso de la constitucionalidad de normas, el cual permite desaplicar en el caso concreto una norma legal o sub-legal que colida con alguna disposición o principio Constitucional, en la forma siguiente:

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así:

“Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están, en la obligación de asegurar la

integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”.

En el Código de Procedimiento Civil, en estos términos:

“Artículo 20. Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.”.

Por lo tanto, según las normas antes citadas, resalta el hecho del mecanismo de control basado en la supremacía constitucional, respecto de todas las otras normas de rango distinto que conforman el ordenamiento jurídico venezolano, y opera cuando el juez frente a un caso concreto sometido a su conocimiento, advierte que la norma de rango legal o sub-legal relacionada con la resolución del asunto, contraría directamente una norma constitucional.

CONCLUSIONES

A. Conclusiones

Las medidas cautelares, son acciones de carácter preventivo, toda vez que garantizan con certeza a las partes o a terceros la ejecución del fallo judicial.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejercita su potestad sancionatoria atendiendo a los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad artículo 176.

El artículo 182 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, faculta a La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para dictar las medidas cautelares en el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios, y dispone que en caso de ser dictadas se debe realizar una ponderación de intereses entre los perjuicios que pudiesen sufrir los operadores y usuarios por la conducta desplegada por el presunto infractor y los perjuicios que sufriría el presunto infractor con la adopción de dichas medidas.

Todas las medidas cautelares tienen como función natural prevenir que se cause un daño, o evitar que se siga causando, en razón del retardo en la resolución definitiva de la controversia. En tal sentido, las medidas cautelares son el instrumento que se emplea dentro de un proceso para evitar el peligro

de que la justicia pierda mientras se tramita el proceso, su eficacia, permitiendo de esta manera que el daño anunciado por la parte afectada se cause o se prolongue.

Ahora bien, las medidas cautelares se dictan en el curso del proceso, una vez que son verificados por el juzgador los fundamentos esenciales para su procedencia, entiéndase el *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora* y la ponderación de intereses, no obstante dentro de la clasificación de las cautelares, existen las denominadas, medidas cautelares con carácter provisionalísimo, que son aquellas que se dictan con la admisión de la demanda o en el acto de apertura del procedimiento, sin que se realice la valoración de los requisitos de procedencia previamente enunciados.

En las medidas cautelares con carácter provisionalísimo, que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones artículo 183 parágrafo único, por mandato expreso de la ley, la Comisión puede dictar las medidas cautelares al inicio del proceso, no en el curso del mismo, en cuyo caso la valoración de los elementos de procedencia de las medidas son diferidas, para una oportunidad procesal distinta a la de apertura del procedimiento o admisión de la demanda.

Lo anterior se justifica en virtud de la importancia de los bienes jurídicamente tutelados por la Ley que dispone la aplicación de las medidas

cautelares con carácter provisionalísimo, debe existir una situación de riesgo que justifique que las medidas provisionalísimas son procedentes.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prevé expresamente en el artículo 183...las medidas a que se refiere este artículo podrán ser dictadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con carácter provisionalísimo, en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio sin cumplir con los extremos a que se refiere el artículo 182 de esta Ley, cuando razones de urgencia así lo ameriten. Ejecutada la medida provisionalísima, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá pronunciarse sobre su carácter cautelar, confirmando, modificando o revocando la medida adoptada, en atención a lo dispuesto en los artículos 182 y siguientes de esta Ley.

Cuando se impute al infractor la explotación o prestación de un servicio sin la habilitación administrativa o concesión correspondiente, se podrán acordar las medidas provisionalísimas en el auto de apertura del procedimiento.

Se desprende del contenido del artículo, que la ley prevé expresamente que el ente regulador de las telecomunicaciones podrá adoptar las medidas cautelares con carácter provisionalísimo, en el acto de apertura de los procedimientos administrativos sancionatorios, en los casos en que se

impute al infractor la explotación de un servicio de telecomunicaciones sin contar con la debida habilitación administrativa y concesión, prescindiendo de los extremos del artículo 182 de la LOTEL, es decir, prescindiendo de la valoración de los elementos de procedencia de las medidas, la cual se realizará una vez ejecutada la medida provisionalísima que haya sido acordada.

En cuanto a la ponderación de intereses que debe realizar La Comisión, para adoptar las medidas cautelares, sostiene ésta Comisión que la ponderación de intereses, es uno de los requisitos de procedencia que ha establecido la doctrina y la jurisprudencia para la adopción de medidas cautelares, junto con la presunción de buen derecho y el peligro en la demora.

Ahora bien, el artículo 182 de la LOTEL establece como requisito para que CONATEL dicte las medidas cautelares que se realice la ponderación de intereses referida, sin embargo el hecho de que un particular haga uso del espectro radioeléctrico sin contar con la habilitación administrativa y concesión que se requiere para ello, fue considerado por el legislador una conducta tan grave y dañosa del bien jurídico tutelado, que facultó a CONATEL, para que en caso de presumir esa conducta, dictará las medidas cautelares en el acto de apertura del procedimiento, otorgándoles a las medidas la condición de provisionalísimas, conforme a lo establecido en el artículo 183 de la LOTEL.

En tal sentido, la ponderación de intereses y la verificación de la presunción del buen derecho y del peligro en la demora, en el caso de las medidas cautelares con carácter provisionalísimo fueron diferidos por voluntad de legislador, al momento de la decisión de la incidencia cautelar que es la oportunidad procesal en que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, se pronuncia al respecto confirmando, negando o modificando las medidas cautelares con carácter provisionalísimo acordadas en el acto de apertura del procedimiento.

Se observan que como principales derechos de los usuarios de las telecomunicaciones figuran la privacidad e inviolabilidad de sus comunicaciones, salvo los casos que expresamente autoriza la Constitución o que, por su naturaleza, se consideren públicas, la facturación oportuna y detallada de los cargos por los servicios de telecomunicaciones que recibe, disponer de un servicio gratuito de llamadas de emergencia, a recibir la compensación o reintegro por la interrupción de los servicios de telecomunicaciones que reciba, que se atiendan a la brevedad las solicitudes, quejas o reclamos derivados de la prestación del servicio, que se le haga conocer previamente de cualquier suspensión, restricción o eliminación del servicio y sus causas, así como de las averías que se produzcan en los sistemas

Principales deberes de los usuarios de las telecomunicaciones están el pago oportuno de los cargos por los servicios de telecomunicación recibidos,

informar al prestador del servicio sobre cualquier anomalía en el funcionamiento del mismo y no alterar los equipos terminales que posea, aunque sean de su propiedad, cuando tal alteración implique daños o interferencias en la prestación del servicio.

Dentro de los principales derechos de los operadores de servicios de telecomunicaciones, se ubican el uso y protección de sus redes e instalaciones empleadas en la prestación del servicio, participar como oferentes en los procesos de selección para el uso y explotación del espectro radioeléctrico en los términos de la ley y los reglamentos.

Igualmente, los deberes más importantes de los operadores de servicios de telecomunicaciones que son exigido por la Ley, están respetar los derechos de los usuarios a una información adecuada y no engañosa sobre los servicios que prestan, respetar las condiciones de calidad mínimas exigidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en la prestación de los servicios y actuar bajo esquemas de competencia libre y leal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Calamadrei, P (1996) *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Librería El Foro. Argentina.
- Chinchilla, C (1991) *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense Madrid. Editorial Civitas.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.453 (Extraordinaria), marzo 24 de 2000.
- Corredor, D. (2001) *La Reforma del Estado, la redefinición de la función constitucional y el sistema de justicia*. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Declaración Universal de los Derechos humanos. *Asamblea General de las Naciones Unidas: Resolución 217 A*, de Diciembre 10, 1948.
- Diccionario Jurídico Venezolano*. Tomo II. Venezuela. Líder Editores. 2000.
- Garrido, F (2002) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Madrid: Tecnos.
- Henríquez La Roche, R. (1998). *Medidas cautelares según el nuevo Código de Procedimiento Civil*. (3^a. ed.). Maracaibo, Zulia. Centro de Estudios Jurídicos.
- Hernández–Mendible V. (1998) *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. (2004). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 38.081, Diciembre 07 de 2004.
- Ley Sobre El Estatuto de la Función Pública. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N^o 37.522, del 06 de Septiembre de 2002.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.818 (Extraordinaria), Julio 01 de 1981.

- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (2000). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 36.970, Junio 12 de 2000.
- Ortiz-Álvarez, L. (1999) *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*. (Colección tratados y estudios de Derecho Comparado). Caracas: Editorial Shewood.
- Ortiz-Ortiz, Rafael (1999). *Las Medidas Cautelares Innominadas. Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional*. Tomo I, Caracas, Paredes Editores.
- Peña-Solís, J. (2005) *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*. (Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremos de Justicia N° 10). Caracas: Editorial Texto.
- Rengel Romberg, A. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo VI. De los Procedimientos Especiales, Caracas. Editorial Altholito, C.A.,
- Rondón, H. (2005) *La Actividad Administrativa y el Régimen de Sanciones Administrativas en el Derecho Venezolano*. (II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la Actividad Administrativa). Caracas: Funeda
- Ruan Santos, G. (1998) *El principio de la legalidad, la discrecional y las medidas*. Caracas: Funeda.
- Torrealba S., M (2006). *Manual Contencioso-Administrativo*. Parte General. Caracas: Editorial Texto, C.A.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez. *Sentencia N° 201*, de fecha 31/07/2001. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-0201-310701-00367-00486.htm> [Consulta: 2008, marzo, 02].
- Urdaneta, C. (2004) *Las Medidas Cautelares y Provisionalísimas en el Derecho Administrativo Formal Venezuela con especial referencia al régimen sancionador de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. Caracas: Funeda.