

DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL TACHIRA

4/2004

Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado



Universidad Católica del Táchira
San Cristóbal - Venezuela

Derecho y Tecnología

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías
Editada por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas
Universidad Católica del Táchira

Editor-Director

Mariliana Rico Carrillo

Consejo de Redacción

Rafael ILLESCAS ORTÍZ (Universidad Carlos III de Madrid); Isabel RAMOS HERRANZ (Universidad Carlos III de Madrid); Leopoldo BRANDT GRATEROL (Universidad Católica Andrés Bello); Antonio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid); José Ovidio SALGUEIRO (Universidad Católica Andrés Bello); Miguel ARRIETA ZINGUER (Universidad Católica del Táchira); Fernando MARTÍN COBISA (Ministerio de Ciencia y Tecnología de España); Fernando MARESCA (Universidad de Buenos Aires); Apolonia MARTÍNEZ NADAL (Universidad de las Islas Baleares); María PÉREZ PEREIRA (Universidad Carlos III de Madrid). Emilio SUÑÉ (Universidad Complutense de Madrid). José Luis BARZALLO (Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador).

Diseño Gráfico

Nina Gabriela Vásquez

Montaje

Edy Marleni Lozano

Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209

ISSN: 1317-9306

Periodicidad: Semestral

Revista Derecho y Tecnología

Número 5

Julio / Diciembre 2004

Dirección:

Carrera 14 con calle 14
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela

Teléfonos:

(58) (0276) 344.75.72 -90.83

Fax:

(058) (0276) 344.61.83

E-mail:

derechoytecnologia@ucat.edu.ve
mrico@ucat.edu.ve

Distribución:

Universidad Católica
del Táchira
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela



ÍNDICE

Artículos

Javier CREMADES y Javier SANMARTIN: La nueva Ley General de Telecomunicaciones	7
Alejandro M. GARRO, Pilar PERALES VISCASILLAS y María PÉREZ PEREIRA: Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC)	17
Zulay MACHTA CHENDI: El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones	41
Antonio SANTANDER RENGIFO: Una nueva vieja propuesta: la oferta al público por internet bajo la lupa de la Doctrina del Derecho Civil	81
Manuel ALBA FERNÁNDEZ: El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa	121
Carlos REUSSER MONSÁLVEZ: Las Bases de Datos de Perfiles de ADN y su (des) Protección en Europa	147

Legislación

España	
Ley 32/2003, de 3 denoviembre, General de Telecomunicaciones	161

Venezuela	
Resolución N° 400 de fecha 20 de febrero de 2004, Normas para el Registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones	253
Resolución N° 401 de fecha 20 de febrero de 2004, Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones	257
Resolución N° 408 de fecha 9 de marzo de 2004, Condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados ...	263

Jurisprudencia

Miguel ARRIETA ZINGÜER: la gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano	269
Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03 de agosto de 2004	277

Recensión

María PÉREZ PEREIRA: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada	309
• RAMOS HERRANZ, Isabel: <i>Marcas versus nombres de dominio en Internet</i> , Iustel, Madrid, 2004, págs. 351	309
Índice acumulado	311

DOCTRINA

España: la nueva Ley General de Telecomunicaciones

Javier Cremades*
Javier Sanmartin**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Régimen de títulos habilitantes. 3. Competencia. 4. Acceso, interconexión y numeración. 5. Servicio público. 6. Derechos de los operadores a la ocupación de la propiedad pública y privada. 7. Derechos de los consumidores y usuarios finales. 8. Autoridades nacionales de reglamentación. 9. Tasas. 10. Infracciones y régimen sancionador. 11. Dominio público radioeléctrico. 12. Otras novedades.

Resumen

En diciembre de 2003 entró en vigor en España la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones. La finalidad de la nueva Ley es profundizar en las medidas aperturistas implantadas en el sector y afianzar la progresiva liberalización que las telecomunicaciones han experimentado en los últimos años en el Estado español. El presente artículo contiene un breve análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 32/2003 en las materias más importantes.

Palabras clave: Telecomunicaciones. Liberalización. Apertura.

Abstract

In December 2003, the General Law of Telecommunications (32/2003) was enforced in Spain. The goal of the new law is to deepen in the open-market measures adopted by the sector and strengthen the progressive liberalization that telecommunication has experienced in the last few year in the Spanish State. This article contains a brief analysis of the main innovations introduced by Law 32/2003 in the most important matters.

Keywords: Telecommunications. Liberalization. Openness.

Recibido: 18/07/2004 • Aceptado: 12/08/2004

* Abogado. Socio del Despacho Cremades & Calvo-Sotelo.

** Abogado del Despacho Cremades & Calvo – Sotelo

1. Introducción

Con la entrada en vigor de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones se da un paso más en el proceso liberalizador del sector iniciado con la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. Pese a que la anterior ley contribuyó de manera decisiva a este proceso, el grado de competencia alcanzado en el sector ha hecho necesaria una nueva ley que de respuesta a los problemas que en estos momentos se plantean al sector y que, sin duda, son bien diferentes a los que afrontó la Ley 11/1998 en el momento de su aprobación.

La finalidad de la nueva Ley es profundizar en las medidas aperturistas implantadas en el sector y afianzar la progresiva liberalización que las telecomunicaciones han experimentado en los últimos años en nuestro país. Además, con esta Ley se ha introducido en el ordenamiento español el paquete de directivas aprobado por la Unión Europea en marzo de 2002 (Paquete Telecom).

En líneas generales, la nueva norma aportará una mayor estabilidad y flexibilidad a los operadores y a su vez aumentará la protección de los derechos de los usuarios. En su elaboración es destacable la constante remisión a futuros desarrollos reglamentarios, lo que hace de ella una norma más simplificada que la anterior.

Comparando a grandes rasgos la nueva Ley con la Ley 11/1998, observamos que la primera goza de un carácter claramente menos intervencionista que la segunda, lo cual es reflejo de la diferente situación del mercado de la que partían una y otra, fruto de la evolución del proceso de liberalización del sector.

A continuación haremos un breve análisis de las principales novedades introducidas por la nueva Ley en las materias más importantes.

2. Régimen de títulos habilitantes

La novedad más importante de entre las muchas que introduce la nueva Ley es la supresión del régimen de títulos habilitantes que estableció la derogada Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones, lo que supone acabar con la rigidez del anterior sistema de licencias y autorizaciones, que desaparece, con la consiguiente simplificación de los trámites administrativos.

Sin duda se trata de un cambio sustancial en la concepción de la prestación de servicios de comunicaciones, al pasarse de una regulación en donde los operadores necesitaban de una autorización administrativa para poder prestar dichos servicios, a una regulación donde todos los operadores están habilitados previamente para poder prestar dichos servicios, limitándose la Administración a controlar el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Así, tan sólo se establece la necesidad de comunicar el inicio de dicha actividad a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), previamente al comienzo de la prestación del servicio o del establecimiento de la red.

Sin embargo, ello no conlleva la supresión de las obligaciones que deberán asumir los operadores, manteniéndose las obligaciones previstas en las normas

de desarrollo de la antigua ley hasta la aprobación de los reglamentos de desarrollo de la nueva normativa.

También se prevé la creación de un único registro de operadores dependiente de la CMT. En el mismo, que será objeto de regulación reglamentaria, además de los datos de los operadores que hayan notificado el inicio de su actividad, se inscribirán las condiciones que deberán cumplir en el desarrollo de la misma, y sus posteriores modificaciones.

Por lo que se refiere a los títulos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, en la Disposición Transitoria Primera se establece la extinción automática de los mismos, aunque ello no supondrá la extinción de otros títulos que estuvieren vinculados a ellos, como pueden ser los referentes al uso del dominio público radioeléctrico, a la numeración, o a la ocupación de la propiedad pública o privada, que se mantendrán vigentes.

3. Competencia

En materia de control de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones también se han introducido importantes cambios con respecto a la normativa anterior. La razón de estos cambios la encontramos en la transposición del paquete de directivas comunitarias sobre el sector de las telecomunicaciones aprobadas en el año 2002.

Se establece que la CMT tendrá competencia para determinar los mercados referencia, debiendo tener en cuenta para ello las directrices de la Comisión Europea y la Recomendación de mercados relevantes. En ellos se deberán incluir los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos.

En este sentido, a la espera de que la CMT determine dichos mercados, señalamos a modo orientativo que la Recomendación de la CEE de 11 de febrero de 2003 C(2003) 497 distingue dos grandes grupos a la hora de determinar los mercados relevantes:

Un primer grupo lo conforma los mercados de referencia a nivel minorista, en el cual se llegan a incluir hasta seis tipos diferentes de mercados, que son:

- a. Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales.
- b. Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales.
- c. Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales.
- d. Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales.
- f. Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales.

g. El conjunto mínimo de líneas arrendadas (que incluye los tipos especificados de líneas arrendadas hasta 2 mb/s inclusive, según lo indicado en el artículo 18 y en el anexo vii de la directiva de servicio universal).

El segundo gran grupo lo conformarían los mercados de referencia a nivel mayorista, donde la lista de mercados es mucho más amplia llegándose a incluir hasta once mercados de referencia, que son:

- a. Origen de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija.
- b. Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija.
- c. servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija.
- d. acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales.
- e. acceso de banda ancha al por mayor.
- f. Segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.
- g. Segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor.
- h. Acceso y origen de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil.
- i. Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales.
- j. El mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil.
- k. Servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos.

Por otra parte, se establece que la CMT deberá analizar dichos mercados teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Unión Europea como mínimo cada dos años. La finalidad de dicho análisis será determinar si los distintos mercados de referencia se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

Una vez realizados los preceptivos análisis, y en el caso de que en alguno de los mercados de referencia no existiese competencia efectiva, la CMT determinará y hará públicos aquellos operadores que en dicho mercado ostenten un poder significativo en el mismo.

Como podemos observar, el término Operador con Poder Significativo en el Mercado (OPSM), supone una nueva novedad con respecto a la normativa anterior. Así, se sustituye el término de operador dominante establecido en la antigua Ley, por el de OPSM. Este último tiene relación con el concepto de dominancia del Derecho de la Competencia.

Una vez determinado si existen operador u operadores con peso significativo en el mercado de que se trate, la CMT podrá imponer, mantener o modificar obligaciones específicas a tales operadores. Estas obligaciones se basarán en la naturaleza del problema identificado, y en todo caso deberán ser proporcionadas manteniéndose vigentes tan solo durante el tiempo imprescindible para corregir la situación de no competencia efectiva en dicho mercado.

La CMT hará uso de las herramientas del derecho de la competencia, tanto para la determinación de los mercados de referencia, como para la caracterización de los operadores con peso significativo en el mercado.

4. Acceso, interconexión y numeración

Se establece como principio el derecho y la obligación de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas de negociar la interconexión mutua que garantice la prestación de servicios y su interoperabilidad, en contraposición a la antigua Ley, que limitaba la obligación de acceso al operador dominante.

En las negociaciones entre los operadores se establece plena libertad para negociar los acuerdos de interconexión o acceso. La CMT sólo podrá intervenir de oficio o a petición de cualquiera de las partes, con el objeto de garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad del servicio.

En todo caso, las condiciones que se impongan en esta materia serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias. Además, se establece que la CMT podrá imponer a los OPSM obligaciones de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso a recursos específicos y control de precios.

También se produce una variación en el plazo establecido para que la CMT dicte resolución vinculante para las partes, que se reduce de seis a cuatro meses.

En relación con la numeración se confirma el derecho del abonado a la conservación de su número en todo tipo de redes, fijas y móviles, garantizándose la conservación por el abonado, previa solicitud, de los números que les hayan sido asignados y estableciéndose en todo caso que los precios de interconexión que favorezcan la conservación de números estarán orientados a costes.

5. Servicio público

Nuevamente en este punto la Ley se remite a una norma reglamentaria para su desarrollo, que sustituirá al actual Reglamento de Servicio Universal. Mientras no se apruebe esta norma, la Disposición Transitoria Tercera establece que continuará vigente el Reglamento 1736/1998, es decir la norma que desarrolla las previsiones de la ley de 1998.

Como principales novedades introducidas por la nueva Ley en esta materia destaca, en primer lugar, el hecho de que ya no solamente deberán asumir la prestación de dichos servicios aquellos operadores titulares de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y los titulares de redes públicas de telecomunicaciones, para cuya prestación, instalación o explotación se requiera una licencia individual, sino que todos los operadores estarán sujetos al régimen de obligaciones de servicio público.

En segundo lugar, desaparece la categoría de servicio obligatorio, integrándose los servicios que en la antigua ley se establecían bajo dicho concepto en la categoría de otras obligaciones de servicio público.

En la categoría de servicio universal se añaden a los servicios ya incluidos en la antigua Ley, el acceso funcional a Internet. Las guías telefónicas pierden su gratuidad, estableciéndose la obligación de actualizarlas cada año.

Se establece la posibilidad de ofrecer tarifas especiales diferentes a las normales a los consumidores que sean personas físicas, para facilitar a las personas con necesidades sociales especiales el acceso al servicio telefónico disponible al público.

Como novedad, se apunta la posibilidad de establecer reglamentariamente la adopción de medidas para garantizar que los usuarios finales con discapacidad puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de la que disfruta la mayoría de usuarios.

En cuanto a los operadores obligados a prestar dicho servicio, en la Ley se señala que hasta la aprobación del real decreto donde se establecerá el sistema de designación de operadores encargados de garantizar la prestación de estos servicios, Telefónica de España, S.A., seguirá siendo el operador obligado a prestar el servicio universal.

En el futuro real decreto se establecerá un sistema de licitación para la prestación de dicho servicio, debiendo asumir los operadores designados una serie de obligaciones orientadas a la protección de los usuarios y a prestar sus servicios con sujeción, entre otros, a los principios de igualdad, transparencia y no discriminación.

Con relación al coste de la prestación del servicio universal, se prevé que en los casos en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entienda que la prestación del servicio universal pueda suponer una carga excesiva para el operador, se procederá a la financiación del mismo por todos los operadores. Los conceptos claves a la hora de determinar la necesidad de financiación y compensación del servicio universal son el coste neto del servicio y el ahorro neto del servicio, es decir, los gastos en que no incurriría el operador si no tuviese que prestar el servicio. Los procedimientos que han de seguirse en la determinación de ambos se establecerán por vía reglamentaria.

En caso de que se considere necesario compensar, total o parcialmente a la empresa o empresas encargadas del servicio universal, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones será la encargada de determinar las aportaciones que deberá realizar cada operador.

Esta previsto que tales aportaciones se depositen en un Fondo Nacional creado a estos efectos, de modo que se pueda llevar un control de aquellos que realizan las aportaciones. El Fondo distribuirá la compensación a o entre, según el caso, los operadores designados para prestar los servicios incluidos en el universal.

El Fondo será gestionado por la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones, remitiendo la Ley 32/2003 a un Real Decreto en el que se fijará la estructura, organización, mecanismos de control, forma y plazos en que se harán las citadas aportaciones.

6. Derechos de los operadores a la ocupación de la propiedad pública y privada

Como gran novedad destaca el hecho de que se desvincule el derecho de ocupación del dominio público a las obligaciones de servicio público. Así, todos los operadores tendrán derecho a la ocupación del dominio público cuando sea necesario para el establecimiento de una red pública de telecomunicaciones.

Esto supone una gran novedad en relación con lo establecido en la Ley 11/1998, donde se reconocía el derecho a la ocupación pública o privada a aquellos operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones a los que les fuesen exigibles obligaciones de servicio público.

En la nueva ley el requisito para poder ser titular del derecho a la ocupación del dominio público y la propiedad privada es “la necesidad para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate”, y se configura como un concepto jurídico indeterminado que sólo podrá concretarse en el momento de su aplicación. El órgano encargado de determinar cuando será necesaria o no la ocupación de la propiedad para el establecimiento de dicha red será la Administración General del Estado.

En relación con la normativa aplicable, además de la propia sectorial de telecomunicaciones, será de aplicación la normativa específica aplicable a la gestión del dominio público concreto de que se trate, y la regulación dictada por su titular en aspectos relativos a su protección y gestión. Además, también será de aplicación en la ocupación del dominio público y la propiedad privada la normativa específica dictada por las Administraciones públicas con competencias en medio ambiente, salud pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por ocupación del dominio público.

En todo caso, dicha normativa deberá reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, aunque se podrán establecer condiciones al ejercicio de este derecho por razones de protección del medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial.

Por último, en relación con esta materia señalamos que es clara la intención del legislador de decantarse por el uso compartido de las infraestructuras.

7. Derechos de los consumidores y usuarios finales

Se produce una ampliación de los derechos de los consumidores y usuarios finales dejándose para un futuro reglamento la regulación de los mismos, que deberá contener entre otros los siguientes puntos:

- Resolución de controversias
- Normativa de desarrollo para la contratación de servicios. · **D e r e c h o s** concretos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Limitaciones al ejercicio de derechos en determinadas circunstancias.

En relación con la resolución de controversias entre operadores y consumidores se establece la posibilidad de que ambos se sometan al arbitrio de las juntas arbitrales de consumo, aunque este sometimiento se deja a la libre elección de las partes.

Para el supuesto de que no se sometan a dichas juntas, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá por vía reglamentaria un procedimiento para la resolución de los conflictos.

La Ley se remite una vez más a un real decreto para determinar los derechos de los consumidores personas físicas y otros usuarios finales en la contratación de servicios el cual deberá regular, entre otros, la responsabilidad por daños, los derechos de información de los consumidores y usuarios finales, el plazo para modificación de ofertas, el derecho de desconexión de servicios, el derecho de compensación, el derecho a celebrar contratos (contenido mínimo) y la resolución anticipada y penalización.

La mencionada norma también desarrollará los derechos específicos que la Ley reconoce a los abonados y que son:

- a) Al anonimato o cancelación de datos de tráfico cuando ya no sean necesarios para la transmisión de una comunicación.
- b) A que sus datos de tráfico sean utilizados para fines comerciales y servicios de valor añadido previo consentimiento.
- c) A recibir facturas no desglosadas.
- d) A que se haga uso de los datos de localización previo consentimiento informado.
- e) A detener el desvío de llamadas efectuados al terminal del usuario por un tercero.
- f) A impedir de forma sencilla y gratuita la identificación de la línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.
- g) A impedir de forma sencilla y gratuita la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.
- h) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax con fines de venta directa sin consentimiento.

Por último, en cuanto a los derechos de los consumidores y usuarios se establecen una serie de limitaciones a los mismos, como puede ser el caso de llamadas efectuadas a entidades que presten servicios de llamadas de urgencia, en especial a través del número 112.

8. Autoridades nacionales de reglamentación

Comienza la Ley la regulación de las autoridades nacionales de reglamentación haciendo una enumeración de las mismas y de las competencias

que se atribuyen a cada una de ellas. Tendrán la consideración de autoridades nacionales de reglamentación:

- El Gobierno.
- Los Órganos Superiores del Ministerio de Ciencia y Tecnología que asuman las competencias de la nueva Ley.
- Los Órganos Superiores y Directivos del Ministerio de Economía en materia de regulación de precios.
- La CMT.
- La Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

Como podemos observar, una de las novedades más importantes en este campo es la creación de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Ciencia y Tecnología que entre otras funciones tendrá las de gestión, inspección y asesoramiento sobre el dominio público radioeléctrico, aunque la asignación del mismo seguirá siendo competencia del Ministerio. Sus competencias se desarrollarán reglamentariamente.

Por su parte, la CMT tendrá como competencias más importantes aquellas necesarias para salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, en materia de relaciones entre los operadores, así como competencias inspectoras. Es destacable el reconocimiento expreso de funciones de inspección a la Comisión.

9. Tasas

En materia de tasas relacionadas con los servicios de comunicaciones electrónicas, se introducen tasas de nueva creación, que en todo caso deberán de ser fijadas con criterios de no discriminación, proporcionalidad, transparencia y han de ser justificadas para el fin que fueron creadas:

- Tasa por tramitación de la autorización o concesión demanial para el uso privativo del dominio público radioeléctrico.
- Tasa por tramitación de la autorización de uso especial del dominio público radioeléctrico.
- Tasa por inscripción en el registro de instaladores.

10. Infracciones y régimen sancionador

Entre las novedades más destacables se encuentra la atribución de funciones de inspección, además de al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a la CMT y a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

También se crean nuevos tipos de infracciones, tanto en las del tipo muy graves como en las graves, entre las cuales se encuentra el efectuar emisiones radioeléctricas que incumplan gravemente los límites de exposición establecidos en la normativa, o el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones. Las

sanciones establecidas por la comisión de infracciones se han visto notablemente incrementadas. Así, se prevén sanciones de hasta 20 millones de euros por el incumplimiento de las instrucciones de la CMT por parte de los operadores con peso significativo en el mercado, o sanciones de hasta 2 millones de euros por la comisión de infracciones muy graves.

También es destacable la posibilidad de sancionar con multas de 60 mil euros a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en las infracciones cometidas por sus empresas.

11. Dominio público radioeléctrico

Sin duda la gran novedad en este campo, además de la ya comentada creación de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, es la posibilidad de que los operadores puedan transmitir determinados derechos de uso del dominio público radioeléctrico, lo que sin duda redundará en una gestión más eficaz en el uso del espectro evitando un uso poco efectivo del mismo. En todo caso, el desarrollo concreto de esta transmisión no será efectivo hasta la aprobación de la normativa de desarrollo que la Ley prevea.

12. Otras novedades

Por último es destacable la liberalización de los servicios de difusión de cable, que no será plenamente efectiva hasta el año 2010, al habersele otorgado a los operadores que en su momento fueron adjudicatarios de las concesiones para la prestación de dichos servicios un plazo para que puedan amortizar las inversiones que se vieron obligados a efectuar en virtud de dichos concursos.

En la nueva Ley se establece que la prestación del servicio de cable requerirá de previa autorización administrativa, que será otorgada por la CMT o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, dependiendo del ámbito geográfico de actuación de los operadores.

Por otra parte, y ya para finalizar con las principales novedades, haremos mención a la creación de una mesa de cooperación que integrará a todos los agentes que intervengan en la instalación de infraestructuras de telefonía móvil, que sin duda pretende dar solución al problema que ha supuesto, sobre todo por la alarma social que se creó en su momento, las emisiones radioeléctricas de las antenas de telefonía móvil. Se prevé que en la misma participen todos los agentes implicados y que a través de ella se puedan alcanzar acuerdos, buscándose un equilibrio entre la salud pública y los intereses de los operadores que redundará en un mejor servicio para los consumidores.

En definitiva, nos encontramos ante una Ley con vocación de permanencia, fruto de la exigencia de la incorporación de la normativa europea aprobada en el año 2002, que incide en la línea liberalizadora de la anterior Ley y que supone dar un paso más en el camino de la búsqueda de la competencia efectiva en el sector, a lo que sin duda contribuirá la eliminación del rígido sistema de licencias y autorizaciones hasta ahora vigente.

Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC)

Alejandro M. Garro*
Pilar Perales Viscasillas**
María Pérez Pereira***

SUMARIO: I. Introducción. II. CISG-AC Opinión nº 1, Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG), 15 agosto 2003.

Resumen

Una de las normas más importantes de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) es el artículo 7, que exhorta al tribunal encargado de aplicar la Convención a lograr su interpretación internacional y uniforme. Con la finalidad de alcanzar el máximo de uniformidad, en el año 2001 se funda *Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (CISG-AC), con el propósito de emitir opiniones relativas a la interpretación y aplicación de la CISG. El presente artículo recoge la primera opinión del CISG-AC, emitida en agosto de 2003, como respuesta a una solicitud informal de la Cámara de Comercio Internacional sobre el tema de las comunicaciones electrónicas en el marco de la Convención de Viena.

Palabras clave: Convención de Viena. Aplicación. Uniformidad. Consejo Consultivo.

Abstract

One of the most important rules of the Convention on International Sale of Goods (CISG) is article seven, which urges the court in charge of enforcing the Convention to pursue its interpretation to be international and uniform. With the goal of attaining maximal

Recibido: 30/07/2004 • Aceptado: 12/08/2004

* Universidad de Columbia, Nueva York.

** Universidad Carlos III de Madrid.

*** Universidad Carlos III de Madrid (traducción de los comentarios).

uniformity, in 2001 the *Convention on International Sale of Goods-Advisory Council* (CISG-AC) was approved, with the purpose of issuing opinions regarding the interpretation and application of CISG. This article gathers the first CISG-AC opinion, published in August, 2003, as a response to an informal request by the International Chamber of Commerce regarding electronic communications and the ability of the CISG to deal with them.

Keywords: Convention on International Sale of Goods. Application. Uniformity. Advisory Council.

I. Introducción

Más de sesenta países forman parte en la actualidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, conocida como Convención de Viena (o en su acrónimo inglés CISG -*Convention on International Sale of Goods*), ya que fue aprobada en esa ciudad¹. Ello significa que 2/3 de la población mundial disponen del mismo conjunto de normas en relación con el contrato de compraventa internacional y lo que es todavía más importante que más de 2/3 del conjunto del comercio internacional queda gobernado por la Convención de Viena.

La Convención de Viena establece el conjunto de normas substantivas reguladoras del contrato de compraventa. Principalmente regula la formación del contrato (parte II), los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, así como las acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes de todas o parte de sus obligaciones contractuales o legales (parte III). Además, la Convención contiene importantes reglas relativas al ámbito de aplicación de la Convención (parte I). Precisamente una de las normas más importantes de la parte I de la Convención es el artículo 7(1) CISG que exhorta al tribunal encargado de aplicar la Convención de Viena a lograr una interpretación internacional y uniforme del texto vienés.

Efectivamente, el primer párrafo del artículo 7 señala que: "*En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de*

¹ La Convención actualmente forma parte del Derecho interno de 62 países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guinea, Honduras, Hungría, Iraq, Islandia, Israel, Italia, Kirgizstan, Letonia, Lesotho, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Moldavia, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República de Croacia, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, San Vicente y las Granadinas, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistan, Yugoslavia, y Zambia. Por su parte Ghana y Venezuela la han firmado pero no han ratificado o accedido al tratado de Viena ni la han incorporado a su derecho interno.

La Convención es igualmente auténtica en los seis idiomas oficiales de Naciones Unidas: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional". La inclusión de esta norma en el articulado de la Convención obedece al deseo de los redactores de evitar los peligros que supondría la aplicación del texto uniforme en países con ordenamientos jurídicos diferentes y, por consiguiente, con reglas de interpretación dispares. Se evitan así los peligros derivados de una aplicación al texto uniforme de las reglas interpretativas propias de un ordenamiento jurídico, que son inadecuadas para un texto de origen, elaboración, aplicación y aprobación en un foro internacional, lográndose de esta forma que no se destruya la uniformidad que se intenta conseguir en la aplicación de la Convención. Este art.7 CISG puede considerarse, sin duda alguna, como una pieza central en la Convención. Disposición que se dirige a los jueces, tanto estatales como arbitrales, abogados y estudiosos de la Convención, quienes son cada vez más conscientes de la necesidad de interpretar uniforme y de forma autónoma las normas de la Convención.

Son diversas las iniciativas que tratan de seguir el mandato del artículo 7 CISG, destacando los diversos sistemas de recopilación y difusión de la jurisprudencia como el *Institute of International Commercial Law* de la Universidad de Pace, y el sistema CLOUT².

2 CISG W3 Database del *Institute of International Commercial Law* de la Universidad de Pace (White Plains-New York) (<http://www.cisg.law.pace.edu>). Editores generales: profesores Albert H. Kritzer y Nicholas Triffin; y CLOUT (*Case Law on Uncitral Texts*). Se trata del sistema de recopilación de decisiones creado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) (<http://www.uncitral.org>).

Destacan asimismo:

- UNILEX (*International Case Law and Bibliography on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*). UNILEX es accesible en <http://www.unidroit.org>.

- CISG-España y Latinoamérica. Base de datos dirigida por los profesores Rafael Illescas Ortiz y M^a del Pilar Perales Viscasillas, CISG Spain and Latin America (<http://www.uc3m.es/cisg>).

- CISG-online: Universidad de Basel (Suiza). Atención especial a la jurisprudencia en lengua alemana: Alemania, Austria y Suiza. <http://www.cisg-online.ch/>

- CISG - Francia: Universidad del Sarre. Centro franco-alemán. Atención especial a la jurisprudencia francesa. <http://Witz.jura.uni-sb.de/CISG/>

- CISG - Italia: Centre for Comparative and Foreign Law Studies. Atención especial a la jurisprudencia italiana. <http://soi.cnr.it/~crdcs/crdcs/index.htm>

- CISG - Brasil: Universidad Federal Fluminense. <http://www.uff.br/cisgbrasil/>

- CISG - Finlandia: Universidad de Turku. Atención especial a la jurisprudencia finlandesa. <http://www.law.utu.fi/xcisg/cisg.htm>

- CISG - Japón: Universidad de Kyushu. Especial atención a la jurisprudencia japonesa. <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/cisg/english.htm>

- CISG - Israel: Universidad de Bar-Ilan. Especial atención a la jurisprudencia israelita. <http://www.biu.ac.il/law/cisg/>

- CISG - Arab States: Centro del Medio Oriente para el Derecho Mercantil Internacional. Especial atención a la jurisprudencia en lengua árabe.

- <http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/index.html>

- CISG - Canadá: Facultad de Derecho de la Universidad de Dalhousie, Nueva Escocia. Especial atención a la jurisprudencia canadiense.

- <http://is.dal.ca/~cisg/index.htm>

- CISG - Australia: Universidad de Victoria, Facultad de Economía y Derecho. Especial atención a la jurisprudencia australiana. <http://www.business.vu.edu.au/cisg/>

Una nueva iniciativa de diferente carácter a las anteriores debe ahora sumarse a los esfuerzos por lograr el máximo de uniformidad aplicativa de la Convención. Se trata del *Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o "CISG-AC"*, que responde al acrónimo de *Convention on International Sale of Goods-Advisory Council* (<http://www.cisg-ac.org>). El CISG-AC se fundó en el año 2001 merced a una iniciativa privada del profesor Albert H. Kritzer del *Institute of International Commercial Law de la Universidad de Pace*. Esta iniciativa pronto encontró el respaldo de un grupo de eminentes estudiosos de la Convención de Viena siendo fundada por el *profesor emérito Dr. Eric E. Bergsten*, Universidad de Pace y antiguo Secretario de la CNUDMI/UNCITRAL, el *profesor Dr. Michael Joachim Bonell*, Universidad de Roma La Sapienza, antiguo Secretario General de UNIDROIT, *profesor E. Allan Farnsworth*, Universidad de Columbia, Nueva York, *profesor Dr. Alejandro Garro*, Universidad de Columbia y Universidad de Buenos Aires, *profesor Sir Roy Goode*, Universidad de Oxford, *profesor Dr. Sergei N. Lebedev*, Instituto de Relaciones Internacionales de Moscú, *profesor emérito Dr. Jan Ramberg*, Universidad de Estocolmo, *profesor emérito Dr. Dr. h.c. Peter Schlechtriem*, Universidad de Friburgo, *profesor Hiroo Sono*, Universidad de Kyushu, y *profesor Dr. Claude Witz*, Universidad de La Sarre y Universidad Robert Schuman, Estrasburgo. A la reunión también asistieron los representantes de las instituciones patrocinadoras: *Albert Kritzer*, Universidad de Pace, y *Dr. Loukas Mistelis*, Clive M. Schmitthoff, *Senior Lecturer* en Derecho Mercantil Internacional, Centro de estudios para el Derecho Mercantil, Queen Mary, Universidad de Londres. El prof. Schlechtriem fue elegido presidente del Grupo y el Dr. Mistelis secretario. Dos miembros adicionales se incorporaron por invitación del Grupo en junio de 2003, la *profesora Dra. M^a del Pilar Perales Viscasillas*, Universidad Carlos III de Madrid, y la *profesora Dra. Ingeborg Schwenzer*, Universidad de Basel.

El objetivo del CISG-AC es promover una interpretación uniforme de la Convención, por lo que el precepto del artículo 7 CISG se convierte en el faro que guía al grupo. Como se ha comentado, se trata de una iniciativa privada, puesto que sus miembros no representan a sus países, ni a culturas jurídicas en particular, sino que son estudiosos de la Convención que intentan responder a

- CISG - Austria: Especial atención a la jurisprudencia austriaca. <http://www.cisg.at/>
- CISG - Grecia: Universidad Nacional y Kapodestrian de Atenas. Especial atención a la jurisprudencia griega. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/greek-cisg/index2.html>
- CISG - Méjico: Universidad de Tijuana. Especial atención a la jurisprudencia mejicana. <http://www.tij.uia.mx/academia/licenciaturas/derecho/dmi/>
- CISG - Bélgica: Universidad Católica de Lovaina. Instituto de Derecho del Comercio Internacional. Especial atención a la jurisprudencia belga. <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/WKhome.htm>
- CISG - Dinamarca: Universidad de Copenhagen y de Aarhus. Especial atención a la jurisprudencia danesa. <http://www.cisg.dk/>
- CISG - África: Universidad de Sudáfrica (UNISA). Especial atención a la jurisprudencia del continente africano. <http://www.unisa.ac.za/Default.asp?Cmd=ViewContent&ContentID=582>

las cuestiones candentes, y conflictivas de la Convención. En este sentido, el grupo puede permitirse el lujo de criticar decisiones judiciales y arbitrales, y tratar cuestiones que no han sido previamente abordadas por otras instituciones.

En términos prácticos, el principal propósito del CISG-AC es emitir opiniones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención, ya sea a pedido de parte interesada o por su propia iniciativa. Las peticiones pueden dirigirse al CISG-AC, entre otras, por parte de organizaciones internacionales y asociaciones privadas.

El CISG-AC emite ahora su primera opinión que responde a una solicitud informal de la Cámara de Comercio Internacional (*International Chamber of Commerce*) para que se abordase el reto de las comunicaciones electrónicas en el marco de la Convención. El CISG-AC invitó a la profesora Christina Ramberg de la Universidad de Göteborg para que elaborase un dictamen al respecto, que fue discutido por el Consejo asesor en tres sesiones. El resultado más importante que se deriva de la opinión es que la Convención es capaz de acomodar en su texto a las comunicaciones electrónicas. La primera opinión repasa todos los preceptos de la Convención en los cuales las comunicaciones electrónicas pueden tener incidencia y por lo tanto sugiere la forma en que se acomodarán las mismas al texto de la Convención. En la sesión del Consejo celebrada en Londres a finales de enero de 2004, se ha aprobado la Opinión número 2 sobre examen de las mercaderías y comunicación de la falta de conformidad (artículos 38 y 39 CISG). Rapporteur: Profesor Eric. E. Bergsten, prof. Emérito en la Universidad de Pace (Nueva York). Opinión que recibió el encargo del Grupo de Trabajo de Utrecht sobre compraventa que forma parte del Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo (*Study Group on a European Civil Code*).

La Conferencia inaugural del CISG-AC se celebró el 26 de septiembre de 2003 en Nueva York en la sede del *New York State Judicial Training Institute*, de la Universidad de Pace. La segunda tuvo lugar el 30 enero 2004 en la Universidad de Londres, *Centre for Comercial Law Studies, Queen Mary* en el marco del Seminario 2004 *Clive M. Schmitthoff International Commercial Law: CISG & UNIDROIT Principles: Crossing Cultures and Filling Gaps*. Otras conferencias y seminarios se celebrarán en el futuro.

La traducción de la opinión número 1 al castellano ha sido realizada de forma officiosa por los profesores Alejandro Garro, de la Universidad de Columbia, Nueva York, y Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III, Madrid. La traducción de los comentarios ha sido realizada por la profesora María Pérez Pereira y supervisada por los profesores Garro y Perales.

La forma preferida para citar el documento es: CISG-AC, Opinión nº 1: Comunicaciones electrónicas bajo la CISG, 15 Agosto 2003; Rapporteur: Profesora Christina Ramberg, seguido de la referencia del lugar de publicación.

II. CISG-AC Opinión n° 1, Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG), 15 agosto 2003

Rapporteur: Profesora Christina Ramberg, Göteborg, Suecia

Artículo 11 CISG

El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

Opinión:

El contrato podrá celebrarse o probarse por medios de comunicación electrónicos.

Comentario:

11.1. La finalidad del art. 11 CISG es asegurar que no se impongan requisitos de forma escrita a la formación de los contratos. El tema de las comunicaciones electrónicas, aparte del telegrama y el télex no se consideró durante la preparación de la CISG en los años 70. Al no exigirse ninguna forma en este artículo, la CISG permite a las partes celebrar contratos electrónicamente.

Véase también el artículo 5 Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (en adelante, LMCE).

Artículo 13 CISG

A los efectos de la presente Convención, la expresión "por escrito" comprende el telegrama y el télex.

Opinión:

El término "por escrito" en la CISG también incluye los medios de comunicación electrónicos susceptibles de ser recuperados en forma tangible.

Comentario:

13.1. Los artículos 11, 12, 13, 21, 29 y 96 CISG contienen el término "por escrito". En el mundo del papel tradicional, este término era sencillo y se refería a los documentos escritos sobre papel (u otro medio perdurable) por lápiz, bolígrafo, etc. El problema ahora es si los documentos electrónicos distintos del telegrama y el télex pueden considerarse también "por escrito". El prerrequisito de "por escrito" se satisface siempre que la comunicación electrónica sea capaz de cumplir las mismas funciones que un mensaje en papel. Estas funciones son la posibilidad de guardar (recuperar) el mensaje y entenderlo (comprenderlo).

13.2. Las partes pueden acordar qué tipo de forma escrita pretenden usar (art. 6 CISG). Pueden, por ejemplo, acordar que sólo se acepten cartas en soporte papel enviadas por un determinado servicio de mensajería. A menos que las partes hayan limitado la noción de escritura, debería haber una presunción de

que las comunicaciones electrónicas se incluyen en el término “por escrito”. Esta presunción podría reforzarse o debilitarse conforme a la conducta previa de las partes o los usos comunes (art. 9 (1) y (2) CISG).

13.3. Esta opinión no concierne a las reservas hechas por los Estados de acuerdo con el art. 96 CISG ni impone restricción alguna a los Estados que hayan hecho tal reserva.

Véase también el artículo 6 LMCE

Artículo 15 CISG

(1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

(2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Opinión:

El término "llega" se corresponde con el momento en que la comunicación electrónica entra en el servidor del destinatario de la oferta.

La oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si el retiro entra en el servidor del destinatario de la oferta antes o al mismo tiempo en que la oferta llega al destinatario. Para que la retirada de la oferta por medios electrónicos sea posible, es necesario que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

15.1 La oferta no surte efecto mientras no llegue al destinatario (art. 15(1) CISG) y puede ser retirada si el retiro de la oferta llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (art. 15(2) CISG). En los medios de comunicación tradicional esta regla permite al oferente retirar su oferta a través de un medio de comunicación más rápido. Puede, por ejemplo, enviar una oferta por carta a través del correo ordinario y más tarde retirarla enviando un fax que llegue al destinatario antes que la carta. El problema es que prácticamente no existen medios de comunicación más rápidos que los mensajes electrónicos enviados por correo electrónico o comunicados a través de sitios web u otros acuerdos de intercambio electrónico de datos (en adelante, EDI). De este modo una cuestión de importancia práctica surge cuando la oferta es enviada por el correo postal mientras que su retiro se envía electrónicamente.

15.2. La dificultad, desde un punto de vista conceptual, radica en que el destinatario del retiro electrónico de la oferta no tiene que estar físicamente presente en el lugar adonde llegue el mensaje. El *lugar* de llegada del mensaje es un concepto más funcional que físico. El mensaje puede localizarse en cualquier servidor del mundo, incluyendo el del remitente – lo importante es si el destinatario puede recuperarlo. Las siguientes son las situaciones más importantes que probablemente hayan de ser consideradas en relación con el término “llega” en el contexto de las comunicaciones electrónicas:

15.3. Situación “A”. Desde un punto de vista práctico, es claro que el destinatario de un retiro electrónico de la oferta puede leerlo tan pronto como se ubique en su servidor. Puede tener dificultades en acceder a su servidor por problemas internos en su sistema de red. Este impedimento entraría por regla general dentro de su “esfera de influencia”. Al margen de lo gravoso que puede resultar para el destinatario no poder leer los mensajes que hayan llegado a su servidor por problemas internos, no resulta adecuado imputar el riesgo al oferente por los problemas técnicos del destinatario. El destinatario de un mensaje electrónico puede reducir su riesgo eligiendo un proveedor de servicios de internet idóneo o diseñando una infraestructura técnica adecuada para asegurar que la comunicación interna funcione satisfactoriamente. Cuando se ha acordado recibir comunicaciones electrónicas, el remitente de una comunicación electrónica no debe asumir este riesgo.

15.4. Situación “B”. No es suficiente que el retiro de la oferta por medios electrónicos haya entrado en el servidor del destinatario. El destinatario debe también haber expresado de alguna manera que está dispuesto a recibir comunicaciones electrónicas. La voluntad del destinatario de aceptar comunicaciones electrónicas ha de ser tenida en cuenta para determinar si un retiro electrónico de la oferta ha “llegado” al oferente. El consentimiento del destinatario de la oferta puede ser evidente en virtud del art. 8 CISG, que regula la interpretación de la conducta de las partes. El art. 9(1) CISG puede ser también importante si las partes han establecido una práctica en sus negocios. El art. 9(2) CISG puede aplicarse en relación a los usos del comercio que las partes conocían o debían haber conocido y que en el comercio internacional son ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

15.5. Situación “C”. Otro problema se presenta cuando la dirección de correo electrónico no consta correctamente en el mensaje que contiene el retiro. Si bien, tales mensajes pueden técnicamente entrar en el servidor del destinatario, éste puede no acceder al mensaje. Nunca llegarán al destinatario personalmente, y por ello no serán accesibles para él. Por ejemplo si la dirección de correo electrónico correcta fuese “Thomas@companyx.com”, pero el remitente escribiese “tomas@companyx.com”. Esta dirección de correo electrónico mal escrita puede, en ocasiones, entrar en el servidor de Thomas, pero se quedará atascado en el servidor, dado que éste no podría encontrar Tomas sin “h”. En tales situaciones el riesgo está en el remitente, en tanto que Thomas no ha manifestado su voluntad de recibir mensajes electrónicos en direcciones incorrectas. En ocasiones una comunicación electrónica con una dirección incorrecta se reenvía por el administrador de correos a la dirección correcta. Si la comunicación reenviada llega al servidor del destinatario a tiempo, el retiro de la oferta surtirá efecto. El destinatario de la oferta en tal situación habrá informado al administrador de correos que los correos electrónicos con direcciones incorrectas le sean reenviados de alguna manera, expresando así su voluntad de recibir mensajes electrónicos con direcciones incorrectas.

15.6 Situación "D". Otro problema relacionado con el término "llega" es si el destinatario puede procesar y entender la comunicación electrónica. Debido a programas incompatibles de los ordenadores, el texto que aparece en el ordenador del destinatario puede ser incomprensible. La situación es análoga al problema creado por un mensaje que ha sido escrito en un idioma incomprensible para el destinatario. La cuestión que aquí se plantea es si un retiro electrónico que no puede ser procesado adecuadamente por el destinatario, puede considerarse que ha "llegado" al destinatario por haber entrado en su servidor. El tema crucial es hasta qué punto el destinatario ha manifestado que está dispuesto a recibir este tipo de comunicaciones electrónicas. No es suficiente que el destinatario haya convenido recibir comunicaciones electrónicas: debe haber consentido recibir mensajes electrónicos de ese tipo, en ese formato y a esa dirección. Aquí, de nuevo, el art. 8 CISG será relevante para la interpretación de la conducta de las partes, el art. 9(1) CISG será relevante para cualesquiera prácticas establecidas entre las partes, mientras que los usos comerciales a que se refiere el art. 9(2) CISG pueden indicar si el oferente ha convenido tácita o expresamente en recibir mensajes electrónicos de un tipo determinado.

Véase también el artículo 15 LMCE.

Artículo 16.1 CISG

(1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

Opinión:

En el caso de comunicaciones electrónicas, el término "llega" se corresponde con el momento en que la comunicación electrónica entra en el servidor del destinatario de la oferta. La oferta podrá ser revocada si la revocación entra en el servidor del destinatario de la oferta antes de que el destinatario haya enviado su aceptación. Para que la revocación de la oferta por medios electrónicos sea posible, es necesario que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Cuando se trate de comunicaciones electrónicas, el término "envío" se corresponde con el momento en que la aceptación abandona el servidor del destinatario de la oferta. El oferente puede revocar la oferta si la revocación entra en el servidor del destinatario antes que la aceptación del destinatario haya abandonado su servidor. Para que la revocación de la oferta por medios electrónicos sea posible, será necesario que el oferente haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

16.1. Esta disposición permite al oferente revocar una oferta hasta que el destinatario haya enviado su aceptación. La revocación debe haber entrado en el servidor del destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación.

16.2. Sobre las limitaciones a la eficacia de “llega”, véanse los comentarios al artículo 15. Respecto del concepto de “envío” véase el comentario 21.3

Véase también el artículo 15 LMCE.

Artículo 17 CISG

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.

Opinión:

El término "llega" se corresponde con el momento en que la comunicación electrónica entra en el servidor del oferente. La oferta se extingue cuando la comunicación del rechazo entra en el servidor del oferente. Para que la extinción de la oferta por medios electrónicos sea posible, será necesario que el oferente haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

17.1. La oferta queda extinguida cuando su rechazo llegue al oferente. En los entornos electrónicos puede determinarse el momento exacto de “llegada al oferente”. El destinatario ya no puede perfeccionar el contrato enviando una manifestación de asentimiento. Si el destinatario cambia de opinión tras haber enviado su rechazo a la oferta y desea celebrar el contrato, la manifestación de asentimiento deberá entrar en el servidor del oferente antes de que lo haga el rechazo.

17.2. Sobre las limitaciones a la eficacia del término “llega” véanse los comentarios al artículo 15.

Véase también el artículo 15 LMCE.

Artículo 18.2 CISG

(2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la manifestación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Opinión:

La aceptación surtirá efecto cuando la manifestación de asentimiento electrónica entre en el servidor del oferente, siempre que el oferente haya

consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

El término "verbal" incluye sonido transmitido electrónicamente en tiempo real y comunicaciones electrónicas en tiempo real. La oferta transmitida electrónicamente por medio de una comunicación en tiempo real debe ser aceptada inmediatamente a menos que de las circunstancias resulte otra cosa y siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

18.1. La finalidad subyacente de este artículo es asegurar que el oferente tenga una oportunidad de leer la manifestación de consentimiento si lo desea. No es necesario que el oferente realmente haya leído la manifestación de asentimiento, sino que tal manifestación sea accesible para la lectura (la distinción entre "llegar a la mente" y "llegar a la mesa" o "llegar a la persona jurídica"). Por lo tanto, debe entenderse que una manifestación de asentimiento ha llegado al oferente cuando aquélla haya entrado en la esfera de control del oferente.

18.2. La regla de que una manifestación de consentimiento sólo necesita ser accesible y no realmente leída apunta a facilitar la prueba. Es posible (al menos conceptualmente) probar con relativa facilidad cuándo un mensaje es accesible; mientras que es muy difícil probar cuando alguien realmente adquiere conocimiento del contenido de un mensaje.

18.3. Sobre las limitaciones a la eficacia de la "llegada", véanse los comentarios al artículo 15.

18.4. La exigencia de que una oferta oral debe ser aceptada inmediatamente pone de manifiesto que las ofertas verbales son sólo vinculantes durante las negociaciones inmediatas. Cuando las negociaciones se realizan en tiempo real, tanto por medios sonoros como por cartas mecanografiadas, la situación es similar a las negociaciones verbales y la presunción es que las ofertas deben ser aceptadas en el acto, con inmediata conexión a las negociaciones y en tiempo real. El factor relevante es que la otra parte sea consciente de la oferta y tenga la posibilidad de responder inmediatamente. Una oferta que se comunica electrónicamente en tiempo real, no por sonido pero por escrito en cartas mecanografiadas, debe también ser aceptada inmediatamente a menos que las circunstancias indiquen otra cosa. Las ofertas en salas de chat y otros tipos de comunicaciones en tiempo real deben aceptarse inmediatamente.

Véase también el artículo 15 de la LMCE.

Artículo 19.2 CISG

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos

del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Opinión:

El término "verbal" incluye sonido transmitido electrónicamente en tiempo real siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

El término "comunicación" incluye comunicaciones electrónicas siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

19.1. El objetivo de este artículo es conseguir que un mensaje, que no constituye una aceptación, surta efecto como tal, salvo que el oferente dé rápido aviso de que la pretendida aceptación no es una aceptación. Dicha información del oferente podrá efectuarse a través de sonido electrónico u otros mensajes electrónicos.

19.2. Sobre las limitaciones a la eficacia de la "llegada", véanse los comentarios al artículo 15.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 20.1 CISG

(1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

Opinión:

El plazo de aceptación fijado por el oferente en una comunicación electrónica en tiempo real comienza a correr desde el momento en que la oferta entra en el servidor del destinatario.

El plazo de aceptación fijado por el oferente en una comunicación por correo electrónico (e-mail) comienza a correr desde el momento del envío de la comunicación.

El término "medios de comunicación instantánea" incluye comunicaciones electrónicas en tiempo real.

El término "llega" se corresponde con el momento en que la comunicación electrónica entra en el servidor del destinatario de la oferta.

Comentario:

20.1. El artículo 20(1) CISG facilita al intérprete la interpretación de plazos ambiguos de aceptación. Por ejemplo, cuando un período de cuatro días se

establece en una oferta sin ninguna indicación acerca de cuándo comienza a contar este período de cuatro días, el art. 20(1) CISG ofrece un *dies a quo* diferente dependiendo del medio por el que se haya enviado la oferta. En el caso de los telegramas, el período comienza desde el momento en el que se entreguen para su expedición. Si la oferta se envía por carta, el plazo se inicia desde la fecha de la carta, o si no consta, desde la fecha que figure en el sobre. En el caso del teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea, el período comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

20.2. El problema a considerar ahora es cómo determinar cuándo comienza a correr el plazo en caso de que la oferta se realice con medios electrónicos. Se pueden prever tres tipos principales de mensajes electrónicos, (1) ofertas por correo electrónico, (2) ofertas en páginas *web* pasivas, y (3) ofertas en lugares de *chat* donde la comunicación se produce en tiempo real.

Correo electrónico

20.3. El correo electrónico no es un medio de comunicación instantáneo y, con respecto al fechado, no es plenamente equivalente a las cartas enviadas en sobres. La CISG no ofrece ninguna ayuda interpretativa sobre los correos electrónicos y las situaciones inciertas deben solucionarse por medios usuales de interpretación, teniendo en cuenta que la parte que está unilateralmente vinculada al oferente, normalmente merece más protección. Los correos electrónicos normalmente dan información sobre cuándo se enviaron y cuándo se recibieron. La CISG no da una orientación directa sobre si el lapso temporal comienza a contar desde el momento del envío o de la recepción. El plazo de aceptación fijado por el oferente en una comunicación electrónica comienza a contar desde el momento del envío de la comunicación por correo electrónico. Esto es así porque este momento puede ser fácilmente determinado y los correos electrónicos pueden verse como equivalentes funcionales de las cartas.

Sitios web pasivos

20.4. Suele cuestionarse si las ofertas incluidas en sitios *web* constituyen ofertas en sentido jurídico. El titular del sitio *web* puede declarar expresamente que su oferta es vinculante durante un determinado período de tiempo. No encontramos orientación en la CISG para las situaciones en las que el titular del sitio *web* ha establecido un tiempo límite de tres días sin especificar desde cuándo comienza a correr. Las situaciones dudosas deben resolverse atendiendo a los medios usuales de interpretación teniendo en cuenta que la parte vinculada unilateralmente (el oferente), suele merecer más protección. Esta opinión no se extiende a las comunicaciones en tiempo no real sobre los sitios *web* pasivos.

Chateo en tiempo real

20.5. Las partes pueden comunicarse en Internet en tiempo real (es algo común de los programas de chat). La técnica funciona de tal manera que si el remitente escribe una "a", la letra "a" aparece inmediatamente en la pantalla del destinatario. Ambas partes están presentes en el mismo momento y pueden comunicarse

oralmente o escribirse como si estuviesen presentes en la misma habitación o hablasen por teléfono. Este tipo de comunicación se considera "instantánea". El art. 20(1) CISG se aplica también a las comunicaciones electrónicas en tiempo real. Si el remitente envía una oferta y establece que es vinculante durante dos horas, el período comienza desde el momento en que el mensaje llega al destinatario, es decir, inmediatamente. Para las comunicaciones en tiempo real se considera que el destinatario ha manifestado su voluntad de recibir mensajes electrónicos de ese tipo.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 21.1 CISG

(1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

Opinión:

El término "verbal" incluye sonido transmitido electrónicamente siempre que el destinatario de la oferta haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el destinatario de la oferta haya consentido expresa o implícitamente en la recepción de comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

21.1. La información al destinatario de la oferta sobre la aceptación tardía puede darse mediante un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al destinatario de la oferta, no la forma en que se haya comunicado.

21.2. Sobre la eficacia de la comunicación electrónica, véanse los comentarios al artículo 15.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 21.2 CISG

(2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

Opinión:

El término "por escrito" incluye todo tipo de comunicación electrónica que sea susceptible de ser recuperada en forma tangible. Una aceptación tardía comunicada en forma electrónica puede surtir efecto conforme a esta disposición.

El término "verbal" incluye sonido transmitido electrónicamente y comunicaciones en tiempo real siempre que el destinatario de la oferta haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el destinatario de la oferta haya consentido expresa o implícitamente recibir comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

El término "envío" se corresponde con el momento en que la comunicación abandona el servidor del destinatario de la oferta. Es necesario que el destinatario de la oferta haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

21.3. La finalidad de este artículo es que surta efecto una aceptación tardía cuando el oferente no informa a la otra parte que la aceptación se ha retrasado y que ésta ha llegado al oferente demasiado tarde. La situación típica se produce cuando una aceptación electrónica se retrasa y no llega al oferente en el tiempo habitual. El artículo sólo es aplicable si la aceptación se envía por carta u otro medio escrito. El artículo también se aplica cuando la aceptación se envía a través de un mensaje electrónico siempre que este mensaje electrónico cumpla las dos funciones de la escritura, es decir, que se pueda entender y guardar.

21.4. Cuando el oferente da un aviso rápido de que la aceptación ha llegado demasiado tarde, la aceptación no surte efecto. La información al destinatario de la oferta sobre la aceptación tardía puede darse por medio de un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al destinatario de la oferta, no la forma en que se haya comunicado. Según este artículo, este aviso será comunicado oralmente o por una comunicación (escrita). El oferente puede dar información a través de comunicaciones electrónicas sonoras o mediante un mensaje electrónico con la condición previa de que el remitente de la aceptación tardía haya manifestado que está dispuesto a recibir tales mensajes electrónicos.

21.5. Es suficiente que el aviso se haya enviado; no tiene que haber llegado al destinatario. Sin embargo, debe haberse enviado correctamente. Esto significa que la dirección debe constar correctamente y que el remitente use un programa de ordenador que el destinatario haya manifestado que está dispuesto a aceptar.

21.6 El oferente debería informar al destinatario de la oferta sobre las aceptaciones tardías mediante envío de un aviso. El envío se produce cuando el aviso sale del servidor del oferente. No obstante, si no se considera que el oferente lo haya enviado, el destinatario de la oferta no utiliza el tipo de comunicación electrónica por la que se envió el aviso. El destinatario de la oferta ha de haber manifestado que está dispuesto a recibir aceptaciones electrónicas del tipo y formato usados por el oferente. Los artículos 8 y 9 CISG pueden ser de ayuda para determinar si el destinatario de la oferta ha manifestado tácitamente su voluntad de recibir tales mensajes.

Véanse también los artículos 5 y 6 LMCE.

Artículo 22 CISG

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Opinión:

El término "llega" se corresponde con el momento en que la comunicación electrónica entra en el servidor del oferente, siempre que el oferente haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

22.1. Este artículo regula la última oportunidad para el retiro de una aceptación. En los medios de comunicación tradicionales, esta norma permite al remitente de una aceptación retirarla a través de un medio de comunicación más rápido. Puede, por ejemplo, enviar una aceptación a través del correo postal ordinario y retirarla más tarde enviando un fax que llegue al oferente antes que la carta. El problema en relación con los medios electrónicos de comunicación es que prácticamente no hay medios de comunicación más rápidos que los mensajes electrónicos enviados por correo electrónico o comunicados a través de sitios web u otros acuerdos EDI. Sin embargo, la cuestión adquiere importancia práctica en situaciones en las que la aceptación se envía por el correo postal tradicional y el retiro se envía electrónicamente.

22.2. La finalidad subyacente de este artículo es asegurar que el oferente tenga la oportunidad para leer el retiro de la aceptación si lo desea. No se exige que el oferente se haya enterado realmente del retiro de la aceptación, por más que éste sea accesible para la lectura (la distinción entre "llegar a la mente" y "llegar a la mesa" o "llegar a la persona jurídica"). Por lo tanto, cuando el retiro de la aceptación entra en la esfera de control del oferente, debe entenderse que el retiro de la aceptación ha llegado al oferente.

22.3. Que el retiro de la aceptación sólo necesita ser accesible y no realmente leído apunta a facilitar la prueba. Es posible (con mayor o menor facilidad, pero al menos conceptualmente) probar cuando un mensaje es accesible; es muy difícil probar cuando alguien realmente adquiere conocimiento del contenido de un mensaje.

Véase también el artículo 15 LMCE.

Artículo 24 CISG

A los efectos de esta parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal, o si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

Opinión:

El término "llega" se corresponde con el momento en que la comunicación electrónica entra en el servidor del destinatario, siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

El término "verbalmente" incluye sonido transmitido electrónicamente y otras comunicaciones en tiempo real, siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

No es preciso realizar ningún comentario toda vez que las materias están cubiertas en los artículos sobre "llegada" en los artículos 15, 16(1), 17, 18(2), 20(1), 21(2), 22 y "verbal" en los artículos 18(2) y 2(2).

Artículo 26 CISG

La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte.

Opinión:

El término "comunica" incluye a las comunicaciones electrónicas, siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

26.1. La información a la otra parte de que el contrato está resuelto puede darse en un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al destinatario, no la forma en que se comunique.

26.2. Sobre la eficacia de las comunicaciones electrónicas, véanse los comentarios al artículo 15.

Véase también el artículo 5 LMCE

Artículo 27 CISG

Salvo disposición expresa en contrario de esta parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privará a esa parte del derecho a invocar tal comunicación.

Opinión:

Cualquier notificación, petición u otra comunicación puede realizarse electrónicamente cuando el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

27.1. Avisos, solicitudes u otras comunicaciones a una de las partes pueden darse a través de mensajes electrónicos. Lo importante es que la información se comunique al oferente, no la forma en que se comunique.

27.2. Sobre la eficacia de las comunicaciones electrónicas, solicitudes u otras comunicaciones, véanse los comentarios al artículo 15.

Véase también el artículo 5 LMCE

Artículo 32.1 CISG

(1) Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

Opinión:

El término "aviso" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el comprador haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

32.1. La información al comprador acerca de la expedición de las mercaderías puede darse mediante un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al comprador, no la forma en que se comunique.

32.2. Sobre la eficacia de la información del comprador, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 39 CISG

(1) El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

Opinión:

El término "comunica" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el vendedor haya consentido expresa o implícitamente en la recepción de comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

39.1. La información al vendedor sobre la falta de conformidad de las mercaderías se puede transmitir a través de un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al vendedor, no la forma en que se comunique.

39.2. Sobre la eficacia de las comunicaciones al vendedor, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.
Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 43 CISG

(1) El comprador perderá el derecho a invocar las disposiciones del artículo 41 o del artículo 42 si no comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella.

(2) El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones del párrafo precedente si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza.

Opinión:

El término "comunica" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el vendedor haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

43.1. La información al vendedor sobre la naturaleza de un derecho o pretensión de un tercero puede darse mediante un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al vendedor, no la forma en que se comunique.

43.2. Incluso cuando el vendedor no haya manifestado su voluntad de recibir mensajes electrónicos de ese tipo, puede establecerse que conocía de la pretensión del tercero según lo dispuesto en el artículo 43(2) CISG.

43.3. Sobre la eficacia de la comunicación al vendedor, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE

Artículo 47 CISG

(1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

(2) El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Opinión:

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas.

Comentario:

47.1. La información al comprador por parte del vendedor de que éste último no cumplirá dentro del período establecido puede comunicarse por un mensaje electrónico. Cuando el comprador haya recibido tal aviso electrónico, podrá ejercitar una acción por incumplimiento de contrato.

Artículo 63 CISG

(1) El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.

(2) El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Opinión:

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas.

Comentario:

63.1. La información al vendedor por parte del comprador, de que el comprador no cumplirá dentro del plazo establecido puede comunicarse por un mensaje electrónico. Cuando el vendedor haya recibido tal aviso electrónico, podrá ejercitar acción por incumplimiento de contrato.

Artículo 65 CISG

(1) Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.

(2) El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciere uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

Opinión:

Las especificaciones y comunicaciones podrán ser realizadas electrónicamente siempre que el destinatario haya consentido recibir dichas comunicaciones.

Comentario:

65.1. La información a la otra parte acerca de las especificaciones o comunicaciones sobre las especificaciones pueden darse a través de mensajes electrónicos. Lo importante es que la información se comunique a la otra parte, no la forma en que se comunique.

65.2. Sobre la eficacia de las especificaciones y comunicaciones a la otra parte, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 67 CISG

(1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

(2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Opinión:

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el comprador haya consentido expresa o implícitamente en la recepción de comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

67.1. La información al comprador por la que se identifican claramente las mercaderías a los efectos del contrato puede transmitirse por un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al comprador, no la forma en que se comunique.

67.2. No es necesario que el comprador haya consentido recibir comunicaciones electrónicas para que un aviso electrónico surta efectos de acuerdo con el artículo 67(2). Ello porque no es necesario el consentimiento del comprador a efectos de identificar las mercaderías mediante señales en ellas o de otro modo.

67.3. Sobre la eficacia de las comunicaciones al comprador con respecto a la identificación de las mercaderías, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 71 CISG

(1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o

b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

(2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

(3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

Opinión:

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

71.1. La información a la otra parte respecto de diferir el cumplimiento puede transmitirse mediante un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al destinatario, no la forma en que se comunique.

71.2. Sobre la eficacia de las comunicaciones a la otra parte respecto de diferir el cumplimiento, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 72 CISG

(1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

(2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

(3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Opinión:

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

72.1. La información a la otra parte sobre la intención de declarar resuelto un contrato puede transmitirse mediante un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al destinatario, no la forma en que se comunique.

72.2. Sobre la eficacia de las comunicaciones a la otra parte sobre la intención de declarar resuelto un contrato, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 79 CISG

(1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

(2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

(3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

(4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

(5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Opinión:

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

79.1. La información a la otra parte sobre un impedimento puede darse mediante un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al destinatario, no la forma en que se comunique.

79.2. Sobre la eficacia de la información a la otra parte sobre un impedimento, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE.

Artículo 88.1 y 2 CISG

(1) La parte que esté obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 u 86 podrá venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender.

(2) Si las mercaderías están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservarlas conforme a los artículos 85 u 86 deberá adoptar medidas razonables para venderlas. En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender.

Opinión:

El término "comunicación" incluye a las comunicaciones electrónicas siempre que el destinatario haya consentido recibir, expresa o implícitamente, comunicaciones electrónicas de ese tipo, en ese formato y en esa dirección.

Comentario:

88.1. La información a la otra parte sobre la intención de vender las mercaderías puede transmitirse mediante un mensaje electrónico. Lo importante es que la información se comunique al destinatario, no la forma en que se comunique.

88.2. Sobre la eficacia de las comunicaciones a la otra parte sobre la intención de vender las mercaderías, véanse los comentarios en los artículos 15 y 27.

Véase también el artículo 5 LMCE.

El servicio público en el sector eléctrico venezolano y el Derecho de las Telecomunicaciones

Zulay Machta Chendi*

SUMARIO: Introducción. I. Aspectos jurídicos relevantes del servicio eléctrico en Venezuela. 1. Antecedentes. 2. Ley Orgánica del Servicio Eléctrico. A. La declaratoria como servicio público de las actividades del sector eléctrico. B. La reserva demanial a favor del Estado del sector de producción de energía hidroeléctrica en los ríos Caura, Paragua y Caroní. C. Los títulos jurídico-administrativos necesarios para prestar las actividades del sector eléctrico. D. La separación jurídica de actividades. II. Las empresas eléctricas y los servicios de las telecomunicaciones. 1. Aspectos generales del régimen jurídico sectorial de las telecomunicaciones. 2. Régimen jurídico sectorial eléctrico en relación con las telecomunicaciones. A. Separación contable exigida a las empresas eléctricas de distribución y transmisión de energía que decidan utilizar sus redes con fines no eléctricos. B. Las infraestructuras de telecomunicaciones asociadas a las redes eléctricas (artículo 55, numeral 1 de la LOSE). C. Utilización y aprovechamiento de las instalaciones eléctricas para el tendido de equipos destinados a otros servicios (artículo 62 de la LOSE). III. El *Power Line Communications* en Venezuela y las empresas de servicio público de distribución de energía eléctrica. 1. Aspectos generales del PLC. 2. Situación actual del PLC en Venezuela. 3. Títulos habilitantes necesarios para la explotación del PLC en Venezuela a través del reaprovechamiento de las redes eléctricas de distribución existentes. A. Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico y la Resolución N° 041 contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas. B. Cesión de habilitaciones administrativas. 4. Principales aspectos relacionados con los derechos y obligaciones de las empresas eléctricas de distribución que implementen el PLC. A: Obligación y derecho a la interconexión entre redes. B. Obligación y derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones. C. Obligaciones de servicio universal. 5. Los reguladores de los mercados de

Recibido: 28/10/2004 • Aceptado: 11/11/2004

* Abogado asesor de la Procuraduría General de la República de Venezuela. Master en Derecho de las Telecomunicaciones por la Universidad Pontificia de Comillas. zulaymachta@hotmail.com

telecomunicaciones y eléctrico en relación con el Derecho de la competencia. Conclusiones.

Resumen

El trabajo de investigación denominado "Servicio Público en el Sector Eléctrico Venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones", está dirigido fundamentalmente al estudio de los regímenes jurídico-sectoriales en materia de electricidad y telecomunicaciones en Venezuela, con la finalidad de indagar sobre la viabilidad jurídica de la implementación de la tecnología "Power Line Communications" (PLC) en el país, por las empresas de distribución de energía eléctrica. Dicha tecnología consiste principalmente en el reaprovechamiento de las redes eléctricas de distribución, con el objeto de prestar servicios de telecomunicaciones como Internet y Telefonía, entre otros, presentándose así una nueva alternativa al bucle de abonados telefónico en el mercado de las telecomunicaciones.

Palabras clave: Power Line Communications. Redes eléctricas. Telecomunicaciones. Internet

Abstract

The research paper called "Public Service in the Venezuelan Electrical Sector and Telecommunication Law," addresses mainly the judicial-sectorial regime regarding electricity and telecommunications in Venezuela, with the purpose of exploring the judicial viability of implementing "Power Line Communication" (PLC) technology in the country by the power distribution companies. Such technology consists mainly in the re-usage of power distribution networks to provide Internet and Phone services, among others, bringing about a new possibility to the phone subscriber chain in the telecommunications market.

Keywords: Power Line Communications. Electricity network. Telecommunications. Internet.

Introducción

El artículo 4 de la vigente Ley Orgánica del Sector Eléctrico del 31 de diciembre de 2001, ha declarado como servicio público a las actividades del sector eléctrico (producción, comercialización, distribución y transmisión de energía). A la par de ello, el artículo 3 *ejusdem*, establece que el Estado promoverá la competencia donde sea pertinente, y regulará la competencia en aquellos casos de monopolios naturales, fomentando a su vez, la iniciativa privada en el ejercicio de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

Así, hoy día el sector eléctrico venezolano cuenta con partes fuertemente reguladas y otras no tan reguladas. En las primeras, será necesario el otorgamiento de una concesión -sectores de distribución y transporte de energía-, mientras que en las segundas, lo único que se necesitaría para su prestación, es una

autorización -sectores de comercialización y producción-. En contraposición a lo anterior, y como un caso especial, el Estado se ha reservado la explotación exclusiva de la actividad de producción de energía hidroeléctrica, en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura.

Por otro lado, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del 12 de junio de 2000, los servicios de telecomunicaciones han pasado de ser de titularidad absoluta del Estado, a ser de titularidad privada, y por consiguiente, a permitirse su prestación y explotación a favor de los particulares mediante la introducción del capital privado. Se ha liberalizado el sector de las telecomunicaciones, y para prestar servicios en el sector mencionado, sólo bastará obtener el correspondiente título administrativo -habilitación administrativa-, dejando atrás el régimen de las concesiones para la explotación del servicio público de las telecomunicaciones, ahora, servicio de interés general.

Tras este régimen jurídico, que puso en marcha el desarrollo del sector de las telecomunicaciones en Venezuela, muchos han sido los operadores que han deseado incursionar e invertir en el negocio, pero, han visto ciertas trabas en su inicio y continuación, debido a que, al parecer, el mencionado régimen jurídico, no fue suficiente para ordenar la apertura de las telecomunicaciones.

La mencionada apertura, no se ha dado de manera igualitaria. Aquel operador que tenga los suficientes medios económicos para establecer su propia red de telecomunicaciones, ha visto un poco de luz, mientras que aquellos operadores de telecomunicaciones que necesitan la ayuda de otras redes ya instaladas, para poder surgir, han visto cantidad de barreras.

El operador exmonopolista ya establecido (CANTV), es el propietario de la red de telecomunicaciones más extendida en Venezuela, y por Ley está obligado a dar interconexión y acceso a sus vías generales; ello para permitir a los operadores sin red o con redes incompletas, el acceso al mercado. El mencionado operador exmonopolista, mantiene a la vez, ya no un monopolio legal, sino un monopolio de hecho, debido a que no es fácil extender una red de telecomunicaciones de la misma magnitud que la existente, de un día para otro. De hecho, no es fácil obligar al referido operador a dar acceso a sus redes, -en especial a la parte más cara, cual es el bucle de abonados o última milla, que constituye la parte de la red que va desde la central más cercana hasta el usuario-, para así permitir la entrada de nuevos operadores y fomentar la competencia.

Dadas las características jurídicas especiales de los sectores mencionados -sector eléctrico y telecomunicaciones-, y retomado la idea sobre que hoy día los particulares podemos prestar las actividades relacionadas con el servicio público del sector eléctrico, sólo mediando las limitaciones establecidas en la Ley, es objeto de la presente investigación, relacionar la prestación del servicio mencionado con el mercado de las telecomunicaciones; y en general responder las siguientes interrogantes: ¿puede el particular, concesionario de un servicio público como el eléctrico, compaginarlo con la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros, siendo estas últimas actividades de interés general?, ¿qué mecanismos o limitaciones habrá que seguir, de resultar positiva la interrogante anterior?, ¿cómo quedarían los derechos de paso adquiridos por

las empresas del sector eléctrico que operen a través de tecnologías de red?, ¿podrían las empresas del sector eléctrico, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual, aprovechar sus infraestructuras de red destinadas en principio a prestar servicios eléctricos, para ser reutilizadas en la prestación de servicios de telecomunicaciones en competencia con los demás operadores de telecomunicaciones?, ¿podrían las empresas eléctricas presentarse como otra alternativa posible para los usuarios y para los propios operadores de telecomunicaciones?

Ahora bien, todas estas inquietudes surgen, -y de allí el interés de dirigir la presente investigación en tal sentido- en razón del ya comentado monopolio de hecho que actualmente ejerce el exmonopolista, u operador de telecomunicaciones establecido, CANTV, y de la necesidad de comunicar lo importante que es para el sector de las telecomunicaciones, que el referido operador, participe en el mismo atendiendo a las limitaciones que se le establecen por Ley, ello hasta que por sí sólo el mercado se dirija a alcanzar la libre competencia. Luego, mientras esta situación de transición disminuye su medida, sería necesario y útil buscar nuevas alternativas en el mercado de las telecomunicaciones, y una de ellas es la reutilización de las infraestructuras de redes eléctricas.

Específicamente, a través de la presente investigación, se estudiará la posibilidad jurídica de la implantación de la tecnología Power Line Communications (PLC) en Venezuela, vista esta, como aquella que aprovecha el bucle de abonados eléctrico para la prestación del servicio de telecomunicaciones -especialmente Internet-; ello independientemente de que exista o no actualmente un verdadero interés por parte de las empresas eléctricas, de invertir en la tecnología mencionada y crear así una alternativa al bucle de abonados telefónico ya establecido.

Luego, son las empresas de distribución eléctrica, las cuales gestionan un servicio público y son a su vez dueñas de las redes, las que podrían cuestionarse la posibilidad de la implantación de la tecnología PLC. Específicamente, se trata sobre la posibilidad de que las mencionadas empresas colaboren con el desarrollo de las telecomunicaciones en nuestro país, y el de la competencia en el mercado, proponiendo la prestación de servicios como, Internet, telefonía, videoconferencias, vídeo a la carta o vídeo bajo demanda, entre otros, a través de sus redes eléctricas ya instaladas.

Dicho esto, se ha creído conveniente, que el presente estudio se estructure en tres capítulos, los cuales serán los siguientes:

- “Aspectos jurídicos relevantes del servicio eléctrico en Venezuela”; el cual incluirá puntos como, las implicaciones o consecuencias de la declaración de servicio público, separación de actividades, títulos administrativos, intervencionismo del Estado en el sector, entre otros aspectos.
- “Las empresas eléctricas y los servicios de las telecomunicaciones”; el cual versará sobre el estudio de la posibilidad jurídica de que las empresas

eléctricas incursionen en el mercado de las telecomunicaciones, y especialmente, sobre los requisitos que impone la regulación sectorial eléctrica necesarios para ello.

- “El Power Line Communications en Venezuela y las empresas de servicio público de distribución de energía eléctrica”; el cual abarcará los requisitos que en materia de la regulación sectorial de las telecomunicaciones, deberían cumplir las empresas eléctricas de distribución que deseen incursionar en la tecnología mencionada, así como, los derechos y deberes más importantes a los que estarían sujetas como consecuencia de ello y finalmente, los problemas en cuanto a las competencias de los organismos reguladores sectoriales (eléctrico y telecomunicaciones) en relación con el derecho de la competencia.

Pues bien, si resultara posible en el sector eléctrico venezolano, que las empresas de distribución de energía incursionen en el sector de las telecomunicaciones, y que implanten la tecnología PLC: (i) se presentaría una nueva alternativa al bucle de abonados telefónico, que se encuentra ahora como un cuello de botella; (ii) se abrirían nuevos mercados y empleos; (iii) se fomentaría la competencia; (iv) se permitiría la entrada de otros operadores; y (v) en definitiva, se permitiría con todo ello, que se mejore la prestación de los servicios. Se sobreentiende entonces, la importancia del tema a ser tratado.

Se pretende con esta investigación, y con la exposición de los estudios realizados para su desarrollo, observar la posibilidad de explotar -como alternativa al bucle telefónico- el bucle eléctrico, que forma parte de las redes eléctricas de distribución ya existentes, pertenecientes a las empresas eléctricas de distribución, para dar servicios de telecomunicaciones. Para ello, se evaluará la posibilidad de la implantación de la tecnología PLC, desde el punto de vista jurídico, técnico y económico, apuntando al sector de las telecomunicaciones, el eléctrico, e incluso al del derecho de la competencia. Se hará énfasis en estudiar los posibles problemas jurídicos que puede traer consigo, la decisión de implantar la tecnología en referencia.

Han sido pocos los autores que se han interesado en el tratamiento del tema sobre el que versa esta investigación, por lo que se ha ceñido para su elaboración a la doctrina existente y a un análisis exhaustivo del régimen jurídico de los sectores de telecomunicaciones y el eléctrico.

Finalmente, decir que con la presente investigación, se busca alentar a los operadores entrantes que deseen incursionar en el mundo de las telecomunicaciones, y dar un voto de confianza para la Administración Pública y los Organismos reguladores, dirigido al fomento del desarrollo de la implantación de la tecnología PLC como alternativa a la problemática que presenta el bucle de abonado telefónico en Venezuela.

I. Aspectos jurídicos relevantes del servicio eléctrico en Venezuela

A los efectos de la presente investigación, sólo importa tratar en el presente capítulo, algunos puntos de la regulación vigente en Venezuela relacionados con el sector eléctrico. Estos puntos versan sobre: (i) la consideración de los servicios eléctricos como actividades de servicio público, a la par de su consideración como actividad liberalizada, (ii) la separación de las actividades básicas en el sector eléctrico, (iii) la posibilidad de permitirse el acceso de terceros a las redes eléctricas (ATR), y (iv) el régimen de los títulos jurídicos para la prestación de los servicios eléctricos.

1. Antecedentes

Antes de comenzar a desarrollar los puntos anteriormente mencionados, forzoso es en estos momentos, hacer un breve recuento de acontecimientos que han precedido al régimen jurídico actual en cuanto al sector eléctrico. Así, antes del año 1996, en Venezuela no existía instrumento jurídico que regulara en especial el sector eléctrico, hasta la entrada en vigencia del Decreto N° 1.558 de fecha 30 de octubre de 1996¹, el cual abarcó los aspectos relacionados con la regulación y vigilancia del sector eléctrico, el régimen económico, la planificación del sector, sus actividades y la declaratoria del sector eléctrico como servicio público nacional.

A la par de la publicación del mencionado instrumento jurídico -el cual fue arduamente criticado de inconstitucional, en virtud de que el mismo limitaba derechos constitucionales como el de la libertad económica y no era como tal una norma de rango legal-, se originaron algunos proyectos de Ley, el primero de ellos, fue el proyecto de Ley Orgánica que Regula las Actividades del Sector Eléctrico Nacional, presentado al ya extinto Congreso de la República en fecha 30 de octubre de 1996.

Este primer proyecto, declaraba las actividades relacionadas con el sector eléctrico, como servicio público de carácter esencial, obligatorio, solidario y de utilidad pública, así como reconocía la libre iniciativa empresarial o la libre competencia en el sector, correspondiendo al Estado la intervención en materia de la regulación y vigilancia del estatuto de los usuarios, y la creación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, con potestades de sancionar, controlar, regular y vigilar el sector.

Igualmente, se creaba a través del referido proyecto, a la Corporación Eléctrica Nacional, como casa matriz que abarcaría una empresa de generación, otra de transmisión y transformación, así como otra de construcción y de distribución de energía, las cuales, serían constituidas con capital de todas las empresas participantes en el sector eléctrico estatal. Por su parte, sería el “Despacho Nacional de Cargas”, el que se encargaría de la operación del mercado,

¹ Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.085, de fecha 13 de noviembre de 1996.

supervisión, planificación y control de las actividades de generación, transmisión y despacho de cargas en el Sistema Interconectado Nacional.

No acabar de comentar este primer proyecto de Ley, sin mencionar que el mismo a pesar de reconocer la libertad de empresa, a la par proponía igualmente un alto grado de intervención del Estado, ello a través del otorgamiento de concesiones para todos los sectores, distribución, transmisión, comercialización y transformación de energía.

En segundo lugar, se tiene el proyecto de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional, presentado al entonces Congreso de la República en fecha 10 de abril de 1997, cuyos puntos resaltantes fueron: (i) establecer un régimen dual de títulos administrativos, es decir, concesión para la prestación de los servicios de distribución, generación hidroeléctrica y geotérmica, mientras que se requería de licencia para la prestación de actividades como la generación termoeléctrica y la transmisión, (ii) incentivar la participación privada, (iii) disminuir las potestades de planificación y control del Estado, las cuales serían subsidiarias a la de los particulares, (iv) fomentar la libre competencia, (v) crear una Superintendencia del Servicio Eléctrico, la cual regularía el sector y otorgaría servicios en concesión, y (vi) crear el Centro Nacional de Operaciones del Sistema Interconectado, como operador del mercado, entre otros aspectos.

En tercer y último lugar en cuanto a proyectos, se tiene el presentado ante el referido Congreso de la República, por medio de comunicación de fecha 4 de marzo de 1998 por el Presidente de la Comisión Permanente de Energía y Minas del Senado, en el cual se siguieron básicamente las mismas líneas que los proyectos anteriores, entre ellas, la estimulación de la inversión privada y la competencia, la intervención del Estado en cuanto a regulación y fiscalización, la creación del Centro Nacional de Gestión del Sistema Interconectado; con la única diferencia que en este proyecto, sólo se requería de una concesión para la prestación de los servicios de distribución, mientras que para los otros sectores se requería de una autorización.

Luego de la aparición de todos los proyectos mencionados, en fecha 26 de abril de 1999, se publicó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Servicio Público², teniéndose así por primera vez en Venezuela un instrumento jurídico de rango legal que regulara el sector eléctrico. Así, el mencionado instrumento previó el principio de separación de actividades, el régimen de exclusión en la prestación de una actividad relacionada con el sector eléctrico con respecto a las demás, la división del sector en actividades potencialmente competitivas y otras no competitivas, el reconocimiento de un mercado mayorista y otro de tarifas reguladas (minorista), la creación del órgano regulador Comisión Nacional de Energía Eléctrica -en adelante CNEE- y del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico -en adelante CNGSE-, quien sería el operador del mercado.

A pesar de que no se puede menospreciar el esfuerzo llevado a cabo para que Venezuela tuviese un primer instrumento de rango legal que regule el sector

² Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.687, de fecha 26 de abril de 1999.

eléctrico, el mismo no llegó a cumplir sus cometidos, cuando se vio necesario implantar su reforma, debido a que en primer lugar, no se creaban por fin ninguna de las instituciones llamadas a ejecutar la Ley, ni se producía la separación jurídica de actividades, vista esta como pieza clave de los cometidos de fomento de la competencia en el referido sector.

2. Ley Orgánica del Servicio Eléctrico

A raíz de la problemática planteada, se publica en fecha 31 de diciembre de 2001³, la Ley Orgánica del Sector Eléctrico -en adelante LOSE-, la cual pretende remediar los defectos de la Ley anterior, ajustando los términos para la creación de la CNEE, de la CNGSE y de la separación jurídica de actividades.

Entre los aspectos más importantes del mencionado instrumento legal están: (i) la incorporación de los Estados en la planificación del sector eléctrico, (ii) la inclusión en el Plan de Desarrollo del Servicio Eléctrico Nacional, de los requerimientos estimados de incorporación de capacidad de generación y la cartera de proyectos de expansión del sistema de transmisión, (iii) la inclusión dentro de las competencias de la CNEE, de identificar la mejor teoría, métodos y modelos de asignación óptima para la formación de los precios en los nodos de intercambio del Sistema Eléctrico Nacional, así como del fomento y protección de la libre competencia, (iv) otorga a las empresas de distribución de energía, la labor de ejecutar los programas de inversión urbanos, dentro de su área de cobertura, en coordinación con las autoridades municipales correspondientes, (v) las empresas comercializadoras, deberán suministrar las informaciones que le sean pedidas por las autoridades municipales, (vi) en materia de servidumbres, se requerirá la autorización previa de las autoridades competentes⁴.

Sin embargo, entre los aspectos de la LOSE que más interesa resaltar en esta investigación, a continuación serán desarrollados los siguientes puntos: (i) la declaratoria como de servicio público de las actividades del sector eléctrico, (ii) la reserva a favor del Estado, de parte del sector de producción de energía hidroeléctrica -especialmente la explotación de los ríos Caura, Paragua y Caroní-, (iii) los títulos jurídico-administrativos necesarios para prestar las actividades del sector eléctrico y (iv) la separación jurídica de actividades.

A. La declaratoria como servicio público de las actividades del sector eléctrico

El artículo 4 de la LOSE, prevé que se declaren como servicio público, las actividades que constituyen el servicio eléctrico. Ahora bien, se ha dicho por parte de la doctrina, que las consecuencias y utilidad inmediata de la declaratoria de servicio público de una actividad, es la (i) titularidad del servicio o actividad

³ Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.558, Extraordinario, de fecha 31 de diciembre de 2001.

⁴ Al respecto ver en más detalle a: BADELL MADRID, R., QUIROZ RENDÓN, D. y HERNÁNDEZ, J., *Régimen Jurídico del Servicio Eléctrico en Venezuela*, Caracas, 2002, páginas 40-45.

a favor del Estado, (ii) la presencia de reglas exorbitantes del derecho común y (iii) la exclusión de los particulares en la prestación de los mismos (Nebot Lozano, Jose María, en definición de la noción clásica de servicio público).

También se ha dicho, que la declaración de servicio público de una actividad, trae con sí ciertas potestades públicas a favor del Estado, que se traducen en: (i) la potestad de creación y supresión del servicio por cada uno de los entes político territoriales, según sea el caso, (ii) la potestad de dirección del servicio, la cual comprende la regulación en detalle del sector, (iii) la potestad de elección del gestor indirecto del servicio, supuesto además en el cual se delega la responsabilidad en la gestión, mas nunca la titularidad y (iv) la potestad de control y sancionadora, que abarca la potestad de policía, no sólo respecto a los gestores del servicio público sino también respecto a los usuarios⁵.

Igualmente, se ha dicho que la noción de servicio público puede aludir al concepto formal o material. El primero, alude a los servicios que en reserva a favor del Estado, sólo pueden ser prestados en exclusividad por el mismo; mientras que el segundo concepto, alude a las actividades que sin ser exclusivas del Estado, deben ser aseguradas y tuteladas por él, y que es este último concepto, el que debe ser entendido como empleado por el artículo 4 de la LOSE⁶.

A nuestro modo de ver, la noción de servicio público referida en el artículo 4 de la LOSE, no es muy feliz si se tiene en cuenta el resto de la redacción del mencionado instrumento legal, que conduce más bien a pensar, que las actividades del sector eléctrico han debido declararse en Venezuela como “actividades de interés general”.

El referido artículo, deberá verse concatenadamente con el resto del articulado de la LOSE, específicamente: (i) con el artículo 3 *ejusdem*, el cual establece que el Estado promoverá la competencia en aquellas actividades del servicio eléctrico donde sea pertinente, y la iniciativa privada; (ii) con el artículo 2, el cual prevé que el Estado deberá garantizar un suministro de electricidad al menor costo posible y con la calidad requerida por los usuarios y (iii) con los artículos que regulan los títulos administrativos previstos en la LOSE.

Es posible que se esté en presencia de un servicio público de los que entre nosotros, Brewer Carías, ha denominado “servicios públicos concurrentes”, en los que si bien es cierto se limita la libertad económica a favor de los particulares, no la excluye, como sí ocurre en la declaratoria de reserva de cierta actividad a favor del Estado en los servicios públicos excluyentes⁷. En tales servicios públicos

⁵ ARAUJO-JUAREZ, J., *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2003, páginas 71-74.

⁶ BADELL MADRID, R.; Ob Cit., páginas 75-78. En este sentido, estos autores comentan en la obra citada, que “Ninguna consecuencia jurídica se desprende del artículo 4 (de la LOSE), en el sentido que éste no reserva al Estado ninguna actividad eléctrica ni impone limitación alguna a las empresas eléctricas. Debe desecharse, por tanto, que la norma recoja el concepto formal de servicio público”.

⁷ Revista de Derecho Público N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, abril-junio, 1981, página 70.

concurrentes, también tienen competencia los Estados y los Municipios, tal como se desprende de los artículos 11 y 42 de la LOSE.

Ahora bien, tal como está redactada la LOSE en su totalidad, las actividades del sector eléctrico deberán verse como de naturaleza privada, donde a pesar de la declaratoria de servicio público, la titularidad de las mismas no es muy clara en cada uno de los sectores; ello aunado a que lo que tiene expresamente el Estado bajo su responsabilidad es la garantía del suministro del servicio eléctrico (artículo 2 de la LOSE) mas no su prestación. Más dudas surgen al respecto, si se percata que existe una dualidad de técnicas de intervención de mayor o menor grado (concesiones y autorizaciones), dependiendo del grado de competencia que pueda darse en cada uno de los sectores eléctricos de que se trate. Estas cuestiones no dejan claro -se insiste-, sobre quién tiene la titularidad de las actividades del sector eléctrico.

Sin embargo nos inclinamos a pensar, en que lo cierto es que el hecho que se haya declarado a través de la LOSE, que el sector eléctrico abarca actividades declaradas como servicio público, no quiere decir que excluye en su prestación a los particulares, todo lo contrario, está abierta la posibilidad de que ellos participen, y aún más, en libre competencia, y siguiendo los requisitos establecidos en la Ley⁸. Igualmente, pareciera ser que hay una especie de dualidad de titularidad de las actividades del sector eléctrico, donde por una parte el Estado parece ser titular de las actividades de distribución y transmisión, y por ende el llamado a prestarlo en primer término –a menos que se decida delegar la responsabilidad en la gestión a favor de un particular, mediando una concesión-, y por la otra parte, el particular pareciera ser titular de las actividades de producción y comercialización, en el mismo sentido. Ello podría verse de esta manera, por el hecho de existir una dualidad de regímenes jurídicos en cuanto a títulos administrativos se refiere, lo cual será tratado en detalle más adelante.

B. La reserva demanial a favor del Estado del sector de producción de energía hidroeléctrica en los ríos Caura, Paragua y Caroní

El artículo 3 de la LOSE, Parágrafo Único, ha reservado al Estado la actividad de generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Caura y Paragua, de conformidad con el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁹.

⁸ Al respecto se ha pronunciado la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), en la Resolución N° SPPLC/034-99 de fecha 29 de junio de 1999: *“El derecho a la libertad económica no se encuentra destruido ni disminuido cuando una empresa realiza una actividad de servicio público. Si bien se afecta un elemento propio de ese derecho, como es la libre concurrencia de acceder a la actividad; una vez que se levantan esas barreras legales y se permite el acceso a varias empresas para que realicen el servicio público, a través de una concesión o autorización, se está colocando a esas empresas en condición de competir. (...)”*.

⁹ Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453, Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000.

Ahora bien, la reserva a favor del Estado de un sector de la actividad económica comprende la *publicatio*, es decir, se le confiere la titularidad del sector mencionado, y además se excluye la libertad de empresa, descarta el derecho de libertad económica de los particulares, implantando un monopolio de derecho a favor del Estado, todo ello en aras de proteger el interés general.

Tal como se ha querido decir, la actividad de generación de energía en Venezuela comparte un régimen jurídico dual, en el sentido que por un lado, la generación de energía hidroeléctrica (y sólo en los ríos Caroní, Caura y Paragua) está reservada a favor del Estado, mientras que las otras industrias de generación de energía -como la eólica, térmica, nuclear, solar u otras que puedan surgir según avances tecnológicos-, están abiertas a la libre competencia, acompañadas de las barreras legales establecidas en la LOSE en cuanto a su régimen autorizatorio.

En otras palabras, la actividad de generación de energía no se ha reservado en su totalidad por la LOSE a favor del Estado, ello sólo ha pasado con parte de la generación, incluso, con parte de la generación hidroeléctrica. Así, de conformidad con la reserva del agua como bien del dominio público Nacional -declaración realizada por el Constituyente, mediante el artículo 304 de la Constitución Nacional- ha operado sobre las aguas venezolanas lo que se denomina reserva demanial, en consecuencia, los particulares podrían explotarlas sólo a través de concesión.

Es decir, si un particular decidiese ejercer su derecho de libertad económica en materia de generación de energía hidroeléctrica, en primer lugar, no podrá pensar en los ríos Caroní, Caura o Paragua, sino en cualquier otro cuyo caudal sea apto para la generación de energía, en virtud de que la explotación de aquellos ha sido reservada al Estado venezolano; en segundo lugar, deberá obtener una concesión del Estado para explotar un bien del dominio público Nacional, de conformidad con el artículo 91 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas y en tercer lugar, deberá obtener una autorización de conformidad con el artículo 24 de la LOSE.

Ahora bien, luego de planteada la reserva a favor del Estado venezolano de las actividades relacionadas con la generación de energía hidroeléctrica en los ríos Caura, Paragua y Carona, el mismo tiene la potestad de decidir si tales actividades serán explotadas mediante su gestión directa centralizada o directa descentralizada. A través de la gestión centralizada, la actividad es dirigida por la Administración Pública Central, a través de sus órganos centralizados sin personalidad jurídica y subordinados al control jerárquico; mientras que en la gestión directa descentralizada, la actividad es dirigida por un ente descentralizado con personalidad jurídica propia y patrimonio propio, sometido al control de tutela o accionarial, si se trata de un instituto autónomo o una empresa del Estado, respectivamente.

Finalmente, el Estado también podrá delegar la gestión de una actividad reservada a su favor, a una empresa privada o privatizada mediando la respectiva concesión, por su puesto en calidad de monopolio y conservando la titularidad sobre la misma; así nos lo ha demostrado la experiencia en nuestro país,

particularmente con el contrato de concesión del que eran parte el Estado venezolano y la CANTV, por medio del cual dicha empresa gestionaría los servicios de telecomunicaciones en monopolio, por un tiempo de concurrencia limitada, el cual venció poco después de entrar en vigencia la Ley Orgánica de Telecomunicaciones -en adelante LOTEL-¹⁰, liberalizadora de tales servicios.

C. Los títulos jurídico-administrativos necesarios para prestar las actividades del sector eléctrico

Debido a la relevancia que tiene el sector eléctrico para el interés general, el mismo debe ser regulado en su totalidad, y así se ha hecho por la LOSE, aunque en unas áreas con más intensidad que en otras, de manera que la intervención del Estado se torna más fuerte en unas actividades que en otras. Todas las actividades que conforman el negocio de la electricidad están reguladas, sólo que la LOSE las regula de manera diferente. Por ello, es absurdo referirse a actividades reguladas y otras no reguladas en el sector eléctrico. Más bien, podría hablarse de actividades fuertemente reguladas y de actividades no tan reguladas.

Así las cosas, y tal como se ha dejado ver, la Ley en referencia divide el negocio de la electricidad en varias actividades, producción, comercialización, distribución y transporte de energía, siendo las dos primeras actividades no tan reguladas y las dos últimas fuertemente reguladas. Es seguro que el referido instrumento legal, por un lado, ha ambicionado la competencia en algunos sectores eléctricos, entre otras cosas porque:

(i) Ha abierto la posibilidad de que puedan crearse muchas instalaciones para la producción de energía que compitan entre ellas, previa obtención de una autorización administrativa (artículo 24 de la LOSE).

(ii) Ha establecido a su vez, que la venta de energía podrá hacerse con tarifas reguladas para la venta a los consumidores no cualificados, como por ejemplo los hogares, y con tarifas no reguladas o de libre mercado para la venta a los comercializadores y distribuidores, o consumidores cualificados; ello con la posibilidad de que los precios sean libres para todos en determinada trayectoria del sector (artículo 118 de la LOSE).

(iii) Ha pretendido que la competencia se fomente aún más, previendo que no sólo las empresas productoras o distribuidoras de energía sean las que la suministren, sino que también puedan suministrarla los comercializadores previa autorización administrativa (artículo 38 de la LOSE). De esta manera, se abre a la competencia también, el suministro de energía.

(iv) Ha previsto a favor de quienes ejerzan actividades en el sector eléctrico, así como los grandes usuarios, la disposición de la capacidad de transporte de las redes de transmisión y de distribución de energía eléctrica, a menos que razones técnicas impidan tal acceso (artículo 7 de la LOSE).

¹⁰ Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970, de fecha 12 de junio de 2000.

Las actividades de distribución y de transporte han sido consideradas, -aunque no expresamente por la Ley- como monopolios naturales, ya que el despliegue de muchas redes de transporte y de distribución, con el fin de duplicarlas o triplicarlas, sería totalmente inoficioso, costoso, e impensable, desde el punto de vista económico, urbanístico y ambiental. Por ello, abrir plenamente a la competencia a estas dos actividades es muy difícil, sobre todo teniendo en cuenta que interesa más bien, que tales actividades sean prestadas por pocos, pero buenos operadores, ello con la finalidad de impedir la duplicación excesiva de redes que afecten tanto la ineficacia del mercado como la del precio final del servicio¹¹. De allí que algunos autores reconozcan que no se pretende una competencia absoluta o perfecta, sino una competencia regulada¹².

Así las cosas, la actividad de policía del Estado en el sector eléctrico venezolano, se materializará atendiendo a cada una de las actividades del sector, con el otorgamiento de concesiones o autorizaciones, según se esté en presencia de actividades fuertemente reguladas o no, respectivamente. Existe entonces un doble régimen jurídico en materia de títulos administrativos en el sector eléctrico. Por un lado, para la explotación de las actividades de distribución y transporte de energía -actividades fuertemente reguladas- será necesario la obtención de una concesión, ello de conformidad con los artículos 27 y 35 de la LOSE; mientras que por otro lado, para la explotación de las actividades de producción y comercialización -actividades no tan fuertemente reguladas-, será necesario la obtención de una autorización administrativa, ello de conformidad con los artículos 24 y 38 de la LOSE.

Es necesario en estos momentos, precisar las consecuencias de este régimen jurídico dual de títulos administrativos en el sector eléctrico. Ahora bien, hasta ahora se ha dicho a lo largo de la presente investigación (en concordancia con lo expuesto por un sector de la doctrina), que las actividades del sector eléctrico, en general, no han sido reservadas a favor del Estado, y que sólo ha operado la declaratoria de servicio público en su concepción material, en el sentido de que las actividades del sector eléctrico deben ser consideradas como de naturaleza privada, donde el Estado tiene la función de garantizar el suministro eléctrico bajo las condiciones previstas en el artículo 2 de la LOSE, y en consecuencia, no se ha excluido la participación de los particulares.

Partiendo de la premisa descrita, la exigencia de la obtención de títulos administrativos para la explotación del sector eléctrico por el particular, no debe traducirse en un desconocimiento de su derecho a participar en la prestación de servicios eléctricos en competencia, sino en limitaciones impuestas por Ley para ello; teniéndose entonces una intervención, más, o menos intensa, dependiendo

¹¹ Al respecto, HERNÁNDEZ, J., *Garantía de Suministro Eléctrico y Libre Competencia*, Consultado en la página web: <http://www.badellgrau.com>

¹² ARIÑO ORTÍZ, G. y LOPEZ DE CASTRO, L., *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998, página 437. DE LA CRUZ FERRER, J., *La Liberalización de los servicios públicos y el Sector Eléctrico. Modelos y Análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, página 119 y siguientes.

de la actividad en cuestión y de las fallas reconocidas en cada uno de los sectores eléctricos.

Clásicamente se ha considerado, que el otorgamiento de una concesión implica la constitución de un derecho *ex novo* y de carácter personalísimo a favor del particular, que consiste en la delegación discrecional por parte del Estado de la gestión de un servicio público, conservando la titularidad de la actividad. En otras palabras, la titularidad de la actividad a favor del Estado, nunca podrá ser delegada.

Por lo anterior se considera pudiera decirse que, para los casos en que la LOSE exija la obtención de una concesión, pareciera que la intención del legislador es mantener en cabeza del Estado la titularidad de las actividades del sector eléctrico en cuestión, entendiéndose a las actividades de distribución y transmisión de energía. Luego, dentro del régimen jurídico que impera en los contratos de concesión, el Estado tendría las prerrogativas de la Administración o potestades exorbitantes del derecho privado, entre ellas: el *ius variandi*, la extinción anormal mediante la intervención definitiva o preventiva de la concesión (artículo 51 de la LOSE), la reversión de los bienes (artículo 50 de la LOSE), facultades de dirección y control sobre la concesión, facultades de sanción, facultad de interpretación unilateral, poderes especiales como el control de los monopolios y el abuso de las posiciones dominantes, el rescate anticipado del contrato por razones de interés público, entre otras¹³.

Ahora bien, si la prestación de los mencionados servicios de distribución o transporte de energía, deciden gestionarse a través de un ente público descentralizado, no podría hablarse de una concesión propiamente dicha, sino de los llamados “contratos de concesión Inter-administrativos”, en consecuencia, se tendrá un régimen jurídico especial diferente, ya que no se estaría en presencia de un particular en la gestión de los servicios, sino del mismo titular, luego no sería lógico hablar de una autoconcesión, o de que el Estado tendría en estos casos facultades de intervención. Así, se piensa que la concesión es una limitación inaplicable para el caso de que la explotación del servicio o del recurso, sea efectuada por una empresa del Estado o un instituto autónomo.

El régimen de los contratos Inter-administrativos, trae como consecuencia la disminución en la intensidad de la regulación -la cual es normalmente aplicada en cuanto a la explotación de las actividades de distribución y transporte de energía- y la ausencia de la posibilidad del ejercicio de prerrogativas exorbitantes. Así, cuando se está en presencia de contratos Inter-administrativos, se tiene según los últimos autores mencionados, lo siguiente: (i) se podrá elegir libremente al contratista sin la necesidad de llevar a cabo procedimientos de licitación, (ii) inaplicabilidad de sanciones y multas que exijan el cumplimiento de las cláusulas contractuales, (iii) el sometimiento de los conflictos derivados de la ejecución del contrato a medios alternativos a los jurisdiccionales de solución de controversias.

13 Ver en más detalle a: BADELL MADRID, R.; *Ob Cit.*, páginas 288 y siguientes.

Por otro lado, las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica, por demás actividades no tan fuertemente reguladas, exigen para su prestación, de la obtención de una autorización administrativa por parte de la CNEE, ello de conformidad con los artículos 24 y 38 de la LOSE. Tal exigencia encuentra su base en una de las formas del ejercicio de las actividades administrativas, cual es la policía administrativa, que permite el control, vigilancia, regulación y ordenación de ciertas actividades ejercidas por parte de los particulares, e incluso, por parte de los entes públicos creados al efecto, todo ello en aras de proteger el interés público, cuyo principal garante por excelencia, es el Estado.

El otorgamiento de una autorización para la prestación de las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica, se traduce en el levantamiento de barreras legales, con el fin de reconocer regladamente un derecho preexistente que ya se encuentra en la esfera de derechos subjetivos de los particulares, es decir, del cual ya era titular¹⁴.

Por lo anterior se considera pudiera decirse que, para los casos en que la LOSE exija la obtención de una autorización administrativa, pareciera que la intención del legislador es mantener en cabeza del particular la titularidad de las actividades del sector eléctrico en cuestión, entendiéndose a las actividades de comercialización y producción de energía.

Por su parte, el segundo aparte del artículo 43 de la LOSE, alude a que las autorizaciones deberán ser otorgadas sin perjuicio de las habilitaciones y demás autorizaciones de acuerdo con la Ley, como por ejemplo, las concesiones para la explotación de las aguas como bien del dominio público Nacional a las que ya se ha hecho referencia, y todas las que se exijan por las autoridades ambientales y urbanísticas, entre otras.

En primer lugar, en cuanto a la generación, el artículo 43 de la LOSE prevé que las autorizaciones se emitirán a fin de garantizar el cumplimiento de normas técnicas de instalación y operación, en el caso de centrales de generación. Así, se requerirá de autorización, para el establecimiento de cada una de las centrales de generación, así como para la ampliación o modificación de la capacidad de las instalaciones existentes y para la conexión del Sistema Eléctrico Nacional de instalaciones de generación de sistemas independientes.

El Parágrafo Único del artículo *in commento*, prevé que la CNEE podrá exceptuar de la obligación de otorgar una autorización, a los propietarios de instalaciones de generación de electricidad, que en atención a sus características, así lo requieran; de este modo el artículo 119 de la LOSE, exime de la obtención de autorización administrativa, a las instalaciones de autogeneración de hasta (2MW) y las centrales de generación en sistemas independientes de hasta cinco megavatios (5MX), valores que por demás podrán ser variados por la CNEE.

En segundo y último lugar, el artículo 38 de la LOSE, define las actividades de comercialización de energía, como aquellas destinadas a la compra y venta

¹⁴ En más detalle, sobre autorizaciones; ARAUJO-JUÁREZ, J., *Manual de Derecho de los Servicios Públicos...Ob Cit*, páginas 276-278.

de potencias y de energía eléctrica, y aunque no lo prevé expresamente el mencionado artículo, dicha actividad se realizará bajo el principio de libertad de precios. En este mismo sentido, el mencionado artículo 43 de la LOSE, prevé que la autorización necesaria se otorgará según las normas que regulen la actividad, sin perjuicio igualmente, de las habilitaciones y demás autorizaciones de acuerdo con la Ley.

D. La separación jurídica de actividades

Entendiendo que varias han sido las formas que ha implementado el legislador venezolano para fomentar la competencia en el sector eléctrico, entre ellas: (i) la no reserva de ninguna actividad en su totalidad a favor del Estado; (ii) permitir el (ATR) o acceso de terceros a las redes ya establecidas (artículos 7 y 36, numeral 5 de la LOSE); (iii) fomentar la separación entre mercados mayoristas y minoristas, entre otras; en la LOSE también se previó en aras de fomentar la competencia, la figura de la separación jurídica de actividades.

Las empresas de distribución y transporte de electricidad, generalmente presentan una integración vertical, es decir, se dedican a varias de las actividades que constituyen el negocio de la electricidad, creando así un ambiente de complicidad, concentración y de preferencias para el operador responsable de la ejecución de las mismas, impidiendo así la competencia. Este es precisamente, otro de los aspectos más difíciles que también tuvo que prever el legislador venezolano, como uno de los pilares fundamentales para el fomento de la competencia en el referido sector. A este punto se hará referencia de seguidas.

Lo que se pretende evitar con la consagración de la separación jurídica de actividades, es que una única empresa, pueda dedicarse a diferentes actividades a la vez, estas son en general, producción, transporte y distribución de energía. La LOSE, ha emprendido una estructuración del mercado sobre la base de la separación de las mencionadas actividades del sector eléctrico (*unbundlig*), ello para: (i) fomentar un mercado basado en la libre competencia entre los diferentes agentes que intervienen en el mismo, (ii) evitar las concentraciones o integraciones verticales de las empresas que busquen eliminar la competencia en el mercado, (iii) evitar las subvenciones cruzadas, o que los fallos en materia de costos generados en los mercados no competitivos, se trasladen a los mercados competitivos, (iv) los abusos en las posiciones de dominio imperantes en cada uno de los mercados y (v) establecer un objeto social exclusivo para las empresas que realizan actividades reguladas, con sus respectivas excepciones.

Varios son los grados de separación de actividades del sector eléctrico que presentan los diferentes ordenamientos jurídicos en el mundo. Así, se tiene que el máximo grado de separación, es la **separación patrimonial**, que además de comprender la obligación de las empresas eléctricas de constituir personas jurídicas diferentes para incursionar en otra actividad, prohíbe las constituciones de *holdings* o casa matriz. En nuestra opinión, éste es el modelo que más se dirige al fomento de una competencia sana entre operadores, tal como se verá *infra*. En un grado intermedio, también se tiene la **separación jurídica**, la cual

sólo exige que las empresas tengan un objeto social exclusivo. Y, en un menor grado, está la **separación contable**, la cual no impide que las actividades sean realizadas por la misma empresa ni la inversión ilimitada de capital para ello, siendo sólo necesario que medie una separación contable entre las ganancias que se generan en cada una de las actividades ejercidas.

Pues bien, en Venezuela, es el artículo 6 de la LOSE el que regula la separación de actividades en el sector eléctrico, y la llamada “exclusividad del objeto social”¹⁵. El artículo mencionado, obliga a las empresas eléctricas que se dediquen a las actividades de generación, distribución, transmisión y gestión del Sistema Eléctrico Nacional, a tener el llamado “objeto social exclusivo”. Es decir, existe para ellas una prohibición expresa de participar directamente en dos o más de las actividades mencionadas. Igualmente, el mismo artículo *in commento*, establece que las actividades de comercialización de energía, podrán ejercerse por distribuidores con sus usuarios de tarifa regulada y por generadores.

Como puede observarse, lejos de las intenciones del legislador mencionadas anteriormente, lo que se ha previsto en la LOSE, es un grado intermedio de separación, o lo que es lo mismo una separación jurídica de las actividades, más no una separación en cuanto a propiedad se refiere¹⁶. En otras palabras, si actualmente una empresa que ejerza una de las siguientes actividades: distribución, transporte, producción de energía o gestión del Sistema Eléctrico Nacional, quiere dedicarse a otra de las actividades mencionadas, no tendría muchos impedimentos para ello, sólo hará falta constituir una nueva sociedad mercantil que se dedique a esa actividad, o inyectar dinero o capital para la compra de acciones de una ya constituida, sin importar que la aportación accionarial sea total o parcial, con los perjuicios que estas formas podrán suponer a la propia intención de la Ley mencionada, cual es fomentar una desconcentración para el mejor ejercicio del servicio público eléctrico.

Aunada a lo dicho en el párrafo anterior, es posible inclusive según la LOSE y su propio Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico¹⁷ -en adelante RGLSE- (artículo 123), la constitución de *holdings* en el sector eléctrico, siempre y cuando el mismo esté constituido por empresas diferentes que actúen independientemente, tanto a nivel administrativo, financiero y operativo.

15 “Artículo 6. El ejercicio de dos o más de las siguientes actividades: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución, no podrá ser desarrollado por una misma empresa. La actividad de comercialización podrá ser desarrollada por distribuidores con sus usuarios con tarifa regulada, por generadores o por empresas especializadas en la comercialización de potencia de energía eléctrica”.

16 Sobre las desventajas de la falta de separación de la propiedad de las empresas eléctricas que se dedican a varias actividades del sector, se ha pronunciado (MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio Público y Mercado. IV El Sistema Eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998, página 169), de la manera siguiente: “(...) si no se adoptan medidas sobre la propiedad, es posible que sociedades distintas sean controladas por el mismo paquete accionarial dominante y que tal dominio se demuestre en las Juntas Generales y en los Consejos de Administración”.

17 Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.510, Extraordinario, de fecha 14 de diciembre de 2000.

II. Las empresas eléctricas y los servicios de las telecomunicaciones

No es objeto del presente capítulo, tratar en detalle el régimen jurídico sectorial de las telecomunicaciones. Sin embargo, en una primera parte será obligatorio hacer referencia al mencionado régimen de manera general, ello con la finalidad de hacer de fácil entendimiento el resto de la presente investigación, y en una segunda parte, interesa estudiar la posibilidad jurídica de que las empresas eléctricas incursionen en el mercado de las telecomunicaciones, y especialmente, las limitaciones que la regulación sectorial eléctrica les impone al respecto.

1. Aspectos generales del régimen jurídico sectorial de las telecomunicaciones

La modernización del régimen jurídico de las telecomunicaciones venezolanas, aconsejada desde antes de su implantación¹⁸, se inició en Venezuela a raíz de la entrada en vigencia de la LOTEL. Mediante la puesta en vigencia del mencionado instrumento legal, las telecomunicaciones han sufrido una desregulación, que no supone una supresión de normativa, sino una nueva regulación. La nueva regulación venezolana en materia de las telecomunicaciones, elimina la reserva del sector a favor del Estado, otorgándole la titularidad del servicio de las telecomunicaciones a los particulares o administrados, quedando así liberalizado el sector¹⁹.

Sin embargo, hoy día no puede hablarse tajantemente de un abandono de la noción de servicio público en materia de telecomunicaciones, ya que a pesar de que tal actividad ha sido calificada jurídicamente como servicios de interés general (artículo 5° de la LOTEL), el legislador ha apreciado que debieron mantenerse ciertas características de servicio público en la prestación de los servicios.

De esta manera, se adopta en nuestra legislación el concepto de servicio universal originada en otros ordenamientos jurídicos, como “(...) *el conjunto definido de Servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización*

18 Al respecto, ARAUJO JUÁREZ, J., *Derecho de las Telecomunicaciones*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1997, páginas 207-218.

19 “Giannini emplea en estos casos la expresión <<ordenamientos jurídicos sectoriales>>, que difieren de los otros <<ordenamientos estatales>> en que no están compuestos por órganos ni funcionarios públicos. Se trata de actividades privadas, pero de interés público, es decir de <<servicios de interés público>>. Se diferencian de los auténticos servicios públicos en que, mientras éstos pertenecen a la titularidad de un ente público, los primeros, <<son actividades propias de sujetos institucionalmente no públicos, esto es, de particulares>> (...). Como cosa distinta, habla de los <<sujetos privados de interés público>>, categoría intermedia entre los entes públicos y los privados que pueden no formar parte de ordenamientos sectoriales, pero están sometidos a controles públicos (...).” Citado en la obra del Dr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Novena Edición, Editorial Tecnos, Madrid-1989, página 365.

geográfica. El servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción del propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicios de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones de la población”. (artículo 49 de la LOTEL).

Luego, todos los operadores de telecomunicaciones están sujetos a cumplir con obligaciones de servicio universal, en una primera etapa como interesados a participar en el mecanismo de asignación abierta previsto en el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones²⁰ -en adelante RSU-, y en una segunda etapa, podrán estar sujetos directamente a un mecanismo de adjudicación directa, también previsto en el mencionado Reglamento.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 16 de la LOTEL, para prestar servicios de telecomunicaciones, los particulares teniendo el derecho de prestarlos de antemano, simplemente deberán eliminar un “pequeño obstáculo jurídico” previo ejercicio del derecho, obteniendo una habilitación administrativa “reglada”, la cual incorporará las actividades y servicios concretos que podrán prestarse, denominados atributos, los cuales a su vez están previstos en la Resolución N° 041 Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas (en adelante Resolución de Atributos), emanada de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (en adelante CONATEL)²¹. Sólo se requerirá concesión, y por ende será necesaria la participación en procedimientos de oferta pública o de adjudicación directa de conformidad con lo establecido en los artículos 69 al 110 de la LOTEL, para el caso en que los operadores de telecomunicaciones requieran para el desarrollo de sus atributos, de la explotación del “recurso limitado” del espectro radioeléctrico²².

Igualmente, se tiene que bajo el nuevo régimen de telecomunicaciones, la competencia y el principio de libertad de empresa, son las características que deberán reinar en las actuaciones de los operadores de telecomunicaciones. Por ende la LOTEL, reconociendo la dificultad por la que atraviesan los operadores entrantes y las barreras de entrada que representa dicho mercado por estar basado en tecnologías de red, ha establecido un régimen dirigido a promover la competencia y la libertad de acceso al mercado de telecomunicaciones, imponiendo básicamente a los operadores ya establecidos, obligaciones de interconexión y acceso a redes, o lo que se denomina en el derecho venezolano, acceso a vías generales de telecomunicaciones.

En primer lugar, se tiene que la interconexión es una obligación a la que están sujetos todos los operadores que presten servicios de telecomunicaciones

²⁰ Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.781 de fecha 23 de septiembre de 2003.

²¹ Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.215 de fecha 8 de junio de 2001.

²² Ver el Decreto N° 1.094, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones Sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, en adelante Reglamento de Habilitaciones y Concesiones.

al público, mediante una red pública de telecomunicaciones, garantizando el interfuncionamiento de redes y la interoperabilidad de los servicios. Dichas obligaciones estarán dirigidas a los operadores de la misma naturaleza que soliciten la interconexión, y deberán garantizar los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación e igualdad de acceso, y su ejercicio generará los denominados cargos de interconexión (artículos 130, 132 y 133 de la LOTEL y 4 y 6 del Reglamento de Interconexión, en adelante RIN)²³. La obligación de interconexión, consiste básicamente en garantizarse que las comunicaciones que se inicien en los equipos terminales de los usuarios de un operador, puedan comunicarse con los equipos terminales de los usuarios de otro operador, prestándose así servicios de interconexión por ambos operadores, en un caso servicios de interconexión de acceso y en el otro, servicios de interconexión de terminación.

En segundo lugar, se tiene el derecho de acceso de los operadores de telecomunicaciones sin red, o con red incompleta, a acceder a los elementos de red que permitan emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones. El mencionado derecho se traduce del otro lado, como obligaciones de los operadores de telecomunicaciones que posean o controlen una vía de telecomunicaciones, de permitir el acceso a las mismas por parte de los operadores de telecomunicaciones que lo soliciten, cuando la sustitución de tales vías no sea posible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación; caso en los cuales se genera el derecho a una contraprestación que se fijará de común acuerdo por las partes (artículos 126 y 128 de la LOTEL).

Por otro lado, el mencionado artículo 5° de la LOTEL, prevé que el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, son actividades de interés general y el artículo 193 de la LOTEL, declara de utilidad pública y social el establecimiento y desarrollo de redes de telecomunicaciones, por el Estado o por los particulares. De manera que, estas características deberán ser tomadas en cuenta por las autoridades municipales en atención a la ocupación del dominio público municipal para el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, al igual que deberán ser apreciadas por los particulares en materia de las servidumbres que se les solicite al efecto, o en materia de expropiaciones.

Finalmente, terminar esta parte general que se ha dirigido a explicar de manera muy corta y sencilla los aspectos más relevantes de la regulación de las telecomunicaciones en Venezuela, diciendo que todo operador de telecomunicaciones deberá someterse al régimen jurídico descrito, independientemente de que se encargue de la explotación de otro sector económico, ello de conformidad con el principio de igualdad; pero, en atención al mismo principio, las obligaciones a las que estaría sujeto en atención al mencionado régimen sectorial de telecomunicaciones, deberá ser visto con

²³ Ver el Decreto N° 1.093 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.085 de fecha 24 de noviembre de 2000.

cuidado en aras de proteger el interés general, la calidad y continuidad en la prestación de la totalidad de sus servicios.

2. Régimen jurídico sectorial eléctrico en relación con las telecomunicaciones

En estos momentos de la presente investigación, importa estudiar la posibilidad jurídica de que las empresas eléctricas de distribución y transmisión de energía –quienes operan a partir de tecnologías de red- incursionen en el mercado de las telecomunicaciones. En efecto, en cuanto al régimen jurídico sectorial eléctrico, tres son los supuestos especiales en los que se reconoce la posibilidad jurídica de que las mencionadas empresas eléctricas –quienes llevan a cabo una actividad declarada como servicio público- incursionen en el sector de las telecomunicaciones –sector despublicado o declarado como de interés general-; tales supuestos son tratados en los artículos 6, Parágrafo Primero, 54, numeral 1 y 62 de la LOSE. Pues bien, a continuación se tratarán detalladamente los tres supuestos mencionados.

A. Separación contable exigida a las empresas eléctricas de distribución y transmisión de energía que decidan utilizar sus redes con fines no eléctricos

Una de las limitaciones que tienen las empresas eléctricas de distribución y transmisión de energía a la hora de decidir invertir en sectores no eléctricos -en el caso que interesa para esta investigación, el de telecomunicaciones-, viene expuesta en el artículo 6, Parágrafo Único de la LOSE²⁴.

Ha operado entonces en el sector eléctrico, la exigencia de la separación contable a la hora de que las empresas de distribución o transmisión de energía, decidan incursionar en el mercado de las telecomunicaciones. Pues bien, como ya se ha explicado antes, este tipo de separación exigida es la de menor grado, debido a que ni siquiera supone ni exige una separación jurídica, o lo que es lo mismo, la constitución de una filial quien sería encargada de llevar a cabo la actividad de telecomunicaciones; tampoco se ha exigido una separación patrimonial, lo que quiere decir que no existe la prohibición de que el patrimonio de las empresas eléctricas en referencia, pueda ser utilizado e invertido sin discriminación alguna en el sector de las telecomunicaciones, en vez de ser reutilizado para el desarrollo y mantenimiento del propio sector eléctrico.

Luego, a nuestro modo de ver, la implantación de la separación contable para las actividades de telecomunicaciones que emprendan las empresas de distribución y transmisión de energía eléctrica, constituye una limitación escasa, es decir, la misma no es en su totalidad la vía que ha debido tomar el legislador,

²⁴ “Artículo 6. (...) Parágrafo Primero: El uso de las instalaciones de transmisión o distribución para fines no eléctricos deberá contabilizarse de forma separada, de manera que facilite la imputación de los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos relacionados con ese uso”.

siendo ello criticable sobremanera, en virtud de que puede ser perjudicial tanto para el sector eléctrico como para el de las telecomunicaciones.

Así las cosas, tal perjuicio está de manifiesto, debido a que no habiendo exigencias de separación patrimonial ni jurídica, será muy difícil para los entes reguladores de cada sector -estos son la CNEE y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), e incluso la propia Superintendencia Para la Promoción y Protección de la libre Competencia (PROCOMPETENCIA)-, vigilar sólo a través de la separación contable, violaciones de la regulación sectorial en materia de competencia, originadas tanto en el sector eléctrico como en el de las telecomunicaciones (artículos 17, numeral 13 de la LOSE, 37, numeral 22 y 48 de la LOTEL), en aras de evitar que la posición de dominio que podrían tener las empresas eléctricas en su sector natural, influya directamente en el de las telecomunicaciones (mercado conexo).

B. Las infraestructuras de telecomunicaciones asociadas a las redes eléctricas (artículo 55, numeral 1 de la LOSE)

Desde antes de la entrada en vigencia de la LOSE, ha sido necesario y por tanto práctica constante de las empresas de distribución y transmisión de energía eléctrica, instalar redes de telecomunicaciones asociadas a las redes eléctricas, con la finalidad de ser utilizadas para uso interno de las mismas. En Venezuela tales redes de telecomunicaciones asociadas a las eléctricas, se constituyen básicamente de fibra óptica colocada dentro del llamado “cable de guarda”, que ocupa el mismo dominio o espacio -ya sea público o privado- que las redes eléctricas como tal; mientras que en España, la tecnología suele ser la misma, pero los cables se denominan “cables de tierra”.

El mencionado uso interno de las redes de telecomunicaciones asociadas a las redes eléctricas, está destinado a propiciar el mantenimiento de estas últimas, por ejemplo, se protegen las redes eléctricas contra fenómenos naturales, se busca la comunicación instantánea del fallo de una parte de la red eléctrica con el fin de utilizar otras partes de la misma en aras de proteger la continuidad del servicio, entre otros casos.

Pues bien, tal práctica ha sido reconocida expresamente por el artículo 55, numeral 1 de la LOSE²⁵. Luego, según el régimen jurídico sectorial eléctrico, no existe limitación alguna para que las empresas de distribución y transmisión de energía eléctrica, instalen infraestructuras de telecomunicaciones asociadas a sus redes, con la finalidad de satisfacer sus propias necesidades como propietarios de las redes eléctricas (autoprestación).

25 “Artículo 55. Todo inmueble está sujeto a la servidumbre que requiera el normal desenvolvimiento de las actividades de las empresas del servicio eléctrico, las cuales comprenden: 1. Tender líneas conductoras de electricidad aéreas o subterráneas, instalar o construir postes, torres, soportes, canalizaciones, tuberías, tanquillas, transformadores y demás instalaciones, aparatos o mecanismos destinados a transformar, transmitir, y distribuir la energía, **incluyendo la infraestructura de telecomunicaciones asociada**”. (Destacado nuestro).

Visto que esas infraestructuras asociadas de telecomunicaciones, estarán destinadas al uso interno comunicacional de las empresas de distribución y transporte de energía eléctrica (autoprestación), según lo dispuesto en el artículo 23, numerales 1 y 3 de la LOTEL²⁶, y que en principio, no tendrán conexiones a redes públicas ni utilizarán el espectro radioeléctrico; no se requerirá habilitación administrativa, independientemente que la mencionada autoprestación sea llevada a cabo por empresas privadas o públicas.

C. Utilización y aprovechamiento de las instalaciones eléctricas para el tendido de equipos destinados a otros servicios (artículo 62 de la LOSE)

Preciso es comenzar el desarrollo de este punto, señalando que la prestación a terceros de actividades de telecomunicaciones, constituye el derecho de libertad económica del cual son titulares los particulares, reconocido por la Constitución (artículo 112) y la LOTEL (artículo 6). Así, aunque no hubiese reconocimiento expreso de tal posibilidad a favor de las empresas eléctricas de distribución y transporte de energía eléctrica, por parte del régimen jurídico sectorial eléctrico, tal derecho ya está plenamente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es bien recibido que el artículo 62 de la LOSE²⁷ acoja expresamente el mencionado derecho, previendo así el tercer supuesto en que el legislador reconoce que las infraestructuras eléctricas puedan ser utilizadas para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Incluso se reconoce expresamente la validez de las servidumbres eléctricas, para la instalación a través de ellas, de infraestructuras de telecomunicaciones.

El supuesto planteado por el artículo *in commento*, es un caso muy distinto al expuesto en el punto anterior, luego, ya no se trata de que las servidumbres eléctricas comprenderán por obligación, las infraestructuras de telecomunicaciones asociadas a las redes eléctricas con fines comunicacionales propios o autoprestación; sino que por el contrario, se trata de la posibilidad de que las infraestructuras eléctricas, se utilicen para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros por parte de las propias empresas eléctricas, o de la puesta a disposición de las mencionadas infraestructuras a otros operadores, con la finalidad de que estos últimos presten los servicios de telecomunicaciones.

²⁶ “Artículo 23. No se requerirá habilitación administrativa para la instalación u operación de equipos o redes de telecomunicaciones, en los casos siguientes. 1. Cuando se trate de equipos de seguridad o intercomunicación que sin conexión a redes públicas y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, se utilicen dentro de un inmueble o para servir a determinados inmuebles. (...) 3. Cuando se trate de equipos o redes de telecomunicaciones de órganos de la República, de los estados o de los municipios, cuando tales actividades se hagan para la satisfacción de sus necesidades comunicacionales, sin que medie contraprestación económica de terceros ni se haga uso del dominio público radioeléctrico”.

²⁷ “Artículo 62. Cuando se pretenda la utilización o aprovechamiento de las instalaciones eléctricas existentes para el tendido de equipos destinados a otros servicios, además de los requisitos legales y técnicos correspondientes, se requerirá la autorización del titular de la servidumbre conforme a lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento”.

Así las cosas, las empresas eléctricas que presten servicios de telecomunicaciones a terceros, bien sea de manera directa o bien sea poniendo sus redes a disposición de terceros operadores de telecomunicaciones, adquirirán la característica de “operadores de telecomunicaciones”, trayendo ello como consecuencia, que se les deberá aplicar el régimen jurídico sectorial de las telecomunicaciones, con todo lo que ello supone, tanto en el ámbito de títulos administrativos necesarios como en cuanto deberes y derechos en materia de telecomunicaciones, cuestión que se verá en detalle en el siguiente capítulo.

En este mismo sentido, al pasar las redes de telecomunicaciones de las empresas eléctricas de distribución y transmisión de energía -que antes se utilizaban para sus necesidades comunicacionales propias (autoprestación)-, a ser destinadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros, deberán ser consideradas como “redes públicas de telecomunicaciones”, con todas las consecuencias que ello comporta, según lo que se expondrá *infra*.

Sin embargo, y teniendo en cuenta lo anterior, habrá que considerarse también que las empresas *in commento*, por naturaleza están sujetas a su régimen jurídico sectorial, -régimen jurídico sectorial eléctrico-, por tanto, a la par de tener que cumplir con la normativa de telecomunicaciones, deberán atender sus obligaciones en cuanto al sector eléctrico, cuales son entre otras, proveer los servicios eléctricos a los usuarios bajo los principios de calidad, continuidad, eficiencia y no discriminación (lo que se resume en el principio de garantía del suministro eléctrico, tratado en los artículos 2 y 36 de la LOSE); en consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones en el sector telecomunicaciones por parte de las mismas, no deberá mermar los servicios eléctricos prestados a los usuarios.

Por otro lado, la LOSE y el RGLSE, establecen ciertas limitaciones a las empresas eléctricas de distribución y transporte que exploten sus redes eléctricas para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros. En primer lugar, el artículo 62 de la LOSE, exige que además del cumplimiento de los requisitos legales y técnicos correspondientes, también se requerirá la autorización del titular de la servidumbre.

En segundo lugar, el RGLSE, agrega en sus artículos 80, 81 y 82, otras limitaciones. Así, el artículo 80 del Reglamento mencionado, regula el procedimiento para el otorgamiento de la autorización del titular de la servidumbre, para la utilización de sus redes eléctricas en la prestación de servicios de telecomunicaciones; en el artículo 81, se prevén los requisitos a los que deberá atender este último para aceptar la solicitud al respecto, y el artículo 82, prevé que la respectiva autorización deberá negociarse, debiendo estimarse el monto de la contraprestación a ser pagado y las condiciones de la referida utilización, y reconoce expresamente la “facultad” o deber del titular de la servidumbre, de velar por la calidad y continuidad del servicio eléctrico.

Únicamente, interesa comentar los requisitos a los que deberán someterse las empresas de distribución y transporte de energía eléctrica, destinatarias de una solicitud de utilización de sus líneas e instalaciones eléctricas para la prestación de servicios de telecomunicaciones:

1. En primer lugar, será necesario el título que autorice la prestación del servicio de telecomunicaciones. Este requisito no necesita ser explicado, bastará para cumplirlo, los títulos administrativos que se requieran para prestar los servicios de telecomunicaciones, de conformidad con la LOTEL y el Reglamento de Habilitaciones y Concesiones, según sea el caso; tal como será visto en el capítulo siguiente.
2. En segundo lugar, deberá mediar el derecho de uso de bienes de dominio público, como la obtención de la concesión respectiva para la utilización del espectro radioeléctrico, también de conformidad con la LOTEL y el Reglamento de Habilitaciones y Concesiones.
3. Finalmente, se necesitará de la autorización escrita del propietario titular de derechos reales sobre el predio sirviente.

Este último requisito mencionado, parece innecesario en la mayoría de los casos, ya que es frecuente que los propios convenios de servidumbre reconozcan el derecho del beneficiario, de que las mismas sean utilizadas también para la explotación de servicios de telecomunicaciones; sin embargo, el problema surge si el reconocimiento de tal derecho no ha sido tratado expresamente por el referido convenio, cabiendo entonces la duda de si el titular del fundo sirviente podría negarse a dar la autorización requerida por el artículo 81 del RGLSE, o si podría pretender el derecho de recibir una contraprestación económica superior.

Pues bien, siguiendo a Escalza Gómez, A.²⁸, se tiene que dos son los principios que rigen en general a las servidumbres: su inalterabilidad y la no agravación de la situación del predio sirviente.

Así las cosas, el artículo 727 del Código Civil venezolano, establece que el que goza de la servidumbre de paso, podrá hacer las obras necesarias para la conservación y uso de la respectiva servidumbre, pero eso sí, deberá ser en el tiempo y el modo más convenientes, a fin de ocasionar la menor incomodidad posible. Igualmente, el artículo 729 *ejusdem*, establece que el titular de la servidumbre deberá hacer los trabajos necesarios para conservar la servidumbre en condiciones de que no ocasione daños al propietario. Todo ello se traduce en el principio de la no agravación de la servidumbre.

En este sentido, el principio de la inalterabilidad de las servidumbres, está reconocido por el artículo 733 del Código Civil venezolano, al prever que el titular de la servidumbre deberá usarla según su título y su posesión, sin poder hacer innovación alguna que haga más onerosa la condición del predio sirviente.

Se ha comentado por la doctrina española, que la alterabilidad puede referirse al uso de la servidumbre (o sea, hacer con la servidumbre otra cosa o de forma ampliada), fines, formas de ejecución o necesidades de la misma; ya que, las servidumbres sean legales o convencionales, deben entenderse como tal inalterables con respecto a su causa, y constituidas para lo que en principio lo fueron. De otra manera, se estaría hablando de otra servidumbre.

²⁸ NEBOT-LOZANO, J., TRILLO-FIGUEROA, J., y otros: *Competencia y sector eléctrico: Un nuevo régimen jurídico*, (ESCALZA GÓMEZ, A., en Servicios de Telecomunicaciones y redes eléctricas), Civitas, Madrid, 1998, páginas 193 y siguientes.

Sin embargo, también se ha dicho que, no obstante lo expuesto sobre la alterabilidad de la servidumbre, existe lo que se denomina *adminicula servitutis*, que se refiere a utilizaciones accesorias o adicionales que se hacen de la servidumbre, con el fin de contribuir mejor a su uso, y que el referido uso podría ser legal en tanto no constituya un gravamen en el predio sirviente, y que subsista el uso o necesidad que justifica inicialmente la constitución de la servidumbre.

En cuanto a la necesidad o no de que los dos principios, el de alterabilidad y el de mayor gravamen, se den conjuntamente, la doctrina en general está de acuerdo en que la regla del mayor gravamen no puede ser traspasada aunque no haya alteración; mientras que la alterabilidad, así sea en el modo de prestarse la servidumbre o en los motivos que la originaron, puede no dar lugar a la denegatoria de la misma por el titular del predio sirviente.

Pues bien, dicho lo anterior, y relacionándolo con la temática de esta investigación, se es de la opinión que la implantación de redes de telecomunicaciones por las empresas eléctricas de distribución y transmisión de energía eléctrica, en sus redes eléctricas, no daría lugar a extensiones o alteraciones sustanciales de las servidumbres que ocupan las redes eléctricas sobre predios privados, debido a que la fibra óptica por la que principalmente pasarían las señales, se ubican dentro del cable de “guarda o tierra” ya instalado en las redes; luego, no habría incremento de extensión alguno ni alteración sustancial de la referida servidumbre.

Igualmente, las empresas eléctricas no alterarían la razón principal por la que se han constituido las servidumbres, esta es la explotación de actividades relacionadas al sector eléctrico. Es cierto que ahora las mencionadas empresas pasarían a dedicar las servidumbres también a actividades relacionadas al sector telecomunicaciones, pero no por ello se podría considerar que ha habido una alteración sustancial, que pueda conllevar a un gravamen para el dueño de los bienes privados sobre los cuales se han ejercido los derechos de paso.

En consecuencia, se considera que los dueños de los predios privados sobre los cuales discurren las servidumbres eléctricas, no podrían por un lado, negarse a dar la autorización a la que hace referencia el artículo 81, numeral 3, del RGLSE, en caso de que sea necesaria. En tal sentido, el autor que se menciona a lo largo del presente punto, considera que aunque la utilización de los derechos de paso de las redes eléctricas, para actividades de telecomunicaciones, constituye una alteración en el destino de la servidumbre, la misma no es sustancial y no hay gravamen al dueño del predio sirviente, en consecuencia, éste no podría negarse a la referida utilización, ya que ello constituiría un abuso de derecho de su parte²⁹.

Finalmente, y por otro lado, los dueños de los predios privados sobre los cuales discurren las servidumbres eléctricas, no podrían solicitar un aumento en el pago del justiprecio con fundamento en el incremento de las ganancias que tendrían las empresas eléctricas por la incursión de las mismas en el sector de las telecomunicaciones, ya que, la contraprestación por la utilización de los bienes

²⁹ ESCALZA GÓMEZ, A., *Competencia y sector eléctrico...* (Obra citada, páginas 210-213).

con relación a los derechos de paso, va determinado en función del sacrificio o daño que sufre el predio sirviente, no del beneficio económico que pueda tener el beneficiario de la servidumbre por su utilización.

III. El *Power Line Communications* en Venezuela y las empresas de servicio público de distribución de energía eléctrica

Habiéndose expuesto en los capítulos anteriores el régimen jurídico sectorial eléctrico y de las telecomunicaciones, así como el reconocimiento del primer régimen mencionado, de los derechos de las empresas que llevan a cabo el servicio público de distribución y transporte de energía eléctrica, de incursionar en el mercado de las telecomunicaciones (actividad de interés general); se propone tratar específicamente en el presente capítulo, los aspectos jurídico-relevantes para llevar a cabo la prestación del servicio de telecomunicaciones “Power Line Communications (PLC)” por las empresas de servicio público de distribución de energía eléctrica, siendo que estas últimas serían las principales interesadas potenciales de prestar el mencionado servicio de telecomunicaciones, ya que poseen el bucle eléctrico esencial para ello, o parte de la red que va desde la central más cercana hasta los usuarios.

En este capítulo serán expuestos los requisitos que en materia de la regulación sectorial de las telecomunicaciones, deberían cumplir las empresas de distribución de energía, si decidiesen invertir e incursionar en la tecnología específica (PLC); por supuesto, tomando en cuenta que las mismas también están sometidas a su régimen jurídico sectorial por naturaleza, el de servicio público de las actividades eléctricas. También serán tratados, los derechos y deberes a los que estarían sujetas las referidas empresas a raíz de ello, no sin antes hacer una breve explicación sobre lo que consiste la mencionada tecnología, en aras de procurar el mejor entendimiento del presente capítulo.

1. Aspectos generales del PLC

Uno de los servicios de telecomunicaciones que es explotado actualmente con gran éxito, es “Internet”. Internet es una red compuesta por un incalculable número de ordenadores conectados entre sí, que se comunican usando dos protocolos, el TCP (Transport Control Protocol) y el IP (Internet Protocol), siendo el primero, el mecanismo básico de envío y recepción de información, y el segundo, el protocolo que se encarga de la seguridad, prioridad, entrega de información, entre otros aspectos.

La mayoría de las veces, y a pesar de que existen varios tipos de redes para acceder al usuario final, los operadores de servicios de Internet utilizan redes públicas de telecomunicaciones para llevar a los usuarios la gran variedad y mezcla de contenidos que alberga, principalmente la Red Telefónica Conmutada (RTC) o las Redes Digitales de Servicios Integrados (RDSI), debido a que son unas de las más extendidas para llegar al cliente final.

Así las cosas, una de las partes que constituye las redes públicas de telecomunicaciones más difíciles de desarrollar, desde el punto de vista económico, es el bucle de abonados o última milla. Para los operadores entrantes al mercado, la construcción de un bucle de abonados propio, es una clara barrera de entrada con la que pueden conseguirse. El propietario de la red de acceso o bucle de abonados telefónico constituido por el par de cobre -siendo este el más extendido-, tiene una posición mucho más favorable que cualquiera que pretenda entrar al mercado de las telecomunicaciones, ya sea desde el punto de vista de las redes como tal o de los servicios.

Pues bien, ante esta gran problemática, ingenieros de todas partes del mundo, han investigado sobre una tecnología que permitiría llevar los servicios de Internet a través de las redes eléctricas de distribución, redes por demás ya bien extendidas y desarrolladas. La mencionada tecnología, podría ser vista como una alternativa al bucle telefónico y una gran ventaja económica en materia de redes, tanto para las empresas eléctricas que quieran prestar los mencionados servicios, o incluso para terceros operadores de telecomunicaciones.

La tecnología en referencia es llamada "Power Line Communications". La misma permitiría prestar servicios de telecomunicaciones al usuario a través de las redes eléctricas existentes, llevando no sólo Internet como uno de sus principales servicios, sino también vídeo y telefonía. El PLC, es una tecnología basada en el reaprovechamiento de redes eléctricas ya existentes, a través de la cual, se pretende que los usuarios puedan gozar de servicios de telecomunicaciones por medio de la utilización del enchufe de corriente que se tiene en casa o en la oficina. Luego, no sólo se podrán obtener datos o Internet de banda ancha hasta con velocidades de 10 Mbps, sino también, se podrán recibir servicios de voz y de vídeo bajo demanda.

Esta tecnología, no es más que una alternativa a las redes existentes por medio de las cuales se pueden prestar servicios de telecomunicaciones, entre ellas las redes de cobre, cable coaxial, espectro radioeléctrico, y la fibra óptica. Con la implantación de la tecnología PLC, se permitiría la creación de redes de acceso local o (LANs) en las casas de los usuarios uniendo todos los electrodomésticos existentes en el hogar, para su manejo a través del control remoto (*home network* o domótica)³⁰. En pocas palabras, con el PLC, a través de las redes eléctricas, pasarían datos, voz, imágenes y electricidad a la vez.

Sin ánimos de ser muy específicos en cuanto a cuestiones técnicas relacionadas con esta tecnología, ya que no forman parte de los objetivos de la presente investigación, es necesario mencionar que, el PLC podría ser llevado a cabo por medio de una técnica que consiste en acondicionar partes de las actuales infraestructuras eléctricas para que puedan transmitir señales regulares de baja frecuencia y otras por encima de la banda de 1 MHz, sin que se vea alterado el paso de electricidad. Tales adecuaciones consistirían en tener que implementar

³⁰ El desarrollo de las (LANs) permitirían que en cualquier edificio se pueda instalar una red de telecomunicaciones. Con estas redes se podrán conectar electrodomésticos como microondas, refrigeradores y hasta video-cámaras.

transformadores para que las señales de datos puedan sobrevivir, lo cual se traduce en una inversión considerada.

Otra de las adecuaciones de las redes eléctricas para implementar la tecnología PLC, es el desarrollo de un tipo de modulación adecuado para las redes eléctricas, el cual es el “Orthogonal Frequency Division Multiplexing” (OFDM).

Las señales de baja frecuencia (50 o 60 Hz) serían las encargadas de transportar la energía, mientras que las señales de alta frecuencia se utilizarían para la transmisión de datos. El PLC emplea una red conocida como “High Frequency Conditioned Power Network” (HFPCN), para poder transmitir simultáneamente energía y datos. Se necesitarían las llamadas unidades acondicionadoras, que son las que se encargan de filtrar y separar ambas señales. Así, las unidades acondicionadoras separarían la electricidad que alimenta a los electrodomésticos, de las señales de alta frecuencia, que irían a un módulo o unidad de servicio, donde se reconvierten en canales de datos, vídeo y voz.

En las subestaciones eléctricas locales podrían haber servidores de estación base que se conecten a Internet a través de fibra óptica, esto quiere decir que para la transmisión de datos no sería necesario utilizar toda la red eléctrica, sino parte de ella, y que la parte de fibra óptica podría ser tomada en arrendamiento por las empresas eléctricas a otro operador propietario de la misma.

Las estaciones base mencionadas, tendrían una estructura típica de *rack*. Una localización podría llegar a contener unas 12 unidades emisoras del tipo estación base, cada una capaz de comunicar un canal, y los datos llegarían a las estaciones que las incorporan a la señal eléctrica. Una estación estándar serviría a unos cincuenta usuarios, ofreciéndoles un espectro cercano a los 20 MHz en caso de que sean clientes próximos o entre 6 y 10 MHz para clientes lejanos. El servidor operaría con un sistema basado en IP para crear redes (LANs) en cada área de servicio.

Y finalmente, en cuanto a la breve referencia de aspectos técnicos relacionados con el PLC, las unidades acondicionadoras que se han mencionado, que se situarían en los hogares de los usuarios, reciben el nombre común de módems eléctricos, que tienen dos filtros, por un lado, el de banda baja que libera la corriente eléctrica de 50 Hz para distribuirla a todos los enchufes que se encuentran en casa. Este primer filtro sirve para limpiar los ruidos generados en la red por los electrodomésticos conectados en el hogar del usuario, los cuales al unirse con los ruidos producidos por otros usuarios acabarían por introducir distorsiones significativas en la red. Y por el otro lado, el segundo filtro del módem en referencia, de banda alta, es el que libera los datos y facilita el tráfico bidireccional entre la red y el cliente, facilitándole a este último los servicios que ofrece la tecnología PLC.

Por otro lado, actualmente Internet es llevado al usuario final a través de varios tipos de tecnologías y redes que están presentes de manera alternativa. Entre tales sistemas se tienen los siguientes, según Vilaplana:

- Red Digital de Servicios Integrados (RDSI), que es una red conmutada de canales digitales que proporciona una serie de servicios integrados. Tal tecnología ofrece dos canales de 64kb/s y uno de 16Kbps³¹.
- El cable coaxial, sin ninguna adaptación permite la transmisión de una señal analógica hasta aproximadamente 500 MHz.
- Las redes de cable o redes híbridas de fibra óptica y cable coaxial, se caracterizan por la transmisión del tráfico en una sola dirección, y por ello se dice que tienen una estructura “en cascada” montada sobre una red troncal sobre anillos de fibra óptica. El autor citado comenta que, el principal inconveniente que presentan estas redes es el diseño más apto para sistemas de difusión (como la televisión) y no como medio de sistemas de conmutación.
- Las redes de fibra óptica que constituyen un medio flexible y apto para la transmisión de señales de naturaleza óptica (haces de luz). Para construir la fibra se pueden usar diversos tipos de cristales y plásticos. Mediante repetidores se transmiten datos a velocidades de cientos de Gbps/s en decenas de kilómetros. El acceso al usuario se lleva a cabo mediante otros sistemas como el par trenzado de cobre o el cable coaxial. El principal inconveniente es el elevado coste de instalación.
- La familia xDSL agrupa a una serie de sistemas de transmisión digital a alta velocidad que potencian la capacidad del bucle de abonado. Dependiendo del tipo de sistema que se instale se encuentran caudales que van desde 2 Mbps en sentido ascendente, o en el caso de la HDSL al 13-52 Mbps en sentido descendente a 1,5 a 2,3 Mbps en sentido ascendente.
- Por último, manifiesta el autor al que hacemos referencia, que se encuentra el acceso vía bucle radioeléctrico o tecnología LMDS, el cual utiliza radioenlaces fijos en las dependencias del usuario y que transmiten datos por frecuencias muy altas (hasta de 26 Ghz). El principal inconveniente que presenta este tipo de redes, es que los radioenlaces deben estar en la misma línea de visión, lo que hace el LMDS más apropiado para zonas rurales que para zonas urbanizadas³².

Pues bien, tal como se ha tratado de asomar, la tecnología PLC se presenta como una alternativa más a la gama de sistemas de acceso a los servicios de telecomunicaciones ya mencionados. Hoy en día la tecnología PLC, está comercializándose en Israel, y en partes del resto del mundo la situación actual consiste en la realización de pruebas, mientras que en España, ya se ha superado la fase de pruebas y actualmente se comercializa el servicio, y se gana cada vez más confianza en los usuarios españoles.

Finalmente, en Alemania la tecnología se encuentra en movimiento tras la aprobación más o menos reciente de unas medidas reguladoras para las autorizaciones necesarias para la prestación de este servicio. En este sentido, en

³¹ Recomendación de la UIT Q. 100. GLOS VI.7, VI.8, VI.9

³² VILAPLANA, R., “Prestación de servicios de telecomunicaciones sobre redes eléctricas y derecho de la competencia”. Tesina de fin de master, Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

revisión de la página web de la eléctrica “Intellon”, empresa que ha sido la más innovadora en materia del PLC en Estados Unidos con su tecnología “Power Packet”, cual es la primera red de powerline que distribuye datos a velocidades de 14 Mbps a nivel residencial, se ha encontrado que la empresa en referencia, junto a 12 empresas más, en el año 2000 han formado una asociación denominada “Home Plug Powerline Alliance”, que tiene la finalidad de capacitar y promover la rápida disponibilidad de los productos ofrecidos con el PLC. Esta alianza ha crecido, teniendo en el 2002 unos noventa miembros o compañías que han escogido la tecnología de “Intellon” o su “Power Packet” como línea base para el desarrollo de ese mercado³³.

2. Situación actual del PLC en Venezuela

Luego de una pequeña investigación sobre la tecnología PLC en Venezuela, se ha percibido, que a pesar de que la implantación de la misma constituiría para nuestro país una pieza clave de la consolidación y el progreso de la Sociedad de la Información al aprovecharse al máximo la enorme penetración social de la red de distribución eléctrica; actualmente las empresas de distribución eléctrica, dueñas de sus redes de distribución, no presentan interés de invertir en esta tecnología. El planteamiento nunca llegó a traspasar las mesas de negociación.

Simplemente, algunas empresas de distribución han llegado a explotar el PLC a nivel corporativo, banca y oficinas. Las referidas empresas consideran poco útil llevar esta tecnología a nivel residencial, sobre todo, atendiendo a que existen nuevas tecnologías que pudieran tumbar o presentar otras alternativas más provechosas para los usuarios en materia de Internet, como por ejemplo: (i) las tarjetas PC Mecías, tecnología que permite al usuario obtener Internet, siempre y cuando se encuentre en cierto radio de penetración de servicios de banda ancha de Internet autorizados, cuyo terminal obviamente debe ser móvil (ordenadores personales portátiles); (ii) las tecnologías ADSL, o lo que en Venezuela se denomina ABA, servicios de Internet de banda ancha prestados por nuestro exmonopolista CANTV; (iii) el acceso a Internet a través de las redes de telefonía móvil celular, entre otras tecnologías.

En Venezuela, el uso del bucle de abonados de algunas redes de distribución eléctrica para la prestación de servicios de telecomunicaciones, no está extendido a nivel nacional. Las empresas que lo llevan a cabo a nivel corporativo, arguyen que la falta de interés de penetrar a nivel residencial, está basada no sólo en el desarrollo de las tecnologías antes mencionadas -las cuales a su vez tienen precios atractivos para el usuario-, sino también en el gran riesgo que existe en materia política, la inseguridad, la mala situación económica por la que atraviesa el país en estos momentos, y por último, en las obligaciones a las que podrían estar sujetas en aplicación a las mismas, del régimen jurídico sectorial de telecomunicaciones (interconexión, acceso y servicio universal).

33 Consulta realizada en la página web: www.intellon.com

Como puede observarse, este estudio, lejos de tener el objeto de dar soluciones a problemas existentes, está planteado de cara al futuro, que se espera no sea muy lejano, donde las empresas eléctricas de distribución presenten un verdadero interés real para invertir -a todo nivel-, en el desarrollo de esta tecnología, la cual mundialmente está teniendo gran éxito.

3. Títulos habilitantes necesarios para la explotación del PLC en Venezuela a través del reaprovechamiento de las redes eléctricas de distribución existentes³⁴

Para que las empresas de distribución eléctrica, las cuales a su vez prestan un servicio público, hayan implantado así sea a nivel corporativo, o puedan implantar la tecnología PLC en un futuro, es necesario la obtención de títulos habilitantes conforme a la regulación sectorial de telecomunicaciones. Ello se sustenta sobre todo en el artículo 5° de la LOTEL.

El artículo mencionado establece que, *“El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones”*.

Por otro lado, el RIN define las redes públicas de telecomunicaciones como el *“conjunto de equipos, sistemas e infraestructuras y las conexiones entre éstos, utilizados para la transmisión de información entre puntos de terminación de la red, destinados a la prestación de servicios de telecomunicaciones al público en general, haciendo uso del recurso limitado de numeración. La habilitación administrativa deberá indicar expresamente el carácter público de una red de telecomunicaciones a ser establecida, de ser el caso”*.

Así las cosas, no es difícil concluir que la tecnología PLC es un servicio de telecomunicaciones, que se llevará a cabo mediante la explotación de la red eléctrica, convertida en una red pública de telecomunicaciones desde la inclusión en la misma de los equipos de telecomunicaciones necesarios para implantar la mencionada tecnología. Además, dicha red se califica como tal, por la razón de que los servicios prestados gracias a esta tecnología, serían prestados al público.

Para realizar el análisis de cuáles son los Títulos Administrativos necesarios -de conformidad con el artículo 5° de la LOTEL ya citado- para la prestación del servicio o tecnología *in commento*, se hará referencia al Reglamento de Habilitaciones y Concesiones y a la Resolución de Atributos, ambas normas ya citadas en la presente investigación.

³⁴ Al respecto ver, NEBREDA PÉREZ, J.: *Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones*, Madrid, La Ley, 2000; y ARPON DE MENDÍVIL ALDAMA, A. y CARRASCO PERERA, A., (directores): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Acebo Pombo y Asociados, Aranzadi, 1999.

A. Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico y la Resolución N° 041 contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas

En una primera fase, si las empresas de distribución eléctrica que deseen incursionar en la tecnología PLC, llevan a cabo pruebas pilotos antes de poner a operar la mencionada tecnología, deberán obtener una habilitación especial, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la LOTEL, Parágrafo Único y los artículos 16, numeral 2, 17, 18, 21, 22 y 23 del Reglamento de Habilitaciones y Concesiones. La mencionada habilitación especial, sólo tendrá una duración de tres meses y será otorgada por CONATEL. Se infiere que lo anterior se ha dispuesto de esta manera, con la finalidad de que CONATEL ejerza sus potestades de policía, incluso frente a un potencial operador de telecomunicaciones, y para evitar la clandestinidad de los operadores frente al órgano regulador.

La habilitación especial para pruebas pilotos de nuevas tecnologías, supondrá el atributo³⁵ de radiocomunicaciones destinadas a la investigación, la docencia, o a verificar las características de operación y funcionamiento de nuevas tecnologías y equipos (artículo 8 de la Resolución de Atributos).

Posteriormente, si las empresas en cuestión -superada la fase de pruebas-, decidiesen operar la tecnología PLC, deberán obtener una habilitación general que habilite a su titular para el establecimiento y explotación de redes, y para la prestación de servicios de telecomunicaciones que desee; ello de conformidad con el artículo 24 de la Reglamento de Habilitaciones y Concesiones. Las habilitaciones generales serán otorgadas por CONATEL, y de conformidad con el artículo 21 de la LOTEL, no podrán tener una duración superior a 25 años, pudiendo ser renovadas por igual período.

Ahora bien, según los servicios de telecomunicaciones que deseen prestar las empresas de distribución eléctrica en aplicación de la tecnología PLC, los atributos que podría contener la respectiva habilitación general, serían los siguientes: (i) Telefonía fija local; (ii) servicios de Internet; (iii); Transporte; (iv) Acceso a redes de datos; y (v) Establecimiento y explotación de red de telecomunicaciones. Todos ellos, definidos en el artículo 3 de la Resolución de Atributos³⁶.

Igualmente, según los artículos 7^o³⁷, 16, único aparte y 76 de la LOTEL y el artículo 29, numeral 2 del Reglamento de Habilitaciones y Concesiones, para la

³⁵ Los atributos han sido definidos por la LOTEL en su artículo 16 como: “Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa (...)”.

³⁶ Entre los servicios mencionados, el que más interesa destacar es el de servicios de Internet, definido en el artículo 3, numeral 5 de la Resolución de Atributos como: “servicio de telecomunicaciones que permite acceder a la red Internet, excluyendo la conexión entre el proveedor de acceso a Internet habilitado mediante el presente atributo y el usuario”.

³⁷ El Artículo 7° de la LOTEL define el espectro radioeléctrico como: “...un bien del dominio público de la República Bolivariana de Venezuela, para cuyo uso y explotación deberá contarse con la respectiva concesión, de conformidad con la ley”.

utilización de porciones de espectro radioeléctrico necesarias para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, se debe obtener una concesión general. Tales títulos administrativos serán otorgados por CONATEL por un período de hasta 25 años (artículo 30 del Reglamento de Habilitaciones y Concesiones).

Luego, si las empresas de distribución eléctricas que deseen incursionar en la tecnología PLC, necesitan de la utilización de porciones de espectro radioeléctrico, será necesario la obtención de una concesión, siguiendo los procedimientos de Oferta Pública o Adjudicación Directa, según sea el caso; por su puesto, ello atendiendo a lo previsto en los artículos 75 y 105 de la LOTEL³⁸.

B. Cesión de habilitaciones administrativas

Se ha dicho en la presente investigación, que las empresas eléctricas no necesitan establecer una filial para llevar a cabo servicios de telecomunicaciones, y que por el contrario, sólo es necesario cumplir con la obligación de separación contable entre las actividades relacionadas con el sector eléctrico y las relacionadas con las telecomunicaciones. Sin embargo, es totalmente factible que las empresas de distribución eléctrica que deseen incursionar en la tecnología PLC, constituyan para ello a una filial; luego cabe la duda, de sí es necesario o no que las filiales de telecomunicaciones de las mencionadas empresas eléctricas, deban obtener una habilitación administrativa distinta a la que podría tener su casa matriz en materia de telecomunicaciones, o si esta última podría ceder los atributos de la misma a favor de su filial.

Pues bien, según el artículo 198 de la LOTEL y el artículo 10 del Reglamento de Habilitaciones y Concesiones, parte de los atributos que conforman las habilitaciones administrativas que obtengan los operadores de telecomunicaciones, podrán ser cedidas a sus empresas filiales -previa autorización de CONATEL-, y una vez cedidos tales atributos no podrán ser ejercidas por el titular de las mismas, a menos que vuelvan a adquirirse de conformidad con el artículo 196 de la LOTEL.

El mencionado artículo 10 del Reglamento de Habilitaciones y Concesiones, establece que en caso de que las filiales no tuvieran una habilitación administrativa a la cual incorporar los atributos cedidos, deberán pedir a CONATEL, además de la autorización de cesión, la correspondiente habilitación administrativa.

³⁸ “Artículo 75: No se requerirá concesión para el uso del espectro radioeléctrico en los siguientes casos: (...) 2. Pruebas pilotos de equipos de nuevas tecnologías, que requieran el uso de espectro radioeléctrico por un lapso que no exceda de tres (3) meses continuos improrrogables (...)”. “Artículo 105. Se otorgará mediante adjudicación directa las concesiones de uso y explotación sobre determinadas porciones del espectro radioeléctrico disponible, en los siguientes casos: (...) 3. Cuando sea necesario para la satisfacción de obligaciones de servicio universal”. Nótese al respecto, que el principal servicio de telecomunicaciones que se prestaría por medio de la tecnología PLC, es el de Internet, el cual es considerado por el artículo 50, numeral 4, de la LOTEL, como una obligación de servicio universal.

Igualmente, en cuanto al sentido de empresa filial empleado por la LOTEL y el Reglamento mencionado, se considera que el mismo deberá ser visto conjuntamente con el concepto de empresa vinculada establecido en el artículo 15 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia³⁹.

4. Principales aspectos relacionados con los derechos y obligaciones de las empresas eléctricas de distribución que implementen el PLC

A la par del listado de derechos y deberes de los operadores de telecomunicaciones, establecidos en los artículos 14 y 15 de la LOTEL, interesa en estos momentos tratar algunos derechos y deberes de las empresas de distribución de energía eléctrica que decidan implantar la tecnología PLC, quienes a su vez serán consideradas operadoras de redes públicas de telecomunicaciones. Entre tales derechos y deberes encontramos principalmente, el de interconexión y acceso a vías generales. Por último, se tienen las obligaciones de servicio universal a la que las mencionadas empresas puedan estar sujetas.

A. Obligación y derecho a la interconexión entre redes

Las empresas de distribución de energía eléctrica que exploten el PLC, serán consideradas operadores de redes públicas de telecomunicaciones. Pues bien, partiendo de esa premisa, les resulta aplicables la obligación -sectorial en materia de telecomunicaciones- de interconexión con otras redes públicas de telecomunicaciones, de conformidad con el artículo 130 de la LOTEL y el RIN.

La interconexión no es más que la conexión física de dos redes con el fin de permitir la interoperabilidad de los servicios de un operador de telecomunicaciones respecto a los otros; es decir, con ello los usuarios de la red de un operador van a poder comunicarse con los usuarios de otro operador, mediando contraprestaciones mutuas entre ambos operadores⁴⁰. Lo dicho no es más que una manifestación del reconocimiento del derecho humano de las personas a la comunicación, previsto en el artículo 1° de la LOTEL.

La interconexión debe suponer la atención a los principios de neutralidad, no discriminación, buena fe, e igualdad de acceso entre operadores; entre los cuales interesa destacar las de no discriminación e igualdad, ya que las empresas protagonistas de la explotación de la tecnología PLC, no podrán dar mejores

³⁹ El Artículo 15 señalado, establece que serán personas jurídicas vinculadas entre sí, las personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre ella; las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas, o que estén sometidas al control por parte de ellas; las personas que, de alguna u otra forma, estén sometidas al control de las personas señaladas. Ver al respecto a URDANETA FONTIVEROS, E; El Sentido del vocablo empresa utilizado en el artículo 119 (numeral 2°) de la Ley del Servicio Eléctrico; Libro Homenaje a la UCV.

⁴⁰ Ver respecto al tratamiento detallado de la interconexión a: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.: *Derecho de las telecomunicaciones. Nuevo derecho y nuevo mercado*, Dykinson, Madrid, 2002, páginas 137-149.

precios de interconexión a sus filiales por ser tales, o negar la interconexión a otros operadores de telecomunicaciones por no ser filiales. Ello podría ser controlado por el ente regulador de las telecomunicaciones, debido a que este último tiene la facultad de ordenar la interconexión en caso de desacuerdo entre operadores, o en caso de presentarse una rotunda negativa a dar interconexión, o de presentarse la misma en detrimento de los principios mencionados, ello de conformidad con la LOTEL y el RIN.

De manera que, por un lado la interconexión puede ser vista como una obligación para las empresas *in commento*, pero, por otro lado puede ser vista como un derecho de las mismas a interconectarse también con otras redes de telecomunicaciones, por ejemplo, con la del operador establecido, CANTV, o con la de operadores de redes de datos, ello con el fin de buscar a un proveedor directo que le preste el servicio de transporte de contenidos desde afuera, hacia sus redes de distribución eléctrica.

No se quiere terminar la redacción de este punto, sin antes hacer referencia a la cualidad de operadores especiales de telecomunicaciones que poseerían las empresas de distribución eléctrica que implanten la tecnología PLC. Así, se ha tratado de asomar a lo largo de la presente investigación, que las mencionadas empresas no son operadores de telecomunicaciones normales, es decir, son atípicas, ya que prestarían a la par de los servicios de telecomunicaciones, la actividad que las hizo nacer, el servicio público de distribución de electricidad. En consecuencia, están sujetas a su régimen sectorial por naturaleza, el eléctrico. En particular estarían sometidas a sus obligaciones en materia del servicio público de distribución de electricidad, y como tal deberán cuidar por su continuidad, calidad y por la garantía en el suministro eléctrico.

Debido a ello, la obligación de interconexión de las empresas *in commento* podría verse atenuada, y ello de ninguna manera atentaría contra el principio de igualdad, ya que como hemos dicho, las empresas en referencia no son operadoras normales de telecomunicaciones. Ello ha sido de alguna manera reconocido por la regulación sectorial de las telecomunicaciones. Así, el artículo 137 de la LOTEL, reconoce que la interconexión deberá llevarse a cabo, siempre y cuando no se menoscaben los servicios de telecomunicaciones y calidad del mismo, originalmente proporcionado por el operador de telecomunicaciones solicitado.

Se es de la opinión que tal excepción prevista en el artículo mencionado para el sector telecomunicaciones, es igualmente aplicable a nuestro caso. Es decir, para el caso que una empresa de servicio público de distribución de electricidad que implante el PLC, sea solicitada de ofrecer interconexión a otro operador de telecomunicaciones, esta podría negare con fundamento en esta norma, y aún más, en la aplicación de su propio régimen jurídico sectorial, el eléctrico. Claro está que estas son situaciones casuísticas, que deberán verse por CONATEL en ejercicio de su factible intervención en la formación de la voluntad de las partes en materia de interconexión.

B. Obligación y derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones

Otra de las obligaciones sectoriales que en materia de telecomunicaciones tendrían las empresas de distribución eléctrica que incursionen en la tecnología PLC, sería la de acceso a las vías generales de telecomunicaciones, ello de conformidad con el artículo 126 y siguientes de la LOTEL. El acceso a las vías generales de telecomunicaciones, se diferencia de la interconexión, en el sentido de que en este último hay interoperabilidad en los servicios, es decir, ambos operadores interconectados se prestarán mutuamente un servicio y se benefician de ello, originándose contraprestaciones mutuas; en cambio en el acceso, no habrá tal interoperabilidad, sólo se trata de que un operador acceda a las redes de otro para poder así prestar servicios de telecomunicaciones, mediando una contraprestación a favor del que controle o posea la red.

De manera que se pone de manifiesto que la intención del legislador del 2000 en materia de telecomunicaciones, fue separar los conceptos de titularidad o propiedad, con el concepto de uso de un bien esencial para la explotación de un servicio o negocio, todo ello en virtud del fomento de la entrada de nuevos competidores a los mercados; es decir, el propietario de las redes ya no será el único con derecho a explotarlas, pudiendo por ello recibir el pago de una contraprestación que sería fijada de común acuerdo por las partes.

Esta obligación de acceso a las vías generales de telecomunicaciones, se traduciría en que las empresas eléctricas que se dediquen al PLC, deberán permitir a los operadores de telecomunicaciones que lo soliciten, el acceso o utilización de aquellos elementos que permitan emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones. El acceso a las vías generales de telecomunicaciones también puede verse, no sólo como una obligación de las referidas empresas, sino como un derecho de las mismas frente a otras operadoras de telecomunicaciones.

Ahora bien, uno de los argumentos que sería susceptible de ser expuesto por las empresas referidas para no cumplir con la obligación *in commento*, sería la sustituibilidad de sus redes, por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación. Otro de los argumentos para ello, sería dado en el mismo sentido del expuesto en el punto anterior. Así, el artículo 128 de la LOTEL, establece que el acceso a las vías generales de telecomunicaciones, no podrá afectar irracionalmente el libre uso de la misma por el que la posea o controle, o causarle daños a las instalaciones de éste o afectar la continuidad y calidad de su servicio. No es más que la protección del principio de integridad de las redes reconocido en el derecho de las telecomunicaciones español, y adoptado por el venezolano.

Así, las empresas de servicio público de distribución de electricidad que se dediquen a la prestación de servicios de telecomunicaciones basadas en la tecnología PLC, solicitadas de acceso a sus vías generales de telecomunicaciones, podrán negarse en base a la integridad y seguridad de sus redes, pero incluso, también podría ser en base a la protección de calidad de sus servicios eléctricos y de sus redes eléctricas.

Luego, las obligaciones de interconexión y acceso a las redes públicas de telecomunicaciones de las empresas de servicio público de distribución eléctrica -las cuales constituyen uno de los desalientos de las mismas para implementar extendidamente el PLC-, no pueden ser vistas a la ligera. Estas empresas son atípicas, no prestarían sólo servicios de telecomunicaciones, sino que también son empresas eléctricas, sujetas por ello a su régimen jurídico sectorial, el eléctrico, por lo que uno de sus deberes fundamentales es resguardar la garantía del suministro eléctrico, como servicio público que es. Ello quiere decir, que la sujeción de las mismas al régimen jurídico sectorial de las telecomunicaciones, de ninguna manera podrá menoscabar sus obligaciones en materia eléctrica.

De lo contrario, las referidas empresas podrían estar sujetas a la jurisdicción contencioso administrativo en materia de servicios públicos (artículo 259 de la Constitución de 1999), bien sea por incurrir en falta de prestación del servicio público eléctrico de distribución, o supresión del mismo, o bien sea por daños y perjuicios originados a los particulares en su prestación, falta de continuidad, acceso y calidad del servicio. Es de hacer notar, que se piensa que las reclamaciones de índole mercantil (facturas relacionadas con servicios de electricidad), deben escapar del contencioso de los servicios públicos.

C. Obligaciones de servicio universal

Por último, y como ya se ha tratado de asomar, una de las obligaciones a las que podrían estar sujetas las empresas de servicio público de distribución eléctrica que incursionen en el PLC, son las de servicio universal, reguladas en los artículos 49 y siguientes de la LOTEL y en el RSU.

Siendo las mencionadas empresas eléctricas, operadores de telecomunicaciones, podrían participar en los mecanismos abiertos de asignación o de adjudicación directa de obligaciones de Servicio Universal, previstos en el RSU, recibiendo un financiamiento directo del Fondo de Servicio Universal para la realización de sus actividades de telecomunicaciones. Tal financiamiento proviene directamente del aporte que hacen todos los operadores de telecomunicaciones de conformidad con el artículo 151 de la LOTEL, según el cual las empresas referidas también deberán colaborar con el Fondo de Servicio Universal⁴¹.

5. Los reguladores de los mercados de telecomunicaciones y eléctrico en relación con el Derecho de la competencia

El último de los puntos que interesa destacar en este capítulo, es el relacionado con los organismos reguladores que tendrían que ver con la implantación del PLC en materia del derecho a la competencia. Pues bien, con la implantación de la tecnología PLC, podrían surgir rivalidades en cuanto a las competencias de

⁴¹ Respecto al desarrollo de las obligaciones de Servicio Universal en España, ver a SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A; *Derecho de las Telecomunicaciones...* Ob.cit; páginas 153-166.

los reguladores que vigilan la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y el eléctrico (CONATEL y la CNEE), con PROCOMPETENCIA. Así, los dos primeros deben considerarse como especialistas en el área de las telecomunicaciones y el eléctrico, respectivamente, mientras que el segundo es generalista en el área del derecho de la competencia.

Ni CONATEL ni la CNEE podrían ser considerados como organismos especialistas en la aplicación de las normas del derecho de la competencia, es más, puede decirse que no tienen competencias de aplicar como tal el derecho de la competencia, esto es vigilar comportamientos ilícitos o anticompetitivos para luego sancionar al infractor, sino que más bien, sólo podrán ordenar el sector de las telecomunicaciones y el eléctrico, en camino a evitar, si es ello posible, infracciones al derecho de la competencia.

Luego, según lo dispuesto en los artículos 37, numeral 22 y 48 de la LOTEL y 17, numeral 13 de la LOSE⁴², ambos organismos reguladores (CONATEL y la CNEE), tienen competencias sólo en cuanto al fomento y protección de la competencia en ambos sectores, nunca podrían aplicar el derecho a la competencia en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, no podrían tales reguladores, declarar la infracción de las normas del derecho de la competencia en los casos concretos y aplicar por consiguiente la respectiva sanción, sólo podrían en dado caso, dictar las medidas de salvaguarda necesarias para que no se den conductas anticompetitivas, o si en dado caso considera o sospecha que sí las hay, deberán informar a PROCOMPETENCIA sobre los hechos, para que se sustancie eventualmente un procedimiento sancionador.

Conclusiones

Con la emisión de la LOSE, el Legislador venezolano ha reconocido muy bien a las empresas del sector eléctrico, su derecho a incursionar en otras actividades o mercados, pudiéndose trasladar así, la experiencia y la fiabilidad que pueden tener los usuarios del sector eléctrico con respecto a las empresas que lo llevan a cabo, a otros sectores, como por ejemplo el de las telecomunicaciones. Es decir, el legislador no le ha negado a empresas que ejercen un servicio público, como el de distribución eléctrica, a incursionar en otros mercados, entre ellos, las telecomunicaciones.

42 “Artículo 17. Corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica: (...) 13. Coadyuvar con el fomento y protección de la libre competencia en aquellas actividades del sector en las que sea posible.” (LOSE). “Artículo 37. Son competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones las siguientes: (...) 22. Coadyuvar en el fomento y la protección de la libre competencia en el sector, en los términos establecidos en esta Ley”. “Artículo 48. En los casos en que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tenga conocimiento de algún hecho que pudiera ser violatorio de disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia o sus Reglamentos, lo informará a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia aportándole todos los elementos que coadyuven al conocimiento de la situación, a los fines de que ésta ejerza las funciones que le competen. (...)”. (LOTEL).

Así, las empresas de servicio público de distribución de energía, podrán prestar servicios de telecomunicaciones (PLC) a través de la reutilización de sus redes eléctricas de distribución. Para ello deberán ceñirse, no sólo a su legislación sectorial, sino también a la de las telecomunicaciones. Por ello, las empresas mencionadas podrán estar sometidas a obligaciones de interconexión, acceso y de servicio universal, propias del sector de telecomunicaciones, eso sí, siempre y cuando ello no represente un detrimento a la atención que deben darle a sus obligaciones sectoriales por naturaleza, es decir, las provenientes del régimen eléctrico.

Luego, jurídicamente, están las puertas abiertas para la implantación del PLC en Venezuela, por parte de las empresas de distribución de energía eléctrica, siendo éstas propietarias del bucle de abonados eléctrico necesario para ello. Falta entonces que llegue a considerarse que las circunstancias económicas, políticas y técnicas, sean las apropiadas para iniciar esta tecnología.

Si ello llegara a ocurrir, traería como consecuencia un sector de las telecomunicaciones mucho más fuerte y competitivo. Significaría un beneficio no sólo para los usuarios, sino también para el mercado mismo. A través del PLC, se fomentaría la competencia entre los operadores de telecomunicaciones, ahora con las empresas eléctricas.

Se coloca en el tapete una verdadera alternativa al bucle de abonados que forma parte de las redes telefónicas, vistas estas como las más explotadas en el sector de Internet. Estas redes, aún en la actualidad se presentan como monopolio natural en Venezuela, por lo que el fomento de la implantación de la tecnología PLC, atenuaría el gran poder de mercado de nuestro exmonopolista, equilibraría el mercado, e incentivaría la entrada de nuevos operadores al mismo. Así, se ofrecería a los usuarios una mejor calidad de vida y se permitiría la explotación de un sector de la economía que puede ser muy rentable.

Es tarea del Estado estudiar las posibilidades jurídicas, económicas y técnicas para la final implantación de esta tecnología, para lo que no se deberá implantar ningún tipo de trabas o intervenciones excesivas, que perjudicarán finalmente, no sólo al mercado sino a los destinatarios de los servicios de telecomunicaciones.

La oferta al público por Internet. Una visión desde la doctrina del Derecho civil

Antonio Santander Rengifo*

SUMARIO: 1. La oferta. 1.1. ¿Qué es la oferta contractual? 1.2. Requisitos de la oferta. 1.3. El carácter obligatorio de la oferta. 1.4. El carácter recepticio de la oferta. 2. La oferta al público. 2.1. La oferta al público como invitación a ofrecer. 2.2. La oferta al público como oferta. 2.3. Protección al consumidor. 3. El nuevo escenario: Internet y comercio electrónico. 3.1. Nociones generales de Internet. 3.2. Los orígenes. 3.3. ¿Qué es Internet? 3.4. ¿Qué es el comercio electrónico? 3.5. Tipos de comercio electrónico. 4. La oferta al público por Internet. 4.1. Características del comercio electrónico por Internet. 4.2. Cláusulas generales de contratación electrónica. 4.3. ¿Oferta o invitación a ofrecer?

Resumen

En la actualidad viejas instituciones jurídicas se ven rejuvenecidas y académicamente cuestionadas por los adelantos tecnológicos y las nuevas formas de contratación. Es éste precisamente el caso de la *oferta al público*, cuyo concepto registra larga data pero que se enriquece gracias a medios como Internet. Así, la discusión respecto del correcto contenido y alcances jurídicos de esta institución recupera vigencia y se traslada a los fueros normativos. No obstante ello, es posible percatarnos que la propia doctrina civilista nos ofrece las herramientas necesarias para que la oferta al público pueda insertarse con éxito en las operaciones de comercio electrónico masivo.

Palabras Clave: Internet. Comercio electrónico. Oferta al público. Cláusulas generales de contratación electrónica.

Abstract

Nowadays, old legal institutions get renewed and academically challenged by the technological advances and the new forms of contracts. This is precisely the case of public offerings, whose concept has been around for a long time but that gets broadened due to new concepts like Internet. Thus, the discussion regarding the right contents and legal boundaries of it regains use and gets moved into the ruling government instances.

Recibido: 23/11/2004 • Aceptado: 15/12/2004

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Director de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico. santander_antonio@hotmail.com

Revista Derecho y Tecnología N° 5/2004

ISSN: 1317-9306

81-120

Nonetheless, it is possible to realize the civil doctrine itself offers the tools needed so that public offerings maybe successfully inserted in the mass electronic commerce operations.

Keywords: Internet. Electronic Commerce. Public Offerings. General Clauses of electronic contract.

1. La oferta

1.1 ¿Qué es la oferta contractual?

La oferta es la declaración de voluntad que busca obtener la celebración de un contrato. De este modo, quien emite la oferta es denominado el “oferente” y quien posteriormente la acepta será el “aceptante”. A esta conjunción de oferta y aceptación se le denomina “consentimiento” en su aspecto de forma.

Al respecto, De la Puente explica que el consentimiento debe ser entendido de dos maneras que son el fondo y la forma de un mismo fenómeno. El consentimiento entendido en su aspecto de fondo es la coincidencia de voluntades declaradas, mientras que en su aspecto de forma es la conformidad de la oferta y la aceptación¹.

El término oferta ha recibido diverso tratamiento en la doctrina y muchas veces ha sido confundido con otros de similar naturaleza con los que, si bien es cierto, guarda elementos comunes, también tiene diferencias sustanciales. Así, podemos encontrar que en la teoría jurídica la oferta ha sido comparada con otros dos términos: “propuesta” y “policitación”.

Algunos autores equiparan a la propuesta con la oferta mientras que otros consideran que este término es más genérico. Esta genericidad implica que el término propuesta comprende tanto a la oferta propiamente dicha, que es aquella dirigida a personas determinadas, como a la policitación, dirigida a personas no determinadas. Por tanto, propuesta y oferta guardan una relación de genero-especie.

Respecto de la policitación, si bien cierta doctrina española y francesa moderna la entiende equivalente al término “oferta”, ésta recibe tres contenidos marcadamente diferentes. Algunos consideran que la policitación es aquella declaración dirigida a personas no determinadas, es decir, carece de un destinatario preciso; mientras que la oferta esta dirigida a persona determinada. Diferente sector entiende que ambas voces no son sinónimas ya que mientras la policitación es la oferta no aceptada, la oferta propiamente dicha es aquella que ha sido aceptada y forma el contrato; en este caso, el elemento diferenciador de una y otra figura viene dada por la aceptación del destinatario. Existe la tercera

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Primera Parte. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. pp. 124-125.

posición que postula que la policitud es aquella propuesta que no ha llegado a conocimiento del destinatario mientras que la oferta sí ha sido conocida².

Así tenemos que, el término “oferta” no ha sido adoptado por los autores de una forma homogénea existiendo voces como “policitud” y “propuesta” con las que ha sido comparada. Lejos de las críticas que se pueden formular a cada una de estas distinciones, resulta conveniente ajustar criterios respecto de la precisión terminológica para ser usada en este análisis.

En primer lugar nos resulta más acertado entender, tal como describen los Ospina³, que “propuesta”, “oferta” y “policitud” son figuras diferentes y deben recibir en la doctrina trato disímil. Por propuesta se debe entender a aquella invitación que una o más personas hacen a otra u otras a fin de celebrar un contrato. Cabe anotar que la propuesta no tiene un referente determinado como destinatario de la propuesta, es decir, sólo basta que la invitación sea hecha a otras personas con la intención de celebrar un contrato. Dada la genericidad del término debe entenderse que éste comprende dos tipos específicos de propuestas.

Por un lado, esta propuesta de celebrar un contrato puede estar dirigida a persona o personas determinadas, o a una generalidad de terceros, es decir personas indeterminadas que quieran celebrar el negocio. Así, la doctrina reserva la denominación “oferta” para aquella propuesta dirigida a persona determinada y “policitud” a la que se dirige al público en general. Esto es útil en la medida que la dogmática jurídica le aplica tratamientos distintos a estas dos voces.

De este modo, concluimos que en doctrina se entiende que la propuesta comprende tanto a la oferta como a la policitud y le ofrece un tratamiento distinto.

Al respecto, nuestro Código Civil de 1984 recoge lo antes dicho y separa a la oferta de la policitud, que en el caso de este cuerpo normativo se denomina oferta al público. Así, de la comparación de los artículos 1382°, relativo a la obligatoriedad de la oferta, y 1388°, sobre la oferta al público como invitación a ofrecer, notamos que dicha diferencia a nivel legislativo existe. Posteriormente me ocuparé de las implicancias y sustento teórico de este trato disímil.

Por último, deseo hacer una precisión. Las diferencias existentes entre ambas voces se basan en un elemento constituido por la orientación que se le da a la propuesta, es decir, todo dependerá de a que persona o personas sea dirigida. A nivel doctrinario y legislativo se entiende que el elemento “dirección de la propuesta” es muy importante y por ende es recogido y determinante para ofrecer tratos diferentes a ambas denominaciones.

En fin, esta discusión no deja de ser netamente terminológica al pretender otorgar una denominación común a ciertas figuras jurídicas por considerar muy importante el elemento de dirección de la propuesta. Posteriormente pretenderé

² Sólo De la Puente asume esta última posición caprichosamente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Primera Parte. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. p. 213).

³ OSPINA, Guillermo y Eduardo OSPINA. Teoría General del Contrato. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 147.

demostrar que la determinación de la persona o personas destinatarias de la propuesta no debe ser determinante para justificar un trato diferenciado.

Sirva el análisis anterior para entender simplemente cuando nos encontramos ante una propuesta con destinatario determinado y cuando no. Por ello, me referiré a oferta como propuesta en los términos antes destacados.

Entrando en materia, la oferta contractual es la declaración de la voluntad mediante la cual el declarante propone al destinatario la celebración de un determinado contrato. La finalidad de esta declaración es que mediante la aceptación de la oferta se celebre el proyectado contrato⁴. Sustancialmente esta es la definición que la doctrina comparte respecto de la oferta contractual⁵.

1.2 Requisitos de la oferta

De lo anterior se desprende que la oferta debe gozar de ciertos requisitos para que sea considerada como tal. En términos generales la oferta i) debe ser completa o autosuficiente, ii) debe emitirse con la seria intención de contratar, iii) deberá ser recibida por el destinatario legitimado a hacerlo, Iiii) debe revestir la forma exigida en caso esta exista dicho imperativo. Ahora cabe analizar cada uno de estos requisitos.

- **Autosuficiencia de la oferta**

Es necesario que la oferta contenga todos los elementos del contrato que se propone para que con la simple aceptación del destinatario se forme el contrato. A este respecto cabe hacer dos precisiones.

En primer lugar, sólo es necesario que estén presentes los elementos estrictamente esenciales para la celebración del contrato, es decir, aquellos que exige la ley y, en su caso, los que las circunstancias y el tráfico consideren de relevancia mayúscula. Lo que se exige es que estén presentes los elementos que sin los cuales el negocio no pueda existir o degenerar en otro negocio distinto. Tampoco es necesario agotar todos los puntos sobre los cuales se formará el contrato, sino sólo que la oferta sea suficiente para que al integrarse con la aceptación haya acuerdo en todos los puntos que el oferente ha considerado relevante pronunciarse. Sería ridículo suponer que la autosuficiencia de la oferta

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 221.

⁵ Sin embargo, existen diversas definiciones que tienen elementos peculiares. Así, Díez-Picazo y Gullón consideran que la oferta es una declaración de la voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato (DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Octava Edición. Madrid: Tecnos, 1999. p. 65). Por su lado Gete-Alonso entiende que la oferta es aquella declaración de voluntad unilateral, recepticia mediante la que se propone la celebración de un determinado contrato a otra persona (GETE-ALONSO, María del Carmen. La Formación del Contrato. En: PUIG I FERROL, Lluís y otros. Manual de Derecho Civil. Tomo II. Segunda Edición. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 559). Por otro lado, Guillermo y Eduardo Ospina consideran que la oferta es la propuesta o invitación que una o más personas formulan a otra u otras personas determinadas a celebrar una convención (OSPINA, Guillermo y Eduardo OSPINA. Op. Cit. p. 147).

exige que en esta se deban agotar todos los extremos sobre los cuales la ilimitada imaginación humana entienda pueda haber algún tipo de acuerdo, tal como acertadamente afirma Forno⁶.

En segundo lugar, se debe entender que no existe ningún inconveniente para que el proponente permita al destinatario de la oferta determinar ciertos aspectos esenciales del contrato. Es decir, el aceptante podrá agregar elementos al contrato que no hayan sido determinados por el proponente siempre que existan ciertos parámetros o límites que respetar, los cuales han sido previamente fijados por el oferente. En caso que no se hayan prefijado estas fronteras, respecto de los elementos esenciales del contrato, las adiciones, modificaciones o condiciones que el destinatario tenga que introducirle a su aceptación constituirán una nueva propuesta⁷. A similar solución arriba el artículo 1326^o del Código Civil italiano cuando señala que la declaración que no es conforme con la oferta equivale a una nueva oferta.

- **Seria intención de contratar**

La oferta debe contener la intención del oferente de celebrar el contrato propuesto, es decir, en caso que se produzca la aceptación el contrato este quedará concluido⁸. A este respecto, Gete-Alonso⁹ entiende que el oferente debe presentar su oferta como su propia declaración de voluntad en la que se refleje su seria intención de quedar obligado si se acepta la oferta.

Cabe destacar que este es un elemento subjetivo de difícil probanza cuya comprobación directa es sumamente compleja. Por ello es necesario recurrir a aquello que se desprenda de la misma oferta, es decir, su contenido y la forma como es presentada. La falta de seriedad de la oferta debe resultar claramente de los propios términos de ella o de las circunstancias del caso. Para el caso, es de suma importancia analizar la naturaleza del negocio que se pretende celebrar y concluir si una declaración de ese tipo puede constituir una oferta seria.

Considero que existe una presunción de seriedad de la oferta y la falta de esta debe ser clara y debidamente probada. Por tanto, el destinatario de la oferta sólo debe realizar un simple análisis de la seriedad de la oferta y no está obligado a llevar a cabo importantes esfuerzos para asegurarse si la declaración no contiene una simple enunciación o un mero deseo de contratar.

Como dije anteriormente, la ausencia de esta seria intención de contratar puede desprenderse tanto de su contenido como de las circunstancias que la afectan.

Por un lado, respecto del contenido de la declaración contractual, se entenderá que no hay una seria intención de contratar cuando se está ante las llamadas “ofertas sin compromiso”. Estas son aquellas que se proponen sin el ánimo de

6 FORNO FLÓREZ, Hugo. La Oferta al Público: Razones para una discrepancia. En: Derecho PUCP. N° 45, Diciembre 1991. pp. 217-219.

7 OSPINA, Guillermo y Eduardo OSPINA. Op. Cit. p.147.

8 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 214.

9 GETE-ALONSO, María Del Carmen. Loc. Cit.

quedar vinculado si recae la aceptación y usualmente van acompañadas de las frases “sin compromiso”, “salvo confirmación”, “salvo aprobación” y similares¹⁰. Es decir, no serán consideradas ofertas aquellas declaraciones de voluntad en las que haya una reserva expresa, las cuales pueden considerarse como simples invitaciones a ofrecer.

Por otro lado, las circunstancias que rodean a la declaración pueden ser determinantes para considerarla seria o no. Así, no deben ser consideradas verdaderas ofertas aquellas que se originan de bromas o representaciones teatrales, las hechas a título de ejemplo o por jactancia. De modo similar, las que tengan fines didácticos o informativos no deben ser consideradas ofertas¹¹.

En todo caso se debe proteger la razonable confianza que haya podido generar la oferta en el destinatario. De este modo, y partiendo de que la falta de seriedad debe desprenderse claramente del contenido de la declaración o de las circunstancias que la afectan, la ausencia de intención de contratar debe ser evidente para el destinatario de modo que éste no pueda razonablemente confiar en la seriedad de la misma, ya que en caso contrario habrá que tutelar la confianza del destinatario.

- **Conocimiento del legítimo destinatario**

Para que la oferta pueda efectivamente ser considerada como tal es necesario que llegue a ser conocida por su legítimo destinatario, es decir, que sea de conocimiento de aquel que está legitimado a recibirla. Sólo en la medida que esta declaración contractual sea conocida puede ser aceptada y así celebrar el contrato.

Cabe destacar que no será considerada oferta aquella declaración que sea conocida por persona distinta de su destinatario a menos que se trate de su representante pasivo¹².

A este respecto es necesario indicar que el requisito de conocimiento de la oferta debe ser entendida en su real dimensión jurídica, es decir, hay que tomar en cuenta que existe conocimiento real y conocimiento presunto. El conocimiento real hace referencia a la interiorización del contenido y sentido de la declaración por parte de su destinatario. Es simplemente un proceso cognitivo que permite que el destinatario tenga conciencia de la existencia y sentido de la oferta. Por otro lado, el conocimiento presunto es una figura jurídica creada para dotar de seguridad a las transacciones en la medida que permiten al emisor de las declaraciones tener mayor certeza que su declaración ha sido conocida por el destinatario de la misma. Así, este conocimiento presunto está caracterizado por la recepción de la declaración, entendida esta como el ingreso en la esfera de dominio del destinatario.

¹⁰ FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. Cit. p. 224.

¹¹ Ibid. p. 223; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 215.

¹² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 215.

De este modo, se entenderá cumplido este requisito en la medida que el legítimo destinatario tenga conocimiento o reciba la oferta, conocimiento real y presunto respectivamente.

Este requisito es muy similar a lo que en doctrina se conoce como el carácter recepticio de la oferta el cual será explicado con mayor detalle más adelante.

- **Forma de la oferta**

La oferta debe cumplir con la formalidad que se haya fijado legal o convencionalmente para ella. Mientras que no se cumpla con esta forma debe entenderse que no existe oferta y que estamos frente a una simple declaración.

El artículo 143º del Código Civil de 1984 consagra la libertad de forma para las declaraciones de la voluntad la cual rige también para la oferta. De tal modo que, en principio, la oferta goza de libertad de forma, la cual permite que el declarante pueda formular la oferta de la forma que considere más conveniente para hacer conocer al destinatario el contenido de su propuesta.

Cabe destacar que dentro de esta libertad de forma debe entenderse que la oferta puede formularse tanto de manera expresa como tácita. La primera de ellas es la regularmente utilizada debido a la funcionalidad de la oferta, siendo considerada como la regla. Sin embargo, la oferta también puede ser expuesta de manera tácita en virtud de la libertad formal que la caracteriza.

La discusión sobre este requisito puede extenderse a un nivel anterior constituido por la formalidad establecida para la celebración del contrato que se procura concluir. De este modo, también se requiere tomar en cuenta la formalidad exigida para el contrato que se pretende celebrar. Así, estando la oferta destinada a concluir un contrato solemne, aquella debe cumplir la misma forma impuesta para el contrato que se propone¹³. En caso que no se cumpla con la formalidad exigida, el ordenamiento jurídico considerara inexistente tal declaración toda vez que en estos casos la forma es el instrumento que se utiliza para exteriorizar la voluntad del declarante.

De la Puente entiende acertadamente que la solemnidad busca que el consentimiento sea meditado, consciente, a fin de evitar que el contrato se concluya de manera apresurada. Así, el consentimiento se forma al manifestarse mediante solemnidad¹⁴.

De la Puente considera que existe un requisito adicional configurado por la necesidad de la determinación del oferente. Para sustentar su posición esgrime dos argumentos. En primer lugar, alega que es necesaria la identificación del oferente toda vez que el destinatario de la oferta debe conocer con quién va a contratar. Por otro lado, la identificación del declarante permitirá que el destinatario pueda comunicar de manera precisa su aceptación¹⁵.

¹³ FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. Cit. p. 226.

¹⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 216.

¹⁵ Ibid. p. 215.

A este respecto debo indicar que no comparto la posición de considerar la determinación del oferente como un requisito de la oferta ya que es posible que el destinatario, aunque no identifique al declarante, pueda válidamente emitir su aceptación y con ésta se celebre el contrato. En primer término, no existe una razón sólida que impida a un individuo aceptar una propuesta formulada por otro que no está plenamente determinado y cuya aceptación no pueda lograr la celebración del contrato propuesto. Dentro del tráfico comercial es posible que el destinatario de una propuesta no sepa quién se la emite, ya que resultan sólo relevante para sus intereses las condiciones ofrecidas en la oferta. Así, en la medida que la determinación del declarante no es esencial para el destinatario, no debe ser entendida como requisito. Por otro lado, la identificación del oferente no es condición necesaria para que el destinatario pueda comunicar su aceptación de manera precisa toda vez que para ello sólo bastaría fijar un medio por el cual este pueda emitir su declaración. Es usual en el tráfico comercial que sin determinar al oferente se pueda emitir la aceptación de manera precisa siempre que se prevea un medio idóneo para que llegue a conocimiento de este. Así, el simple hecho de fijar una dirección, un número telefónico o una cuenta de correo electrónico bastaría para que el destinatario pueda emitir su aceptación de manera precisa.

Por tanto, ante todo lo dicho, considero que la determinación del oferente no debe ser considerado un requisito de la oferta ya que esta puede existir independientemente de la identificación del declarante.

1.3 El carácter obligatorio de la oferta

En términos generales, la discusión respecto de la obligatoriedad de la oferta ha sido entendida por la doctrina dominante como la existencia o ausencia de una vinculación jurídica presente entre el oferente y su destinatario. Esta cuestión implica determinar si el declarante ha contraído o no una obligación que le exige mantener la oferta hasta que se compruebe la aceptación del destinatario. A fin de cuentas, aquello que se busca determinar es si la sola voluntad del oferente tiene o no aptitud para vincularlo jurídicamente al destinatario¹⁶. Una vez determinado esto se podrá precisar si el oferente tiene o no la facultad de retractarse antes de la aceptación de su propuesta. Por tanto, la verdadera utilidad de las conclusiones a las cuales se arribe respecto de la obligatoriedad o la ausencia de ella de la oferta es determinar si el proponente puede retractarse, es decir, si la oferta tiene el carácter de revocable o irrevocable.

A este respecto existen dos grandes corrientes doctrinarias marcadamente diferentes que intentan explicar si existe o no efecto vinculante producido por la oferta respecto de su autor.

Por un lado, existe la tesis clásica o tradicional de origen francés, la cual postula que la oferta no produce ningún vínculo respecto de su autor. De manera que la oferta no crea un nexo obligatorio entre el oferente y el destinatario. Esta

¹⁶ OSPINA, Guillermo y Eduardo OSPINA. Op. Cit. p. 150.

teoría entiende que establecer que la oferta crea una obligación del oferente implica a su vez un consiguiente derecho crediticio para el destinatario de ella, lo cual quebranta el principio de que “nadie adquiere un derecho sin su voluntad”¹⁷. De esta manera, se niega la eficacia jurídica de todos los actos unipersonales o unilaterales, excluyéndolas directamente de las fuentes de las obligaciones.

La tesis clásica francesa explica todo tipo de vinculación en términos de obligación y que a su vez esta solo emana del contrato, por lo cual, la voluntad unilateral no puede generar ningún tipo de relación obligatoria. Así, postular que el oferente quedaba vinculado con su declaración suponía que resultaba obligado con la misma frente al destinatario, lo cual era inconcebible. Adicionalmente a esta razón de orden dogmático existía un argumento de tipo funcional el cual señala que, en caso de una oferta formulada sin plazo de caducidad, se constituiría en una oferta perpetua de duración indeterminada. Así que, la única forma de evitar que el oferente quede perpetuamente vinculado a su oferta es permitir su revocación. Estas dos ideas son las que llevaron a los franceses a concluir que la oferta no obliga a su autor frente al destinatario permitiendo que el proponente pueda revocarla antes que se celebre el contrato.

De esta manera, para la tesis clásica, el proponente puede revocar libremente su oferta comunicándole al destinatario que su voluntad de contratar ha cambiado. Mientras no se forme el contrato el declarante puede dejar sin efecto su oferta. Por tanto, la esencia de la teoría clásica francesa consiste en negar categóricamente la obligatoriedad de la oferta¹⁸ lo cual importa adoptar como regla su libre revocabilidad, permitiendo ciertos matices de excepción que posteriormente indicaré.

Por otro lado, existe otra corriente doctrinal de corte alemán que postula lo contrario, es decir, que el proponente una vez que ofrece la celebración de un contrato debe quedar vinculado a su propuesta dentro de un plazo, durante el cual no puede dejarla sin efecto. A lo largo de este plazo el destinatario puede aceptar la oferta aunque el proponente ya no desee celebrar el contrato. Esto se traduce en la irrevocabilidad de la oferta, la cual niega cualquier tipo de efecto jurídico a la retractación del oferente quedando sometido a su declaración. Esta teoría postula la irrevocabilidad de la oferta consintiendo la revocación en ciertos casos los cuales serán explicados posteriormente.

La tesis alemana se sustenta en circunstancias distintas a la francesa. En primer término, esta teoría propone la existencia de actos unipersonales o unilaterales obligatorios entre los cuales se encuentra la oferta. Además, reconoce el importante papel que desempeñan las transacciones privadas para el intercambio de bienes y servicios, por lo que considera que la vinculación es necesaria por una preocupación de seguridad jurídica, es decir, estima que lo importante es brindarle cierta seguridad a quien recibe la oferta, otorgando un plazo elemental o lapso razonable dentro del cual puede conocer la oferta, meditarla y decidir aceptarla o no. Esto permite que las propuestas no estén expuestas a la voluntad

¹⁷ Ibid. p. 151.

¹⁸ Ibid. Loc. Cit.

caprichosa del oferente y que el oferente se vincule en virtud de su declaración en la medida que se reconoce que esta también afecta a otras personas. Así, el destinatario tiene la garantía que durante el lapso de la oferta puede aceptarla sin preocuparse en que esta sea revocada. De este modo, el oferente no podrá arrepentirse de su declaración y si en caso lo hiciese esta no tendrá valor jurídico.

Estas dos tesis fueron desarrolladas en virtud de las dos más importantes teorías existentes para resolver las discrepancias entre la voluntad y la declaración. La tesis clásica francesa tiene su origen en la teoría de la voluntad, la cual atribuye un rol preponderante a la voluntad real. Esta teoría busca proteger a los contratantes toda vez que nadie debe obligarse sino en la forma en que verdaderamente ha querido hacerlo, de acuerdo con su propia intención. Entonces, según esta teoría, habrá que preguntarse que es lo que se quiso en realidad. Por otro lado, la tesis alemana germina de las ideas desarrolladas por la Teoría de la Declaración, la cual sostiene que la voluntad declarada debe primar sobre la voluntad real. El fundamento de esta teoría es evitar que la incertidumbre perjudique el tráfico que exige confiar en que lo declarado es lo verdaderamente deseado, por tanto, en virtud de la teoría de la declaración, la cuestión es determinar que fue lo que se expresó¹⁹.

A pesar de las diferencias notables existentes entre las dos tesis anteriormente descritas, estas se fueron estrechando en la medida que aceptaban que sus soluciones no eran absolutas.

En el caso de la tesis tradicional francesa, la cual postulaba como regla la no obligatoriedad de la oferta y su libre revocabilidad, admitía de manera excepcional la posibilidad de que la oferta pudiese no ser libremente revocable en ciertos casos. La propia doctrina y jurisprudencia francesas, en vista de las consecuencias inequitativas que pueden surgir en contra del destinatario, han entendido que, en caso de una oferta con plazo expreso, la retractación supone la responsabilidad del oferente cuando ocasione perjuicios al destinatario. En este supuesto, el fundamento jurídico que permite este efecto es la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual²⁰. La responsabilidad del oferente que revoca ocasionando daño se funda en aquel postulado general que reza que “nadie debe sufrir perjuicio por la culpa ajena”. Por tanto, para evitar esta responsabilidad, el oferente está obligado a asegurarse que el destinatario no haya comenzado a prepararse para el negocio propuesto, realizando gastos y tomando medidas que le resulten perjudiciales posteriormente en caso no se celebre dicho contrato²¹. De este modo, esta teoría, con dicho matiz, supone que la libre revocabilidad de la oferta no es absoluta.

No obstante ello, esta teoría francesa de la libre revocabilidad de la oferta ya no se sustenta más en los criterios que la doctrina clásica establecía. Ya no se constituyen como fundamentos el problema de las fuentes de las obligaciones o

19 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Primera Parte. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. pp. 137-141.

20 OSPINA, Guillermo y Eduardo OSPINA. Op. Cit. p. 152.

21 Ibid. Loc Cit.

la perpetuidad de la oferta. Actualmente, la razón de ser de la teoría de la libre revocabilidad de la oferta depende del concepto de autonomía privada y poder negocial. Así, mientras el proponente no contrata aún no se somete a ninguna regla, de modo tal que está en ejercicio de su autonomía la cual supone decidir contratar o no hacerlo. De este modo, en la medida que no se celebra el contrato el oferente está en ejercicio legítimo de su autonomía y ésta no puede ser limitada.

Por otro lado, los alemanes postulaban como idea general que la oferta es irrevocable pero admitían su revocabilidad en ciertos supuestos. Es el caso que, consideraban como oferta revocable aquella que tenga tal condición en virtud de lo indicado expresamente por su autor. Para ello es necesario que el oferente excluya de su propuesta la irrevocabilidad e indique que esta es revocable. En este caso, el propio proponente puede disponer la revocabilidad de su oferta y determinar el momento en que ésta queda sin efecto. Por tanto, la teoría alemana también acepta que la irrevocabilidad de la oferta no puede ser tratada en términos absolutos.

El Código Civil italiano toma una postura semejante a la tesis tradicional francesa. De modo general, se establece que la oferta es revocable y por excepción puede ser irrevocable. Según este código la oferta será irrevocable si el proponente dispone que tenga tal condición.

El Código Civil peruano de 1984 se inclina por la teoría alemana y establece de manera general que la oferta no puede revocarse. Así, la oferta es irrevocable a menos que su revocabilidad resulte de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1382° de dicho Código. Es decir, quien formula una oferta en el marco del ordenamiento jurídico peruano no puede arrepentirse de ella salvo en los tres supuestos antes indicados.

Es importante mencionar que existe un uso indiscriminado de la expresión con la cual se quiere argüir la irrevocabilidad de la oferta. El Código Civil peruano de 1984 al referirse a la oferta irrevocable usa el término "obligatoria" lo cual constituye un error porque el instrumento del cual el ordenamiento jurídico se vale para vincular al oferente respecto de la oferta no es el de la obligación. Cuando una oferta es irrevocable no significa que el oferente se convierta en deudor y esté obligado a algo, tampoco que el destinatario de la oferta sea acreedor del oferente y tenga un derecho de crédito sobre este. Esta expresión es usada debido a que la idea de obligación implica la ausencia de libertad y porque la tradición explicaba toda situación jurídica de desventaja en términos de deber, entonces se confundía la irrevocabilidad con la obligación. Estas concepciones llevaron a crear la confusión que hoy persiste.

La doctrina moderna acepta y reconoce situaciones jurídicas subjetivas que antes no admitía, las cuales explican de una manera más clara el problema del vínculo existente entre oferente y destinatario. Así, podemos entender que el ordenamiento jurídico se vale de una situación jurídica subjetiva de desventaja como lo es la sujeción para someter al oferente a su declaración. Esto significa entonces que ante una oferta irrevocable el proponente está sujeto a su oferta y

no puede evitar que la otra parte, dentro del plazo de la oferta, declare su aceptación válidamente.

Esta situación jurídica de sujeción se establece en ventaja del destinatario, el cual tiene el derecho subjetivo de aceptar aun cuando el proponente ya no desee contratar. En virtud de ello, el proponente no puede dejar sin efecto la oferta ni evitar que la otra parte acepte.

Por otro lado, cuando estamos frente a una oferta revocable se debe entender que el ordenamiento le atribuye al oferente una situación jurídica de ventaja que constituye un derecho potestativo, el cual le permite directamente la extinción de la oferta y de los efectos jurídicos por ella provocados. Asimismo, se crea en el destinatario una situación jurídica subjetiva de desventaja que lo sujeta a la decisión de revocación del oferente. Puede entenderse además que, cuando estamos frente a una oferta irrevocable se niega el derecho al oferente de retractarse de su declaración y provocar la extinción de la oferta. Lo cual implica que la irrevocabilidad de la oferta importa la ausencia del derecho potestativo del oferente a revocarla²².

Por tanto, el Código Civil peruano al establecer la obligatoriedad de la oferta realmente consagra como regla la irrevocabilidad de la oferta que implica el estado de sujeción en el cual se encuentra el oferente y la ausencia del derecho potestativo a retractarse. De este modo queda demostrado que, más allá de la terminología usada en los códigos, la oferta vincula al oferente pero no crea una obligación ni un derecho a crédito.

El artículo 1382° del Código Civil peruano de 1984 recoge como regla la irrevocabilidad de la oferta -teoría de la vinculación de la oferta- y la redacta en términos de obligación. Sin embargo, como ya indiqué, en realidad la irrevocabilidad no crea una obligación sino que debe ser entendida en términos de sujeción y ausencia de derecho potestativo del oferente.

En términos de nuestro Código Civil de 1984, si el oferente dispone de forma expresa que su oferta es revocable, según lo dispuesto en el artículo 1382°, entonces tendrá un derecho potestativo a revocarla antes que se forme el contrato. Así, en virtud de la revocabilidad de la oferta el declarante tiene el derecho a optar por dejar sin efecto su propuesta o esperar a que esta sea aceptada.

De este modo podemos observar que, contrariamente a lo que se pensaba respecto de la obligación que se generaba con la oferta, ahora este tema debe ser entendido en términos del derecho subjetivo de desventaja de sujeción para el caso de la irrevocabilidad y de derecho potestativo del oferente a retractarse cuando estemos ante una oferta revocable.

Aquellos que explican la irrevocabilidad en términos de obligación entienden erróneamente que el oferente se obliga frente al destinatario de su declaración a no revocar la oferta dentro de un plazo razonable. Así, esta obligación es entendida como una de no hacer. Esta posición se desvirtúa cuando se enfrenta a las siguientes consideraciones.

22 FORNO FLÓREZ, Hugo. Los efectos de la oferta contractual. En: *Ius Et Veritas*. N° 15. Junio 1993. p. 188.

En primer lugar, en el Derecho de las Obligaciones se contempla la figura del incumplimiento la cual tiene sus propios efectos jurídicos, sanciones y tratamiento especial. El artículo 1158° del Código Civil peruano de 1984²³ consagra las medidas que el acreedor de la obligación puede adoptar. En este caso el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación, exigir la destrucción de lo ejecutado o dejar sin efecto la obligación. Como es visible, el ordenamiento jurídico reconoce el incumplimiento y le ofrece una serie de consecuencias, es decir, el incumplimiento de la obligación de no hacer tiene trascendencia jurídica. En cambio, cuando estamos frente a una oferta irrevocable el incumplimiento de la obligación de no revocar no cabe ya que ésta carece de trascendencia jurídica. En caso que el oferente se retracte de su oferta, esta declaración no tendrá efectos jurídicos y tal revocación será inexistente.

Por otro lado, ingresando ya al contenido de la supuesta obligación derivada de la oferta, tal no importa ningún deber de conducta o prestación impuesta al proponente, quien más bien se encuentra en un supuesto de no poder revocar²⁴. Así, no es que la irrevocabilidad de la oferta obliga a no revocar sino que el oferente está imposibilitado jurídicamente a hacerlo.

1.4. El carácter recepticio de la oferta

La doctrina no es unánime respecto del contenido de la receptividad²⁵ de las declaraciones. Existen discrepancias sobre considerar la receptividad como un requisito de la oferta o no hacerlo. Al fin y al cabo esta no deja de ser una discusión dogmática que debe ser analizada en virtud de la razón de ser de la oferta y la función que cumple.

Gran parte de la doctrina considera que una declaración tiene carácter recepticio cuando está dirigida a persona determinada²⁶, ya que sólo tendrá validez en la medida que se cumpla con este elemento. Esta concepción de la receptividad se opone claramente a la posibilidad de que la oferta sea emitida a la generalidad de las personas sin un referente determinado. Autores como De la Puente sostienen que la oferta debe contener todos los elementos del contrato dentro de los cuales está la designación de un destinatario determinado, que es con quien se va a contratar. Asimismo, refiere que resulta difícil considerar que el oferente tenga

²³ Artículo 1158°: El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquier a de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la personas del deudor.
2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.
3. Dejar sin efecto la obligación.

²⁴ FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. Cit. p. 189.

²⁵ La palabra "receptividad" es utilizada con frecuencia por la doctrina jurídica peruana para hacer énfasis en el carácter recepticio de la oferta. En el desarrollo de la investigación se ha optado por la utilización de este término siguiendo a DE LA PUENTE Y LA VALLE y FORNO FLÓREZ.

²⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. pp. 223-227.

la intención de contratar con cualquiera, enfrentándose a la oferta dirigida a persona no determinada o a la colectividad del público²⁷.

Por otro lado, existe una posición contraria²⁸ que niega el contenido que se le atribuye a la receptividad en el párrafo anterior. Así, se postula que la oferta es una declaración de voluntad dirigida a otra persona, pero no necesariamente a persona determinada. Desde una perspectiva más comercial se indica que en el tráfico mercantil hay ofertas peculiares que no van dirigidas a una determinada persona sino al público en general. Es más, la posibilidad de una oferta con destinatario desconocido es permitida por lo cual puede considerarse a la oferta al público como verdadera oferta.

Sin embargo, como afirmé anteriormente, la doctrina dominante tiende a señalar que el carácter receptivo de la oferta implica que sea dirigida a persona determinada. Por tanto, puede entenderse que en la medida que la oferta sea debidamente emitida refiriendo un destinatario determinado se cumplirá con el carácter receptivo de toda oferta.

No obstante ello, no basta con que esta declaración sea dirigida sino que también se hace imperioso que esta oferta sea conocida por su destinatario. Esto busca agotar la función de la oferta, ya que si se limita a su emisión el destinatario no conocería la existencia de la propuesta y por tanto no estaría en capacidad de emitir su aceptación y celebrar el contrato. Por tanto, esta corriente doctrinal entiende que el carácter receptivo de la oferta no sólo implica que ésta sea dirigida a persona determinada sino además que sea conocida por su destinatario.

El Código Civil peruano de 1984 en su artículo 1374^o establece que la oferta y cualquier otra declaración dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento que llegan a la dirección del destinatario. Por tanto, siguiendo la línea de pensamiento de la doctrina dominante podemos concluir que nuestro Código Civil de 1984 reconoce a la oferta carácter receptivo, estableciendo que es una declaración dirigida a persona determinada. Además, la receptividad de la oferta está orientada a que sea conocida por su destinatario, considerándose conocida presuntamente al llegar tal declaración a la dirección del destinatario.

Sobre el carácter receptivo de la oferta me permito discrepar abiertamente respecto del contenido que se le atribuye, tomando en cuenta su función y efectos. Considero que el carácter receptivo de la oferta ha sido mal entendido por la doctrina, lo que ha generado que se considere muy restrictivamente a ciertas declaraciones como oferta y a otras no. Esto se agravó aún más cuando las operaciones comerciales se extendían y las consideraciones dogmáticas que alguna vez guardaban cierta lógica no podían resolver los nuevos retos que la práctica civil y comercial le imponían. Para proponer una posible solución viable a estos problemas sólo es necesario que la receptividad sea entendida en su real dimensión, considerando la función que debe cumplir la oferta y los efectos que de ella se derivan.

²⁷ Ibid. p. 225.

²⁸ Dentro de este grupo de autores tenemos a Carbonier, Garrigues, Josserand y Tuhr todos ellos citados en: Ibid. pp. 224-225.

Para partir con este análisis, es importante mencionar que la noción de receptividad tiene su origen en la doctrina y codificación alemana, en la cual el término "recepticio" (traducción del vocablo alemán "empfangsbedürftig") significa que debe ser recibido por alguien o, lo que es lo mismo, que es necesaria la recepción por parte de otro. Por tanto, siguiendo esta definición podemos concluir que el carácter recepticio de la oferta supone que la declaración deba ser recibida por alguien, por algún otro sujeto. Esto lleva a pensar lógicamente que la oferta para que sea recibida debe antes ser dirigida a otro u otros. Es imposible concebir que algo sea recibido sin que antes haya sido enviado. Posteriormente indicaré quien debe recibir la oferta para que se entienda que se cumple con el elemento de la receptividad.

La doctrina dominante en este tema señala que el carácter recepticio de la oferta importa dos circunstancias: la necesidad de estar dirigida a persona determinada y la necesidad de que ésta sea conocida real o presuntamente. Estos dos elementos tienen un contenido propio, los cuales analizaré para determinar su relevancia.

Respecto del primero de estos elementos puedo afirmar que, es irrelevante el acto de la emisión de la declaración, ya que con ella la oferta aún no es tal, ya que por el simple hecho de haber sido dirigida no asegura que los efectos de la oferta contractual se produzcan, por tanto aún no pueden ser considerada oferta. Así, se puede producir el caso que la oferta debidamente dirigida no llegue a su destinatario de la misma por lo cual éste no podrá aceptarla. Por esta consideración juzgo que la emisión de la oferta no puede ser señalada como un elemento fundamental para construir el contenido del carácter recepticio, sino que sencillamente el hecho de estar dirigida a otro es una simple consecuencia lógica del factor primordial de la receptividad que es la recepción por parte de otro. Asimismo, dentro de este orden de ideas que nos lleva a sostener que el factor fundamental de la receptividad es que la oferta sea recibida, nada nos obliga a considerar que esta declaración debe contener la designación del destinatario. La receptividad sólo implica que ésta sea recibida por el legítimo destinatario y no es posible considerar que sólo aquel perfectamente determinado ostentará dicha calidad. Puede presentarse el caso que aún cuando el destinatario no sea determinado, quien lo reciba pueda estar debidamente legitimado para recibirla y sobre él se producirán todos los efectos de la oferta. Este tema será abordado con mayor análisis en el punto relacionado con la oferta al público.

La necesidad de ser conocida, real o presuntamente, es el segundo elemento reconocido por la doctrina que llena de contenido a la receptividad. Al respecto nos parece acertado que se haya adicionado este matiz al primer elemento, ya que de esta forma es posible que la oferta cumpla con su función.

Cabe hacer una precisión a fin de conjugar este elemento con la definición de receptividad que aquí propongo. En todo proceso declarativo existen cuatro fases teóricamente diferenciables que son la emisión, la expedición, la recepción y el conocimiento, siendo éstas dos últimas las que nos interesan en el análisis. Para ello, son de suma importancia la teoría de la cognición y la teoría de la recepción que la doctrina ha desarrollado. La primera de éstas entiende que las

declaraciones producen efectos jurídicos cuando el destinatario tiene conocimiento real de dicha declaración. De este modo, se considera que sólo con el conocimiento por su destinatario las declaraciones producen efectos, ya sean estos la celebración de un contrato o la vinculación de su emisor. Por otro lado, la teoría de la recepción postula que los efectos jurídicos de las declaraciones se producirán en la medida que estas sean recibidas por su destinatario. Así, sólo será necesario que la declaración sea recibida por el legitimado a hacerlo para que produzca plenos efectos jurídicos.

Ahora cabe establecer en qué momento la oferta produce consecuencias jurídicas. Dentro de un análisis lógico podemos llegar a concluir que el conocimiento real, al cual se hace referencia en este segundo elemento de la receptividad, se confunde con el de la recepción cuando estamos en comunicación inmediata, pero lo mismo no sucede cuando nos encontramos ante una relación con comunicación no inmediata. En este último caso se prefiere a la recepción antes que el conocimiento, sancionando una presunción de conocimiento con la recepción de la declaración. En estos casos el conocimiento siempre va a estar precedido de la recepción; de este modo, no habrá conocimiento sin recepción. Esto nos lleva a concluir que al estar ante una situación de necesidad de un conocimiento real o presunto se debe tomar en cuenta en todos los casos la recepción de la declaración. Por tanto, lo realmente importante en este segundo elemento no es el conocimiento, sino la simple recepción de la oferta por su legítimo destinatario.

Por todo lo antes dicho, sólo cabe recalcar que el carácter receptivo de la oferta implica que esta deba ser recibida por otro, que en este caso será su legítimo destinatario, pudiendo ser éste determinado o no determinado.

2. La oferta al público

La oferta al público es aquella propuesta que está dirigida a un grupo indeterminado de personas, por medio de la cual quien la emite plantea a los destinatarios la celebración de uno o varios contratos. Como indiqué anteriormente, existe en la doctrina el término “policitación” que guarda idénticas características, por lo que usualmente se tiende a usar ambas voces como sinónimos. A estas dos expresiones se les une adicionalmente una que es la oferta *ad incertam personam* la cual es usada indistintamente con las dos anteriores. Sin embargo, y a pesar de esta multiplicidad de vocablos, para efectos de este trabajo cuando nos refiramos a la propuesta con estas características usaremos la expresión “oferta al público”.

Existen supuestos que normalmente son considerados como ofertas al público por su capacidad de comunicación de información. Entre los medios que usualmente son utilizados para formular estas ofertas al público tenemos la exposición de mercaderías en vitrinas; las publicaciones en medios de comunicación masivos; el envío de catálogos, listas de precios y circulares; aparatos automáticos (teléfonos públicos, dispensadores automatizados de

alimentos y bebidas); tiendas de autoservicio; tráfico de ventanilla (venta de boletos); carteles en paredes; entre otras²⁹. Con la moderna tecnología nuevas formas de comunicación han surgido por medio de las cuales es posible emitir ofertas al público. Así, Internet se ha constituido muy rápidamente como una de las más eficientes formas de transferencia de información comercial masiva, convirtiéndose en el medio por excelencia para que se emitan ofertas al público. Asimismo, la oferta al público tiene que hacer uso de un medio idóneo para que sea de conocimiento de la generalidad de terceros a la cual pretende llegar.

Sin embargo, para que una oferta al público sea considerada como tal no sólo es necesario que haga uso de un medio masivo para su difusión, también será indispensable que cumpla con los requisitos de la oferta que detallé líneas arriba. Así, la oferta al público debe ser autosuficiente, debe contener la seria intención de contratar de su emisor, debe ser conocida por su legítimo destinatario y debe respetar la formalidad establecida por ley. La autosuficiencia de la oferta exige que la oferta al público contenga los elementos esenciales que formarán parte del próximo contrato, para lo cual sólo basta la simple aceptación para que el negocio se entienda concluido. Así, las simples comunicaciones que no determinen elementos esenciales como el precio, el bien o las condiciones más importantes, no serán consideradas ofertas al público. Por otro lado, la declaración debe entrañar la intención de su emisor de celebrar un contrato, aunque esta pretensión no implique quedar obligado con su oferta al público. De modo similar, la oferta debe ser conocida por sus legítimos destinatarios, ya que si la oferta es emitida por medios masivos de difusión, ésta deberá ser conocida real o presuntamente por aquellos a quienes se le es dirigida. Como este tipo especial de oferta es dirigida al público, deberá ser conocida por todo el público, bastando apenas que sea conocida sólo por un miembro de él. Finalmente, si la ley exige que la oferta al público sea solemne, esta deberá seguir la formalidad señalada. Sólo en la medida que la oferta al público cumpla con estos requisitos podrá ser considerada como tal y no una simple publicidad o declaración pública.

Después de lo referido anteriormente aún cabe preguntarnos que debemos entender por “público”. Messineo³⁰ entiende que la expresión “público” alude a una comunidad inorgánica de personas, a las cuales se dirige la oferta. Complementando esto podemos indicar que el público es la generalidad de terceros a quienes se les emite la oferta, delimitada por lo dispuesto por el emisor. Así, se puede dar el caso que el mismo emisor sea quien determine que su oferta está dirigida a un grupo concreto de personas que guardan ciertas características comunes como profesión, domicilio, sexo, etc. Lo relevante respecto del destinatario de la oferta al público es que finalmente se trate de una masa cuyos referentes individuales sean indeterminados.

La oferta al público puede ser dividida en dos grupos respecto de la cantidad de contratos que desea celebrar con su propuesta. Es perfectamente posible que con la emisión de la oferta al público el emisor desee celebrar un contrato o

²⁹ Ibid. p. 415.

³⁰ MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in genere*. Citado en: Ibid. p.413.

tantos contratos como sea posible. Así, podemos hablar de oferta al público plural que es aquella que busca obtener el mayor número de aceptaciones y, por ende, de contratos. El interés básico del oferente al público es celebrar el mayor número de negocios con personas que no considera individualmente sino como una categoría indeterminada de personas. Por otro lado, también existe la oferta al público única que se destina a la celebración de un solo contrato. En este caso, el proponente sólo busca vincularse con un solo sujeto ya que, por lo general, sólo cuenta con una unidad del bien ofrecido o la capacidad para una sola prestación. En la práctica ambas modalidades son usadas, siendo la más extendida en prácticas comerciales la primera (catálogo de prendas de vestir, servicio automatizado de expendio de bebidas, supermercados, etc.), dejando la segunda para ciertos casos (venta de inmuebles, arrendamiento de terrenos, etc.).

Como es posible percatarse, la oferta al público es utilizada primordialmente en operaciones mercantiles que importan la intervención de unidades comerciales grandes que mueven gran cantidad de bienes y servicios destinada a una amplia masa de consumidores. El comerciante individual ahora se integra a una maquinaria productiva que exige un mayor flujo de mercancías, lo cual, uniéndose a la capacidad industrial existente, exige que los negocios se intensifiquen y multipliquen. Para que las necesidades puedan ser cubiertas era necesario celebrar una gran cantidad de contratos en los cuales un esquema clásico de contratación (contrato paritario) en el que el comerciante ofertaba su producto directamente al consumidor individual era lento y poco eficiente para las necesidades del mercado. Por ello, surgen mecanismos como la oferta al público que lo que buscan es extender el esquema contractual a una mayor cantidad de operaciones comerciales. Así, se buscaba satisfacer las necesidades de los sujetos con la celebración de varios contratos. Esto es lo que se conoce como la contratación masiva que a través de elementos como la oferta al público pudo trasladar los efectos y características de la contratación paritaria para cubrir los requerimientos de un mercado más extendido. En este contexto, la oferta al público reviste singular importancia ya que permite que el esquema contractual se mantenga y funcione adecuadamente.

Al ingresar a un tema funcionalista en el entorno de la contratación masiva existen mecanismos que permiten que el tráfico comercial sea más fluido. Así, los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación son figuras que en la práctica comercial masiva normal se usan para operaciones de contratación masiva y que permiten al comerciante realizar sus operaciones con mayor agilidad. Mientras que los primeros son considerados más aptos para la contratación masiva de bienes y servicios homogéneos, donde los consumidores reciben un tratamiento uniforme; las segundas, si bien reconocen estipulaciones comunes a todos los consumidores, existen paralelamente situaciones particulares que deben contemplarse en cada caso en los que es necesario un acuerdo propio con cada cliente³¹. Si bien no es intención de esta investigación tratar este tema

³¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La Oferta al Público". En: Themis. N° 42, Diciembre 2001. p.236.

cabe destacar que el Código Civil peruano de 1984 reconoció la importancia de estas figuras en la contratación masiva y las reguló. En la práctica comercial existen supuestos en los cuales estas condiciones forman parte de la oferta al público y deben ser analizadas conjuntamente para su comprensión y alcances.

2.1. La oferta al público como invitación a ofrecer

El tratamiento que recibe la oferta al público por la doctrina y la legislación es diverso. Básicamente se parte del hecho de considerar si la oferta al público es o no oferta en los términos civiles planteados en la primera parte de esta investigación. Cierta número de autores se han preocupado por este dilema y han intentado llegar a conclusiones que permitan que la oferta al público funcione en un contexto comercial en el que la contratación masiva impera. Contando con argumentos de tipo dogmático y con simple razonamiento lógico se busca obtener la solución más adecuada para ambas posiciones.

Gran parte de la doctrina considera que la oferta al público no debe ser considerada como una oferta en si misma sino por el contrario sólo se trataría de una invitación a ofrecer, en la que el destinatario con su supuesta aceptación estaría emitiendo una oferta y quien emitió la oferta al público será el legitimado a aceptarla o no.

Estas consideraciones se fundamentan básicamente en dos ideas. Por un lado, existe un razonamiento doctrinario que impide considerar que la oferta al público es una verdadera oferta partiendo del carácter recepticio que tiene esta. Por otro lado, argumentos de orden funcionalista llevan a pensar que la oferta al público no debe ser tratada como oferta, ya que ello generaría una serie de problemas al mismo tráfico comercial que esta herramienta busca proteger.

Tal como describimos anteriormente, el sector dominante en la doctrina consideraba que el carácter recepticio de la oferta implica que ésta sea dirigida a persona o personas determinadas a fin que sea conocida por éstas. Este elemento caracterizaba la oferta y era el que le proporcionaba la fuerza vinculante. Por tanto, era imposible considerar una oferta que no sea recepticia, es decir, no podía existir oferta dirigida a personas indeterminadas. De este modo, la discusión se zanjaba rápidamente en la medida que siendo la oferta al público dirigida a una generalidad de terceros indeterminados no gozaba de este carácter recepticio y, por tanto, no podía ser considerada oferta.

En similar sentido, se postulaban argumentos más funcionalistas, es decir, se analizaba la actuación de la oferta al público en la práctica comercial y los problemas que implicaría considerar a esta como una verdadera oferta en virtud de su carácter vinculante. La preocupación fundamental de aquellos que consideran perjudicial considerarla como una verdadera oferta es que, en vista que la oferta al público implicaría la posibilidad de recibir muchas aceptaciones y, por ende, celebraciones de contratos, estos no podrían cumplirse en su totalidad ya que excederían la capacidad de los comerciantes. Así, un comerciante que oferta al público un producto puede despertar el interés de un número mayor de aceptantes de los que su capacidad puede satisfacer. De este modo, al haberse

concluido exitosamente estos contratos, el oferente estaría obligado a cumplir con su prestación y, ante la imposibilidad de hacerlo, los aceptantes podrían iniciar acciones legales contra este. Esto originaría que los comerciantes mantengan su permanente preocupación en evitar estos problemas y decidan prescindir de la oferta al público para evitar estos problemas. De este modo, la oferta al público perdería todas las ventajas que la han caracterizado y por las cuales era considerada como una herramienta fundamental para la contratación en masa.

Ante esto, se postuló que la oferta al público sea considerada como una invitación a hacer ofertas, en la que el público emita una oferta bajo los lineamientos ofrecidos por la invitación y sea el oferente al público quien acepte. De este modo, se logra evitar los perjudiciales efectos por el exceso de oferta ya que será el mismo comerciante quien controle la cantidad de contratos a celebrar en virtud de su capacidad. Una vez que esta capacidad ha sido colmada el comerciante simplemente dejará de aceptar las ofertas que el público le formule en virtud de la invitación. De este modo, se buscó ofrecer una solución práctica a un problema real desde la perspectiva jurídica.

Sin embargo, respecto de los dos argumentos antes descritos me permito discrepar. Si bien es cierto, el argumento dogmático de la ausencia del carácter recepticio de la oferta al público resulta prolijo de acuerdo con su concepción de receptividad, no comparto este último en virtud de lo ya analizado en el respectivo capítulo de este trabajo. En él sostengo que no existe razón doctrinaria suficiente para considerar que la oferta tiene que estar dirigida a persona determinada ya que este no es el sentido de la receptividad, ni la función de la oferta. Por otro lado, las consideraciones funcionalistas del segundo argumento no cuentan con sustento jurídico y no dejan de ser simples soluciones caprichosas a un problema, que siendo real, puede solucionarse tanto por consideraciones dogmáticas como por una práctica más responsable de aquellos que emiten ofertas al público. Esta línea de pensamiento busca claramente proteger a quien emite la oferta al público incluso frente al público consumidor. Esta no deja de ser una argumentación que sólo se percata de los intereses de una parte de la relación contractual, descuidando a la otra, lo que implica una visión sesgada de todo el problema.

Cabe destacar, como bien indica De la Puente³², que el reconocimiento legislativo de la oferta al público como verdadera oferta ha dependido de la teoría sobre la fuerza vinculante de la oferta que se adopte. Así, aquellos que consagran la irrevocabilidad de la oferta niegan la validez de la oferta al público; mientras que, por el contrario, quienes optan por un sistema de libre revocabilidad admiten sin reservas la validez de la oferta al público. Esto se comprueba en nuestro Código Civil de 1984, que consagra la irrevocabilidad de la oferta, otorgándole a la oferta al público el valor de una invitación a ofrecer en el artículo 1388°.

32 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Primera Parte. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. p. 416.

2.2. La oferta al público como oferta

En el apartado anterior hemos revisado los argumentos que cierto sector de la doctrina consagra para que la oferta al público sea considerada una invitación a ofrecer, ahora nos corresponde analizar los elementos que nos indican que la oferta al público debe ser juzgada como oferta.

En un detallado trabajo Forno³³ expone cuales son las razones que él considera pertinentes para discrepar con la solución otorgada por el Código Civil peruano de 1984 respecto de la oferta al público. Este autor comparte la posición dominante sobre la receptividad de la oferta y considera que esta deberá ser dirigida a persona determinada; sin embargo, también entiende que la sola ausencia del carácter receptivo no es suficiente para desnaturalizar la oferta al público. En este sentido señala que, si bien la receptividad de la declaración del proponente protege su interés, en la medida que le permite saber con quien contrata y evita contratar con alguien diferente a él o algún extraño, el propio oferente puede prescindir de este carácter. No existe, según su punto de vista, inconveniente jurídico alguno que determine que no existe una verdadera oferta ya que no viola ningún principio de derecho. Esta posición, sin dejar de tener lógica, no es a mi criterio suficiente ya que parte de una concepción de receptividad que no comparto.

Asimismo, y citando a Lavalle, este autor considera que debe protegerse la buena fe y la expectativa del público que este tipo de oferta puede despertar. Entiende además que el Derecho está obligado a proporcionar nuevas soluciones y nuevas figuras que contribuyan a la evolución comercial evitando que las actuales resulten anacrónicas³⁴. Este argumento, aunque rescatable y loable, mantiene deficiencias similares con la de su posición contraria, ya que prefiere a sólo una parte de la relación contractual: el público. Esto produce a su vez soluciones sesgadas por una determinada posición, la cual puede ser amparada de la misma forma como lo puede ser la otra, dependiendo de cual sea la parte contractual preferida y los intereses a proteger.

La oferta al público por su labor en el mercado comercial merece tanto un análisis de dogmática civil como netamente funcional, siendo la primera de estas la base sobre la cual se construirá la segunda. Será imposible intentar con éxito una solución que no recoja ambos elementos. Procurar lo contrario significaría el divorcio de la doctrina civil con la realidad, o viceversa.

Tal como, indiqué en el acápite correspondiente, el carácter receptivo de la oferta implica que ésta deba ser recibida por otro, que en este caso será su legítimo destinatario, pudiendo ser éste determinado o no determinado. Así, la oferta para que sea considerada como tal, al producir sus efectos, deberá ser recibida por otra persona, la cual deberá estar legitimada para ello, sin importar para determinar la receptividad el momento de la emisión. Es decir, sólo se exige

³³ FORNO FLÓREZ, Hugo. La Oferta al Público: Razones para una discrepancia. En: Derecho PUCP. N° 45, Diciembre 1991.

³⁴ Lavalle. Código Civil y Leyes Complementarias. Citado en: Ibid. p. 246.

que la oferta sea captada por otro, la cual puede ser una persona no determinada al momento de su emisión.

Entrando en materia, la oferta al público es dirigida a una generalidad de personas a quienes se le propone la celebración de un contrato; sin embargo, esta propuesta no es captada por el grupo en su conjunto sino que es recibida por cada uno de ellos considerados individualmente. Es decir, cada uno de los integrantes del "público" recibe la declaración y es a partir de esta recepción que la oferta se perfecciona. Así, en la medida que una persona indeterminada, parte del público, recibe la propuesta se crea la oferta que vincula al declarante y al receptor.

Para completar este análisis será necesario determinar si cada uno de estos sujetos está legitimado para recibirla y aceptarla. Al respecto cabe indicar que con la emisión de la oferta al público, cada sujeto que forme parte de él y la recibió está legitimado para aceptarla. Así legitimada, la persona está en condiciones de aceptarla según los términos de la oferta. Por tanto, no se trata de sólo una oferta dirigida al público sino que existirán tantas ofertas como legítimas recepciones se produzcan.

Así vistas las cosas, la oferta al público no sería más que una simple categoría gramatical que busca describir una situación de hecho caracterizada por la emisión de una propuesta contractual a un grupo de personas indeterminadas. Lo que en realidad existe es una verdadera oferta por cada recepción que se produzca. Así, la categoría jurídica de "oferta al pública" pierde el contenido jurídico que ostentaba para ser una simple descripción de una situación de hecho, y así reconocer que esta circunstancia fáctica produce verdaderas ofertas.

Reconozco que esta solución puede producir diversas dificultades en el tráfico comercial perjudicando en mayor medida a los comerciantes, quienes podrían quedar obligados a cumplir con prestaciones para las cuales no tienen capacidad. Esta es una de las críticas más recurrentes por parte de aquellos que consideran que la oferta al público no debe generar una oferta, sin embargo, es necesario respetar estas consideraciones de dogmática civil que expongo y que obligan a definir que estamos ante ofertas vinculantes, a pesar de reconocer que se pueden producir serios inconvenientes.

No obstante ello, considero que estas complicaciones pueden ser superadas en la medida que la oferta al público reciba un tratamiento legislativo adecuado y sea reconocida como vinculante por aquellos que la utilizan. Como afirmé anteriormente, no es posible tolerar soluciones caprichosas a nivel legislativo, ni una actitud poco responsable de los comerciantes ante el uso de este tipo particular de propuesta.

No obstante lo antes dicho, el segundo párrafo del artículo 1388° del Código Civil peruano de 1984 señala que la oferta al público valdrá como oferta siempre que se indique claramente que tiene el carácter obligatorio de una. Así, el legislador consagró por excepción la posibilidad de que la oferta al público sea considerada oferta. Resulta contradictorio que el legislador, quien reconoció que la receptividad de la oferta exige que ésta sea dirigida a persona determinada, le otorgue carácter vinculante a esta declaración por la simple indicación del

proponente en este sentido. Parece ser que el legislador, en este extremo, opta por efectuar una excepción a su concepto de receptividad de la oferta de manera poco clara en sus consideraciones. Si el legislador reconoció que la oferta tiene carácter receptivo, en los términos de ser dirigida a persona determinada, esta disposición no tiene razón de ser o, en todo caso, desnaturaliza completamente el carácter receptivo de la oferta que sostiene. Es poco serio, desde mi perspectiva, sostener que ambas categorías puedan subsistir, es decir, que, por un lado, se exija que la oferta debe ser dirigida a persona determinada, y por otro, la misma receptividad permita que, por la expresa indicación de su declarante, una propuesta que carezca de ella sea considerada oferta. Aunque por consideraciones de utilidad pueda ser sostenida esta posición, no deja de ser cierto que la receptividad de la oferta, y ella misma, son desnaturalizadas.

Sea como sea, y aunque no comparta esta decisión legislativa, este precepto normativo existe y rige las operaciones de este tipo. Así, en virtud del segundo párrafo del artículo 1388° del Código Civil peruano, la propuesta emitida tendrá el valor de una oferta siempre que el proponente indique claramente que esta tiene carácter obligatorio. Se exige que el proponente señale expresamente que su “oferta al público” lo vincula como una verdadera oferta. El proponente deberá indicar inequívocamente que se vincula con su declaración pese a que esta no tiene la receptividad exigida para la oferta. El legislador procura de este modo brindar una herramienta en favor del propio proponente para que, en virtud de sus propios intereses y práctica comercial, se vincule con su propuesta. En el sentido del párrafo bajo análisis, los Ospina consideran que la regulación legal debe consagrar que la oferta al público no es obligatoria a menos que el proponente claramente manifieste su voluntad de comprometerse a favor de quien la acepte³⁵. Si bien es cierto, esta disposición puede resultar útil en los casos que el proponente desee vincularse, no deja de ser insuficiente en su aplicación y sus alcances.

Estimando que esta disposición ya desnaturalizó a la receptividad, en la medida que permite que en su ausencia una simple indicación de la obligatoriedad de su propuesta la haga valer como oferta, considero que la disposición del segundo párrafo del artículo en cuestión es imperfecta y puede ser complementada fundamentalmente en dos extremos.

En primer lugar, no era necesario exigir que el proponente indique que su oferta al público es obligatoria, simplemente hubiera bastado con exigir que este señale que su declaración tiene la naturaleza de verdadera oferta³⁶. Existe una clara diferencia entre declarar que la propuesta tiene carácter obligatorio y declarar que tiene naturaleza de verdadera oferta. Declarar expresamente el carácter obligatorio implica, tal como describimos líneas arriba, que dicha propuesta es irrevocable y por tanto no se podría liberar del vínculo, salvo los supuestos recogidos en el artículo 1382° del Código Civil peruano; sin embargo, estos no pueden ser aplicados ya que sería un contrasentido que, por un lado, se señale expresamente su irrevocabilidad (obligatoriedad) y, por otro, se determine su

35 OSPINA, Guillermo y Eduardo OSPINA. Op. Cit. p. 158.

36 FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. Cit. p. 258-259.

revocabilidad (no obligatoriedad) en virtud de los supuestos existentes para ello. En cambio, declarar que la propuesta tiene naturaleza de verdadera oferta implica que se somete a las disposiciones generales de la oferta, admitiendo su irrevocabilidad como regla y excepcionalmente su revocabilidad. Así, sería posible establecer su revocabilidad válidamente, la cual se implementa y funciona en los mismos términos que para la oferta simple. Es en este orden de ideas que estimo la mayor conveniencia de admitir que la oferta al público valga como oferta, cuando se señale expresamente que tiene la naturaleza de una, ya que ofrece un tratamiento equivalente y menos complicado.

En segundo lugar, el párrafo bajo análisis resalta de forma categórica la necesidad de que el proponente “indique claramente” que su propuesta tiene el carácter obligatorio, lo cual puede resultar inadecuado para el tráfico comercial. La norma es muy irrestricta al solo permitir que una oferta al público valga como oferta cuando se declare expresamente tiene carácter obligatorio. En mi opinión, se está desestimando el elemento más importante a tomar en cuenta en estos casos, el cual está constituido por la voluntad del proponente a quedar vinculado. La indicación expresa respecto del carácter obligatorio de la propuesta, exigida por el Código, evidencia la voluntad de vincularse del proponente, sin embargo constituye sólo uno de los elementos que demuestra tal intención. Es necesario, por ello, prestar mayor interés a aquellos elementos que nos revelan cuando aquel que emite la oferta al público tiene la intención de vincularse con su declaración. En similar sentido, se pronuncia Gete-Alonso cuando apunta que una oferta al público puede llegar a constituir una verdadera oferta cuando, cumpliendo con los requisitos de la oferta, esta suponga una auténtica voluntad de quedar obligado ante la aceptación³⁷. Por tanto, como parte de un análisis que tome como punto de partida el deseo de vincularse, debe reconocerse, además del supuesto exigido en el Código, aquellos factores que supongan la voluntad de quedar vinculado el proponente con su oferta al público.

De este modo, la norma, tal como está redactada, puede complementarse con las consideraciones que sostengo en los párrafos anteriores, sin embargo, no podemos pretender incumplir con las disposiciones existentes en este sentido. Y aunque no compartamos las soluciones legislativas adoptadas, estas existen y rigen las operaciones comerciales de este tipo.

Por otro lado, realizando un análisis de la legislación española, sus normas parecen haber resuelto el tema al establecer que, para operaciones de comercio minorista, las ofertas públicas de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales obliga a su titular a proceder a su venta. De este modo, el artículo 9.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1996, reconoce que las ofertas públicas vinculan a su emisor con respecto al receptor, por lo que debe celebrar el contrato. Esta referencia legislativa es muy clara e intenta zanjar el tema sobre considerar a la oferta al público como una invitación a ofrecer o una oferta vinculante, optando por la segunda de las posiciones.

37 GETE-ALONSO, María del Carmen. Op. Cit. p. 561.

2.3. Protección al consumidor

El tratamiento de la oferta al público no sólo ha tenido como escenario la codificación civil, siendo recogida por otros instrumentos normativos que, reconociendo su importancia y masivo uso, considera que necesita una regulación especial. En un contexto en el cual temas como la oferta, la contratación en masa y los contratos por adhesión sufren transformaciones se pone en evidencia una situación de desigualdad entre el oferente y el aceptante. Precisamente son estas consideraciones las que fueron ponderadas por el legislador y recogidas en el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, la cual pretende evitar aquellos negativos efectos que la desigualdad en las operaciones comerciales provocan, teniendo como motor fundamental la protección a los consumidores y usuarios, que tiene, a su vez, fundamento constitucional³⁸. Es en este contexto en el que la oferta al público es materia de un nuevo tratamiento normativo en el cual se intenta reivindicar la situación contractual del consumidor.

Esta vez, en la legislación sobre protección al consumidor, la oferta al público recibe un tratamiento totalmente diferente al que el Código Civil peruano de 1984 le reconoce. Así, el artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor establece que el contenido, las características y garantías ofrecidas respecto de la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigidas por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. Aquí es posible identificar dos cuestiones sumamente importantes. Por un lado, como bien apuntan Castillo y Horna, se puede advertir la diferencia de significado del término oferta en su acepción jurídica y el alcance coloquial que le procura el tráfico comercial³⁹. A pesar de esta diferencia en ambos casos se refieren a la oferta al público en los términos que hemos venido tratando. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto por esta norma, la oferta al público resulta vinculante respecto de su emisor, a diferencia de lo consagrado por el codificador civil de 1984. De este modo, el tratamiento que merecía la oferta al público es transformado totalmente, reconociéndole los efectos de una verdadera oferta.

En este punto del análisis podemos identificar un probable conflicto entre ambas normas toda vez que, después de un examen parcial, las soluciones a nivel civil y comercial (protección al consumidor) son opuestas, llevando a considerar que por el principio de especialidad las disposiciones del Código Civil ya no serían aplicables a las operaciones de consumo. Sin embargo, debemos reconocer que las disposiciones de protección al consumidor han permitido superar en gran medida las barreras que la codificación civil creó y entre ellas existe una relación de complementariedad, en las que sus alcances tienen bien

³⁸ Artículo 65° de la Constitución Política del Perú.

³⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Piere Martín HORNA. Tratado de la Teoría General de los Contratos. La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea. Vol. XX. Tomo I. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad católica del Perú, 2002. p. 274.

definida su vocación y aplicación. Al respecto hay una serie de elementos a los cuales debemos prestar suma atención. En primer término cabe destacar que las disposiciones de protección al consumidor sólo se ocupan del consumidor final que conforma sólo un sector determinado de los varios posibles aceptantes de las ofertas al público. Por tanto, el resto de operaciones, en las que no interviene el consumidor final, no son reguladas por las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor, sino por las normas del Código Civil. En segundo término, es necesario distinguir la existencia de una relación causal y una relación de consumo entre los sujetos dentro de una misma operación, siendo estas independientes entre sí. Cada una de estas dos relaciones tiene su propia vocación y fundamento los cuales deben ser debidamente ponderados. La relación causal por su lado se preocupa por la formación del contrato y las reglas para su celebración y la no aplicación de lo dispuesto por las normas que rigen la relación causal no importa la ineficacia o invalidez del contrato. Por su parte, la relación de consumo busca garantizar que el proveedor cumpla con las prestaciones a las que se comprometió a favor del consumidor y la inobservancia de las disposiciones que lo protegen genera las respectivas consecuencias administrativas derivadas de su responsabilidad⁴⁰. Por tanto, en la contratación masiva, característica de las operaciones de consumo, aún permanecen vigentes los principios generales de la contratación, en particular, y los principios generales del derecho civil, en general.

No obstante lo anterior, y recordando que dentro de nuestro análisis, las ofertas al público son verdaderas ofertas vinculantes, lo que la normativa de protección al consumidor hace es reconocer este carácter vinculante. Siendo el Código Civil una norma cuyo espectro de alcance es amplio, comprendiendo a las operaciones civiles y comerciales, nos resulta innecesaria una comprobación de este tipo. Sin embargo, reconozco que ciertas disposiciones son valiosas en atención al carácter tuitivo que procura la Ley de Protección al Consumidor y exigencias como la relativa al contenido de la oferta (precio total del producto, deficiencias, garantías de funcionamiento, rebajas, promociones, etc.) pueden conciliar con las disposiciones civiles, atendiendo a las consideraciones sobre relación causal y relación de consumo que detallé en el párrafo anterior.

3. El nuevo escenario: Internet y el comercio electrónico

En la actualidad somos testigos de la evolución y transformación que han sufrido las operaciones comerciales a nivel mundial. La contratación en masa ha obligado a que las transacciones mercantiles se trasladen a nuevas plataformas de negocios, caracterizadas por la mayor celeridad que logran en beneficio de aquellos que optan por ellas. Los agentes mercantiles reconocen que estas cualidades exigen que sean tomadas en cuenta cada vez con mayor seriedad y se constituyan como verdaderos modelos de negocio. Estas plataformas han experimentado un desarrollo vertiginoso a nivel técnico y tecnológico, lo cual

40 En este sentido apuntan Castillo y Horna en: *Ibid.* pp. 275-279.

las convierten actualmente en medios seguros de comunicación e intercambio de datos. Medios como el teléfono, facsímil y correo electrónico han sido utilizados para celebrar negocios válidos entre personas que se encuentran físicamente distantes, lo cual desde ya constituye una ventaja en sí misma.

Al respecto la doctrina civil se ha ocupado con cierta profundidad del tema y las legislaciones a nivel mundial y regional han hecho importantes esfuerzos por adaptar sus legislaciones a estos cambios o demostrar que sus disposiciones normativas están plenamente vigentes pese a este fenómeno. Esto demuestra que el legislador se ha preocupado por reconocer estas nuevas situaciones sobre la base de su masivo uso y las peculiares características que la definen.

En este contexto de avance tecnológico surgió un nuevo medio de comunicación que se ha destacado notablemente de todos sus precedentes. Internet es la más moderna y extraordinaria plataforma de comunicación que haya existido, en la cual se puede realizar casi la totalidad de los negocios, y debido a sus peculiares rasgos ha sido objeto de múltiples usos. Internet no ha sido ajena a las discusiones respecto de su adaptación a la legislación civil -o la adaptación de la legislación civil a Internet-, resaltando notablemente las consideraciones de los contratos que se celebran por este medio. Así, la Teoría General de los Contratos ha abordado este tema y ha ofrecido soluciones dignas de tomarse en cuenta. La contratación por medios electrónicos, como Internet, y el fenómeno del comercio electrónico tienen un innegable correlato en la doctrina y legislación civil, bajo los cuales pueden ser explicados y regulados. Es a partir de estas reflexiones que figuras jurídicas como la oferta, la aceptación, la oferta al público, el consentimiento y la obligación pueden ser entendidas y debidamente ponderadas. Sin embargo, resulta imprescindible distinguir en qué escenario nos estamos desarrollando, para ello debemos analizar las implicancias que importan Internet, la contratación por medios electrónicos y el comercio electrónico.

3.1. Nociones generales de Internet

Las revoluciones no avisan. Revisando la historia de la humanidad podemos hallar que los pueblos no están preparados para ellas, les afecta muy intensamente y tardan mucho tiempo para lograr asimilarlas como parte de su realidad. En cambio existen hombres que se adelantan a su tiempo y son ellos quienes brindan la base ideológica, doctrinaria, política, técnica y teórica suficiente sobre la cual estos procesos revolucionarios se forman y desarrollan. Rousseau, Gandhi y Lennon lideraron ideológicamente revoluciones en su tiempo, todas ellas de singular importancia para su época. Esto quiere decir que estos personajes constituyeron en motores del pensamiento en su determinada realidad y conllevaron que su entorno sufra un cambio del orden social, económico, político, etc.

No es una novedad para nadie que la sociedad ha sufrido una revolución vista desde el punto de vista del cambio de sus relaciones personales, sociales, económicas y financieras. Entonces para ubicarnos será necesario determinar en

que época nos encontramos. Sobre el particular se han ofrecido distintas y muy variadas respuestas. Denominaciones como la Era Nuclear o Era Atómica, la Era Espacial, la Era de la Posguerra Fría, la Era del Poscomunismo, la Era de la Sociedad Poscapitalista, la Era Genética, la Era del Orden al Caos y la Era de la Globalización, se han propuesto como posibles nomenclaturas a una época que se ha caracterizado básicamente por el constante cambio, el cual ha tratado de ser relacionado desde su perspectiva política, económica o filosófica, lo cual implicó las divergencias en su denominación. Sin embargo, el elemento que caracteriza con mayor intensidad a la actual época es la gran cantidad de información que existe y la impresionante rapidez de su tráfico, lo cual coloca al conocimiento como el factor por excelencia dentro de su ecuación de desarrollo. Por ello, concordamos plenamente con las nomenclaturas ofrecidas por Negroponte⁴¹ y Penrose⁴² cuando entienden que nos encontramos en la Era de la Información o de la Postinformación o en la Era del Conocimiento, respectivamente.

Una vez que hemos determinado la época que nos toca afrontar y reconocido sus elementos fundantes podemos ingresar al tema que nos ocupa: Internet. Si a Internet se le puede reconocer algo es sin duda el hecho de ser el icono obligatorio y necesario de nuestra época. Si bien, la Era del Conocimiento no se agota en ella, ha sido, es y será el medio más eficaz para su desarrollo. Por tanto, intentar reconocer a un referente ideológico individualizado y humanizado es imposible, ya que Internet no es una revolución en si misma, es el más importante componente de una época, su esencia y la sustancia de un ciclo que parece recién iniciarse. Sobre esta realidad nos desplazaremos para encontrar un significado a Internet.

3.2. Los orígenes

Internet tiene sus orígenes en ARPANET, una red de ordenadores desarrollada por la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA - Advanced Research Projects Agency) del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica, en setiembre de 1969. La Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada fue creada, en 1958, para movilizar recursos procedentes principalmente del mundo universitario, a fin de alcanzar superioridad tecnológica militar sobre la Unión Soviética. La construcción de ARPANET se justificó como un medio de compartir el tiempo de computación *on line* de los ordenadores entre varios centros de informática y grupos de investigación de la agencia. El diseño de una red de comunicaciones flexible y descentralizada buscaba construir un sistema de comunicaciones militar capaz de sobrevivir a un ataque nuclear. Pero no es hasta el año 1995 que Internet nace para las empresas y para la sociedad

⁴¹ NEGROPONTE. *Being Digital*. p. 167. Esta nomenclatura es recogida de: SARRA, Andrea Viviana. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 5.

⁴² Esta nomenclatura es extraída de los siguientes trabajos del autor: PENROSE, *Shadows of Mind* y *The Emperor's New Mind*. Dicha citas son recogidas de: SARRA, Andrea Viviana. Loc. Cit.

en general⁴³. Es así como la investigación y desarrollo tecnológicos, los objetivos de comunicación militares y la cultura de la libertad⁴⁴, se constituyen como las tres grandes fuentes del desarrollo de Internet. Sin embargo, estos tres elementos no sólo deben ser considerados como fuentes de su desarrollo sino también como los elementos fundantes y los referentes ideológicos directos de Internet, los cuales deben ser analizados y entendidos en su real dimensión. La investigación y desarrollo tecnológico implica que los orígenes de Internet están directamente relacionados con una excelencia en la técnica informática, en los avances que la nueva ciencia permitía y en la supremacía de los adelantos tecnológicos. El deseo inicial de lograr un sistema de comunicación militar diferente responde a una explícita necesidad de mantener los sistemas informáticos conectados unos con otros, es decir, la conectividad entre ordenadoras resulta indispensable para entender y desarrollar este fenómeno. Por último, la cultura de la libertad puede resultar el componente de mayor relevancia en el fenómeno denominado Internet ya que supone dos ideas. Por un lado, los agentes que integran y forman parte de esta red de comunicación gozan de total libertad en su interacción con ella y su actuación es libre; por otro lado, la red no pertenece a nadie, está presente, tiene existencia real y virtual, sin que nadie invoque su propiedad. Estos tres elementos así entendidos conforman un núcleo inescindible e inquebrantable, el cual remitirá a sus propias soluciones y definición.

3.3. ¿Qué es Internet?

Muchos especialistas han ensayado una definición de Internet y es innegable que algunos han tenido mejor suerte que otros. La mayoría ha intentado resolver el problema de la definición correcta desde su particular punto de vista o acorde con su especialidad. Así, podemos encontrar interesantes y brillantes descripciones de este fenómeno desde la óptica jurídica, económica, fiscal, técnica informática, comercial, internacional, etc. Lo realmente importante no radica en el hecho de saber elegir cuál es la más acertada sino procurar conciliar todas y cada una de ellas e intentar resolver el problema de la definición de la manera más clara posible. Por ello, en primer término, pondremos en relieve los intentos de definición realizados por destacados profesionales y así procurar hallar finalmente una que logre concentrar todas ellas de una manera ordenada y precisa. No obstante ello, cabe realizar una precisión importante, independientemente de la abundancia de definiciones y del deseo de ensayar una lo suficientemente clara y concisa, el fenómeno de Internet es indescriptible e indefinible de manera perfecta. Resulta, según mi modesto punto de vista, imposible proponer una definición correcta de este fenómeno por los muchos vértices y aristas que la caracterizan –muchos de los cuales aún están por conocerse– lo cual convierte a

⁴³ Para mayor información sobre los orígenes de Internet y su desarrollo consultar CASTELLS, Manuel. *La Galaxia Internet*. Barcelona: Areté, 2001. 317 pp.

⁴⁴ Entendida como una cultura o ideología basada en la defensa sin paliativos de la libertad individual como valor supremo, a menudo contra el gobierno pero a veces con la contribución de algunos gobiernos, como en la defensa de la privacidad frente a los intereses comerciales.

cualquier intento en insuficiente. Sin embargo, que sirva nuestra propuesta como un ensayo por demás digno de tomarse en cuenta.

Lorenzetti⁴⁵, destacado jurista argentino, basándose en el pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica del 26 de junio de 1997 respecto del caso “Janet Reno v. American Civil Liberties Union”, considera desde una óptica jurídica que Internet es una red internacional o de computadoras interconectadas que permite comunicarse entre sí a decenas de millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información de todo el mundo. Del mismo modo, desde una perspectiva más técnica, la Federal Networking Council, a través de su Resolución del 02 de agosto de 2004, considera que Internet es el sistema global de información que se encuentra lógicamente interconectado por direcciones únicas globales basadas en el Protocolo Internet (IP) o sus consecuentes extensiones; además, soporta comunicaciones haciendo uso de del Protocolo de Control de Transmisión/ Protocolo Internet (TCP/IP) o sus consecuentes extensiones, y/u otros protocolos IP-compatibles, y provee o hace accesible, privadamente, un alto nivel de servicio basado en las comunicaciones e infraestructuras descriptas.

Por otro lado, el Departamento del Tesoro Norteamericano, para efectos tributarios, dentro del Glosario de Términos del informe que emitiera en noviembre del año 1995, considera que Internet consiste en una vasta Red de Redes Internacional que permite a computadoras de todo tipo intercambiar servicios y comunicarse en forma directa⁴⁶.

Soto Coaguila⁴⁷, considera que Internet es uno de los grandes descubrimientos en el mundo de la tecnología y la informática, es la red de redes que ha permitido a todas las personas del mundo comunicarse en cuestión de segundos. Asimismo, agrega que desde la óptica comercial Internet es el instrumento que viene revolucionando la forma de hacer negocios con todo el mundo, debido a que mediante los medios electrónicos se ofrecen bienes y servicios a un mayor número de personas, lo cual conlleva que se celebren numerosos contratos a menores costos. También procura indicar que Internet no es un cuerpo físico o tangible, es una red gigante que interconecta una innumerable cantidad de redes locales. Es la Red de redes.

De modo similar, Barrios, De Alba y Pérez⁴⁸ consideran que Internet es un sistema internacional de intercambio de información que une a personas, instituciones compañías y gobiernos alrededor del mundo, de manera casi

45 LORENZETTI, Ricardo. Comercio Electrónico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001. pp.10-11

46 DEPARTMENT OF THE TREASURY, OFFICE OF TAX POLICY. Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce. Noviembre de 1995. Glosario de Términos. Este informe fue puesto en relieve en: FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo. Régimen Tributario del Comercio Electrónico: Perspectiva Peruana. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003. pp. 30-31.

47 SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. El Comercio Electrónico en el Derecho Peruano. En: LORENZETTI, Ricardo Luis y Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Dirección). Comercio Electrónico. Lima: Ara, 2003. p. 127.

48 BARRIOS GARRIDO, Gabriela; DE ALBA MEDRANO, Marcia Muñoz y Camilo PEREZ BUSTILLO. Internet y Derecho en México. México DF: McGraw-Hill, 1998. pp. 5-6.

simultánea, a través del cual es posible comunicarse con un solo individuo, con un grupo amplio de personas interesadas en un tema específico o con el mundo en general.

Salgueiro⁴⁹ de manera muy simple encuentra una explicación comercial a la cuestión planteada en la que considera que Internet es un nuevo medio para hacer negocios, tanto para los negocios tradicionales que se han trasladado a la red como para otro tipo de negocios que solo son posibles en la Red.

Por último, De Miguel Asensio⁵⁰, propone que Internet es un elemento clave de la llamada sociedad de la información, pues facilita los más variados servicios electrónicos interactivos y la comunicación de todo tipo de informaciones (texto, sonido, imágenes, video...). En el plano técnico Internet constituye un entramado mundial de redes conectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier ordenador de una de esas redes a otros situados en otras redes del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global.

Una vez revisados diversos intentos de definición de Internet podemos llegar a una primera conclusión: no existen referentes comunes para definir Internet. Por ello, basándonos en los elementos fundantes que dieron origen e implicarán el desarrollo de Internet (la investigación y desarrollo tecnológicos, los objetivos de comunicación militares y la cultura de la libertad), nos atrevemos a definir a Internet, a partir de ella misma, como la más grande red de comunicación intersubjetiva que funciona bajo el parámetro de avanzada tecnología y se funda en estándares de libertad.

A partir de este ensayo de definición, y reconociendo sus elementos fundantes, debemos analizar los preceptos jurídicos y no jurídicos involucrados. Sólo en la medida que esto se cumpla podremos obtener mejores soluciones a partir de una visión global y bien desarrollada del fenómeno, identificando las consecuencias que se originan en su entorno.

El ámbito comercial ha sabido aprovechar las características que Internet le ofrecía y desde hace algún tiempo ha identificado a este medio como un pilar fundamental en sus operaciones. Así, por un lado, agentes comerciales han exportado parte de sus transacciones mercantiles a Internet con éxito y, por otro, se han creado iniciativas empresariales cuyas operaciones son desarrolladas exclusivamente por Internet. De este modo comprobamos que Internet es una plataforma de negocios muy usada, en la cual consideraciones como la contratación se han desarrollado.

Las contrataciones en este medio son en su mayoría operaciones comerciales que han recibido la denominación de “comercio electrónico” que aunque no es exclusivo de Internet ha encontrado en él su más importante referente.

⁴⁹ SALGUEIRO A., José Ovidio. Nombres de Dominio y Marcas. Dos sistemas de identificación con funciones similares pero claramente diferenciados entre sí. En: LORENZETTI, Ricardo Luis y Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Dirección). Op. Cit. p. 753.

⁵⁰ DE MÍGUEL ASENSIO, Pedro. Derecho Privado de Internet. Madrid: Civitas, 2000. p. 25.

3.4. ¿Qué es el comercio electrónico?

Las transacciones por medios electrónicos desde sus inicios se han ido desarrollando de diversas formas, a través de distintas modalidades y con el uso de múltiples tecnologías. Asimismo, los medios electrónicos han sido usados para realizar operaciones de diversa índole, en atención a las necesidades de los agentes involucrados. Es en este contexto que se logra identificar al comercio electrónico, referido generalmente a todas las formas de transacción relacionadas con actividades comerciales que se basan en el procesamiento y la transmisión de datos digitalizados⁵¹. Entendido de este modo, el comercio electrónico es comprendido como toda operación comercial que se desarrolla por medios electrónicos.

No obstante ello, Sarra entiende que el comercio electrónico es un concepto amplio, el cual para su mejor comprensión debe ser limitado. En primer término comparte lo señalado en el párrafo anterior pero reconoce la necesidad de que esta definición sea limitada. Así, finalmente estima al comercio electrónico como la parte del comercio que se desarrolla a través de redes cerradas y abiertas mediante la relación de oferta y demanda, para lo cual se utilizan herramientas electrónicas y de telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial⁵². De este modo, es posible circunscribir las operaciones de comercio electrónico a estas redes de comunicación virtual como Internet. En similar sentido, la Organización Mundial del Comercio señala que pueden distinguirse seis instrumentos principales para el comercio electrónico: el teléfono, el fax, la televisión, los pagos electrónicos y los sistemas de transferencia de fondos, los EDI (Electronic Data Interchange – Intercambio Electrónico de Datos) e Internet. Sin embargo, también reconoce que esta es una definición amplia y señala que la discusión se plantea sólo en términos de comercio por Internet y otras formas de comercio basadas en redes.

En consecuencia y para efectos de nuestro análisis, consideramos que el comercio electrónico comprende a aquellas operaciones de comercio que se desenvuelven en entornos de redes, implicando los contratos celebrados, la publicidad y la información en general. Sin embargo, es de nuestro particular interés analizar el desarrollo y funcionamiento de la contratación por este medio.

3.5. Tipos de comercio electrónico

El comercio electrónico en su vocación mercantil se ha desarrollado de diversas formas, creándose tipologías en virtud de los elementos que las caracterizan. Estas operaciones pueden distinguirse en virtud de la forma como cumplen sus prestaciones o según los sujetos que se relacionan. Existe diversa clasificación pero estas dos son las más importantes.

⁵¹ JUÁREZ AGUILAR, María Beatriz. Contratos de compraventa a través del comercio electrónico. Los consumidores y la solución de controversias en línea. Puebla: Universidad de Las Américas, 2001. p. 23.

⁵² SARRA, Andrea Viviana. Op. Cit. p. 279 y ss.

En primer lugar, las operaciones de comercio electrónico pueden clasificarse en comercio electrónico directo e indirecto, en virtud de la forma como se cumplen las prestaciones. El comercio electrónico directo importa que los sujetos relacionados se comuniquen y cumplan sus prestaciones de forma electrónica, es decir, que tanto el oferente como el aceptante hagan uso del medio electrónico para satisfacer el interés de su contraparte. Un caso típico de este tipo de comercio electrónico es la compraventa de programas de software informático en línea, en el que el comprador efectúa el pago de forma electrónica con su tarjeta de crédito y el vendedor remite dicho programa por Internet. Por otro lado, el comercio electrónico indirecto supone que al menos una de las prestaciones sea cumplida por medio diferente al electrónico. El entorno electrónico será usado de forma parcial apoyándose de otros. Un típico supuesto de esta clase de transacción es aquella que se realiza por Internet, en donde se celebra el contrato y se efectúa el pago, pero por tratarse de un bien físico, la entrega de este será hecha por la oficina de correos.

Asimismo, la doctrina ofrece una clasificación muy interesante, caracterizada por los sujetos relacionados con el negocio. Básicamente, quienes intervienen en estas relaciones son las empresas, los consumidores y el gobierno, identificadas por sus siglas en inglés B (business), C (consumer) y G (government). Así, esta clasificación reconoce a los siguientes tipos de transacciones electrónicas. De empresa a empresa (B2B) en la cual una empresa comercial realiza operaciones con otra empresa comercial. De empresa a consumidor (B2C) y de consumidor a empresa (C2B) en la que se relacionan una empresa comercial y un consumidor. De empresa a gobierno (B2G) y de gobierno a empresa (G2B) en la cual se crea una relación comercial entre una empresa y una entidad gubernamental. De consumidor a consumidor (C2C), caracterizada por el hecho de que dos personas naturales, usualmente consideradas como consumidores, se relacionan comercialmente. De consumidor a gobierno (C2G) y de gobierno a consumidor (G2C) en la cual se relacionan comercialmente un consumidor y el gobierno. Por último podemos encontrar la relación entre entidades gubernamentales conocida como de gobierno a gobierno (G2G).

A grandes rasgos estos son los tipos de operaciones comerciales que se realizan electrónicamente. Para efectos de este análisis interesan fundamentalmente las operaciones de empresa a consumidor (B2C), ya sean estas del tipo de comercio electrónico directo o indirecto. Este sector de las operaciones comerciales virtuales es abundante en Internet y caracteriza a la función mercantil de este medio. En este contexto, diversos negocios ofertan sus productos y servicios a los navegantes de la Web.

4. La oferta al público por Internet

Las operaciones comerciales tradicionales han sufrido un profundo cambio con el ingreso de nuevos medios de comunicación de acceso universal. Los avances tecnológicos han hecho posible que diversas operaciones, caracterizadas por métodos comerciales tradicionales, se desarrollen en entornos novedosos

con rasgos propios y diferentes a los ya usados. Así, dentro de todas estas plataformas de comunicación, Internet se ha destacado notablemente. Esta permite que las comunicaciones se desarrollen con mayor velocidad y sin tomar en cuenta el elemento espacio. Las comunicaciones que se dan por este medio no conocen barreras geográficas, pudiendo establecerse comunicaciones a distancia con suma facilidad y claridad.

Estos elementos han sido aprovechados por diversas actividades y operaciones realizadas por los seres humanos. Desde la comunicación interactiva a través de salones de charla hasta el envío y recepción de mensajes por correo electrónico han sido aprovechados por las personas, reconociendo las sustantivas ventajas que este medio les ofrece. A su vez, el sector empresarial no es ajeno a este fenómeno y recoge aquello que entiende útil. Así, hace uso de Internet para acercar sus operaciones al público de forma más completa, rápida y menos costosa. Por ejemplo, una empresa del sector comercial a través de su página Web es capaz de ofrecer sus productos y servicios a todos aquellos que accedan a ella, sin tomar en cuenta la ubicación geográfica.

El comercio tradicional sólo se circunscribe al ámbito local, salvo en los casos en los que la magnitud económica de la operación exija que el comercio sea internacional, sin embargo, esto no es lo común. Internet rompe esta irrestricta forma de hacer negocios y ofrece la posibilidad de celebrar transacciones comerciales entre sujetos ubicados en alejadas localidades, diferentes países y distintos continentes. Esto permite que las empresas ubicadas en Internet tengan una presencia global.

En este contexto es posible distinguir dos tipos de empresas que se dedican a operaciones comerciales con el público. En primer lugar, tenemos aquellas empresas que preexistían con anterioridad al fenómeno de Internet y han exportado sus operaciones comerciales a este nuevo medio. Muchas de estas empresas se han visto obligadas a transformar su forma de hacer negocios para lograr subsistir en la Red, mientras que otras por no estar dispuestas a hacerlo no han logrado mantenerse en ella sin dejar de operar de la forma tradicional. Un claro ejemplo de este tipo de empresas es la conocida tienda por departamento española “El Corte Inglés” que ha encontrado en Internet un nuevo espacio por medio del cual hacer negocios. A través de su página Web⁵³ ofrece al público ropa, regalos, artículos deportivos, etc. De modo similar, el Banco de Crédito del Perú ofrece a quienes visiten su página Web⁵⁴ la posibilidad de realizar operaciones en línea, contratar servicios financieros, y, entre otras cosas, acceder a una pequeña sección de compras al detalle. Estos dos casos demuestran como empresas denominadas “tradicionales” pueden lograr exportar sus negocios a este nuevo medio con eficiencia. En segundo lugar, podemos identificar a un nuevo tipo de empresa caracterizada por el hecho de haber sido creadas con la única finalidad de realizar sus operaciones comerciales por Internet. Estas empresas gozaron de gran popularidad a mediados de los años noventa, temporada

53 www.elcorteingles.es

54 www.viabcp.com.pe

durante la cual Internet se encontraba con una inmensa cantidad de ofertas de estos negocios. Muchos de estos, incluso los más conocidos, no recibieron resultados económicos favorables, por lo cual se veían obligados a culminar su aventura empresarial virtual o vender sus negocios quebrados a empresas grandes de Internet. Sin embargo, otros aún se mantienen operando y gozan de un amplio prestigio en el mercado. Dentro de estas últimas empresas sin lugar a dudas la más destacada es Amazon. Esta es una tienda virtual⁵⁵ que inició sus operaciones ofreciendo sólo libros y ahora formula ofertas de una gran variedad de productos como prendas de vestir, instrumento musicales, artículos electrónicos, computadoras, etc. Por su parte, Peru CD⁵⁶ ofrece material fonográfico de artistas peruanos e internacionales en formato de disco compacto de todos los géneros por la Web.

4.1. Características del comercio electrónico por Internet

El comercio electrónico por Internet debido a sus particulares características ofrece a las empresas un escenario totalmente novedoso de desarrollo por el cual pueden desarrollar sus operaciones económicas de una mejor manera. Este medio representa una serie de ventajas que pueden ser aprovechadas por los empresarios como por los consumidores. Este tipo de comercio electrónico es una herramienta relativamente nueva cuyos beneficios sólo han sido aprovechados por un limitado sector.

Se ha creado un “mercado virtual” que se encuentra en pleno desarrollo y procura, debido a su muy interesante propuesta, destacarse como la principal forma de hacer negocios. Internet juega un papel trascendente en este proceso ya que es través de ella que las comunicaciones entre los operadores comerciales se producirán. Este “mercado virtual”, al cual hago referencia, posee claras ventajas frente al “mercado tradicional”, fundamentalmente debido a que se rompen con barreras que limitaban al comercio como son el espacio y el tiempo. Tal como Castells afirma *“la nueva economía está basada en un potencial de crecimiento de la productividad sin precedentes, como resultado de la extensión de los usos de Internet a toda clase de empresas y en operaciones de diversa índole, entonces podemos afirmar que estamos entrando, muy probablemente, en un nuevo mundo empresarial”*. De este modo, este notable autor español logra resumir aquello que caracterizará a Internet y los negocios electrónicos, y ofrece un panorama amplio de desarrollo a este sector. Ahora, trataré de ocuparme de cuales son los beneficios concretos que este medio proporciona.

En un mercado como el de Internet la libre competencia es una realidad cuyos efectos positivos sobre la economía son fácilmente verificables. El comercio electrónico por Internet hace de éste un mercado más competitivo y, por tanto, más barato; a la vez que evita la acción directa de alguno de los comerciantes en la toma de decisiones. En este mismo sentido, el gobierno de los Estados Unidos

55 www.amazon.com

56 www.perucd.com

de Norteamérica ha considerado que la competencia generalizada es uno de los rasgos que define al nuevo mercado digital⁵⁷. Por tanto, la libre competencia entre los oferentes de productos y servicios en Internet beneficia a los consumidores en aspectos como el precio y la calidad.

Otro aspecto importante en las operaciones comerciales por Internet es la reducción de las cargas económicas que soporta el consumidor. El comercio electrónico por Internet ha logrado la reducción del precio de los productos ofertados básicamente debido a dos factores. El primero de ellos implica la eliminación de los intermediarios de la cadena de distribución de los bienes, es decir, es posible que el producto se transfiera directamente del productor al consumidor. En segundo lugar, el soporte físico de determinados bienes ofertados en la Red es opcional. La información -datos, textos, sonidos, imágenes, programas- puede ser distribuida por Internet, reduciendo el costo de producción a un costo de búsqueda. Un claro ejemplo de esto es el ingreso de productos digitales que pueden ser transferidos por la Red, como el audio en formato MP3, los *e-Books*, software informático, entre otros⁵⁸.

Internet es un medio de comunicación caracterizado por la rapidez y las transacciones comerciales desarrolladas en ella gozan de la misma característica. Dicha rapidez se debe centrar en tres aspectos de gran importancia: la rapidez en la búsqueda, en la opción de compra y en la entrega del producto o prestación del servicio. Respecto de la rapidez de búsqueda y opción de compra, se puede verificar fácilmente que se van desarrollando de forma ágil y continua por medio de adelantos tecnológicos en la transmisión de datos y conexión a Internet. La rapidez en la entrega de los bienes radica en los bienes inmateriales, sin soporte físico, los cuales son transferidos en línea. La entrega de bienes materiales varía de acuerdo con la opción del mismo consumidor, quien -casi como norma general- puede elegir el tiempo y las condiciones de la entrega; sin embargo, los sistemas de entrega utilizados para este tipo de bienes no varían con respecto a los tradicionales de compraventa a distancia. En este sentido, la rapidez de Internet puesta a disposición del comercio electrónico, es una gran ventaja comparativa frente a las formas tradicionales del comercio.

Asimismo, el comercio electrónico por Internet permite al consumidor ser parte de un mercado global más amplio. Las posibilidades de elección se ampliarán y no se reducirán a zonas geográficas. Las distancias de comunicación entre consumidor y empresa desaparecen y, por ende, las distancias de ubicación geográfica. Ello permite que los vínculos comerciales entre estos sujetos localizados en distintos países se desarrollen, incluso en los casos en que no se conoce ni se puede conocer la situación física de la otra parte. El tiempo y el espacio adquieren un significado en las comunicaciones en Internet muy distinto

⁵⁷ Informe del gobierno de los estados Unidos de Norteamérica citado en: SCOTT, Michael. "El Comercio Electrónico Global y el Derecho: El rol de las regulaciones estatales en el Siglo Veintiuno". En: Derecho de Alta Tecnología. Año XII. N° 139. marzo, 2001. p. 1.

⁵⁸ HUERTAS, Pablo. "¿Estamos entrando a una nueva economía?". En: Comercio & Producción. Revista de la Cámara de Comercio de Lima. Lima: Año LXXI. N° 2288. junio 2000. p. 49.

del que es común en las actividades fuera de la Red⁵⁹. Gracias a la compraventa por Internet se puede obtener una serie de productos que anteriormente hubiese sido muy complicado o muy costoso adquirir debido al distanciamiento físico entre la empresa oferente y el consumidor. Todos estos factores hacen que el Comercio Electrónico por Internet sea un instrumento que fomenta la libre elección del consumidor, en beneficio propio.

Internet, como mercado competitivo por excelencia, exige que las empresas que comercian en ella, se superen constantemente para poder mantenerse en el mercado. El comercio electrónico por Internet permite a las empresas ser más eficientes y flexibles en sus operaciones internas, tanto en los procesos productivos como operativos, porque se obtiene un mayor contacto con los consumidores respondiendo con mayor rapidez a sus necesidades. De este modo, los cambios que surgen en este ámbito benefician a los consumidores, toda vez que los resultados que de ellos se extraigan producen mejoras en las características del producto ofertado.

4.2. Cláusulas generales de contratación electrónica

Las operaciones comerciales realizadas por Internet a través de tiendas virtuales funcionan por medio de contratos, los cuales contienen cláusulas generales de contratación por medio de las cuales la tienda virtual predetermina las condiciones sobre las cuales procede el contrato. Estas cláusulas son predispuestas por la empresa para que la contratación sea ágil y rápida. Dentro de este clausulado la empresa determina una serie de elementos como la garantía, las condiciones de venta, el sometimiento a autoridades judiciales o arbitrales, políticas fiscales, etc. Normalmente, las cláusulas generales de contratación son denominadas condiciones de uso, políticas legales, condiciones de venta, entre otras, y deben ser accesibles a los consumidores antes de la contratación. El Código Civil peruano de 1984 en su artículo 1392° regula las cláusulas generales de contratación disponiendo que son aquellas redactadas previa y unilateralmente en forma general y abstracta con el objetivo de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de contratos particulares con elementos propios en ellos. De este modo el ordenamiento peruano admite este tipo de contratación, reconociendo su plena validez.

Complementando esta disposición, el artículo 1397° señala que estas cláusulas se incorporan al contrato cuando sean conocidas por la contraparte o hayan podido ser conocidas usando una diligencia ordinaria. Este artículo exige para este tipo de contratos que al menos el contenido de estas cláusulas haya podido ser conocido diligentemente, es decir, no requiere que se conozca concretamente dichas cláusulas. Al respecto, dentro de la tienda virtual es posible acceder fácilmente a dichas cláusulas accediendo a los enlaces correspondientes. Para esto sólo es necesario buscar dicho enlace, lo cual corresponde a un actuar diligente.

59 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. Op. Cit. p. 79.

Por tanto, las empresas dedicadas al comercio electrónico por Internet pueden usar válidamente estas cláusulas siempre que sean accesibles al público. Esta accesibilidad será responsabilidad de la tienda virtual y el consumidor debe preocuparse por conocer el contenido de las cláusulas. Existen condiciones adicionales que serán determinadas por el propio consumidor que son el tiempo de entrega, los gastos de envío, la cantidad, la dirección electrónica o física de envío, etc.

4.3. ¿Oferta o invitación a ofrecer?

Las operaciones comerciales que se realizan por Internet hacen uso, para la celebración de sus contratos, de propuestas dirigidas al público, que es todo aquel que accede a su página Web. Así, las propuestas que se encuentran en dicha página Web están dirigidas a todos y serán recibidas por aquellos que tengan real acceso a ellas. Por tanto, la información que encontramos en estas páginas Web son ofertas al público.

Tal como indiqué en el capítulo inicial de esta investigación, considero que la oferta al público cumple con todas las condiciones y requisitos para ser considerada una verdadera oferta, y en la medida que las propuestas que se encuentran en las páginas Web son ofertas al público también deben ser consideradas verdaderas ofertas, sujetándose a sus disposiciones. La receptividad en este supuesto viene configurada por la recepción del consumidor de la propuesta. Esta recepción se verificará con el acceso del consumidor, por medio de una computadora, a la página Web que contiene dicha oferta. En el momento que el consumidor recibe dicha oferta se entenderá que dicha declaración es recepticia y se configura automáticamente la oferta vinculante. Así, al igual que en la oferta al público normal, por cada recepción de la propuesta, por cada consumidor que accede a la oferta en Internet, existirá una oferta vinculante.

Por tanto, considero que la doctrina civil exige que en la oferta al público por Internet lo que existe es una verdadera oferta por cada recepción que se configure. En la medida que estas ofertas al público puedan originar verdaderas ofertas, éstas deberán recibir el tratamiento que cada legislación le reconoce, ya sean vinculantes o no vinculantes. En el ordenamiento civil peruano, la oferta es vinculante y por tanto aquéllas que se forman electrónicamente también lo son.

Sin embargo, como ya indicamos, el Código Civil peruano señala que la oferta al público vale como invitación a ofrecer salvo que el proponente indique que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta. Al respecto, líneas arriba expuse los argumentos que considero pertinentes para considerar que dicha norma no es adecuada.

Sobre el particular indiqué que se debe prestar mayor atención a la verdadera voluntad del proponente a quedar vinculado con su declaración. La identificación de aquellos elementos que nos llevan a considerar que el proponente tiene la voluntad de vincularse es muy importante para entender si dicha oferta al público debe recibir el tratamiento de una oferta. Resulta claro, en mi opinión, que el proponente de una tienda virtual tiene la verdadera voluntad de quedar vinculado

con su declaración ya que con la inclusión de cláusulas generales de contratación, el detalle de las características del producto, entre otros elementos, demuestra que el contrato se celebrará con la simple aceptación del consumidor.

Por tanto, tanto a nivel dogmático civil y según lo dispuesto por el Código Civil peruano, enriquecido con los comentarios expuestos, la oferta al público por Internet origina verdaderas ofertas las cuales vinculan a su emisor.

Un análisis de otros cuerpos normativos internacionales y la doctrina específica respecto del tema podría brindarnos una visión particular de las cosas. Ciertamente el sector de la doctrina destaca que debe considerarse una oferta válida, en términos jurídicos, cuando se cumplen los requisitos legales, incluyendo los propios de los contratos en general como los exigidos para una determinada tipología contractual⁶⁰. Cada contrato tiene sus requisitos específicos y aquellos celebrados por Internet también tienen los propios.

Con respecto a la oferta sobre compraventa de bienes contenida en una tienda virtual, la legislación española y la normativa comunitaria europea resaltan los elementos que necesariamente deben estar presentes para poder ser considerada como verdadera oferta. Del análisis de los artículos 39º y 40º de la Ley de Ordenación al Comercio Minorista, Ley 7/1996 (modificada en 2002); conjuntamente con el artículo 8º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; y, las disposiciones pertinentes de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia será, posible identificar estos elementos. De este modo, es necesario que se señale la identidad del proveedor, las características especiales de los productos, el precio, los gastos de transporte, la forma de pago, modalidades de entrega, plazo de validez de la oferta y el plazo de ejecución del pedido⁶¹. De acuerdo con la doctrina y la legislación española en la medida que estos elementos sean identificados en las ofertas por Internet, deberán ser consideradas verdaderas ofertas. Estos elementos nos llevan a considerar que la intención del oferente es, en realidad, vincularse con su propuesta. Normalmente podemos hallar estos términos en las cláusulas generales de contratación de las tiendas virtuales visitadas.

Que este análisis final de la normatividad española sirva para reparar en el hecho de que por medios legislativos es posible regular el tema de las ofertas al público por Internet. Sin embargo, al no existir norma similar en el ordenamiento peruano, recurrir a los postulados de la doctrina del Derecho civil es sumamente útil, ya que nos permite cubrir el vacío legal y enmendar la confusión jurídica con argumentos de doctrina civil que permitan tener un ordenamiento más consecuente y orgánico. De este modo, las normas del Código Civil peruano se

⁶⁰ RICO CARRILLO, Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho*, Caracas: Legis, 2003. p. 113.

⁶¹ Para obtener una mayor explicación de estos requisitos recomendamos revisar: RICO CARRILLO, Mariliana: "La oferta y la aceptación en la contratación electrónica", en: Alfa Redi. N° 25. Agosto 2000. <http://www.alfa-redi.org/revista/data/26-8.asp>

mantienen vigentes y acordes con las exigencias del tráfico comercial moderno, caracterizado por el uso de las nuevas tecnologías de la información, cuyo hijo predilecto es Internet.

El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa

Manuel Alba Fernández*

SUMARIO: 1. El Convenio de Montreal: punto de encuentro. 2. Algunas observaciones sobre las normas relativas a los documentos de transporte y el empleo de medios electrónicos. A. El billete de transporte de pasajeros. B. La carta de porte aéreo. C. Dos observaciones finales. 3. La quinta jurisdicción. 4. El camino de vuelta.

Resumen

El presente artículo ha sido redactado con motivo de la (ya no tan) reciente ratificación española del Convenio de Montreal de 1999 sobre transporte aéreo (*BOE* núm. 122, de 20 de mayo de 2004). Lejos de un examen exhaustivo de su contenido punto por punto y en comparación con sus antecedentes, labor cuyas exigencias no pueden ser colmadas con la redacción de un artículo, lo que se pretende es hacer un breve análisis y valoración de los factores que han impulsado la redacción de este Convenio, la clave del que entendemos ha sido su rapidísimo éxito, y algunos de los aspectos de su normativa que se consideran más destacados, y que presentan un mayor grado de variación respecto del esquema preexistente. De entre las ideas alcanzadas en la señalada labor una puede ser adelantada, y es que la uniformización del Derecho (en nuestro caso sobre el transporte aéreo de personas) ha demostrado (no por vez primera, bien es cierto) ser un fenómeno que tiene un camino de ida, hacia el plano internacional, y uno de vuelta, hacia el plano doméstico, que cada vez con más frecuencia tienden a desembocar en una misma solución para los dos ámbitos.

Palabras clave: Transporte. Uniforme. Documentación electrónica. Jurisdicción.

Recibido: 05/12/2004 • Aceptado: 28/12/2004

* Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo ha sido objeto de una previa publicación en el número 173 de la revista *Derecho de los Negocios* (Madrid, España).

Abstract

This article has been prepared by reason of the recent ratification by Spain of the 1999 Montreal Convention on Air Transport (see Spanish Official Journal no. 122, May 20th of 2004). The purpose of the article is to briefly analyze and assess some of the most outstanding and innovative points of the new Convention, rather than to deeply examine its full contents. With this approach, we have attempted, firstly, to spot the circumstances that led to its drafting and adoption; second, to ascertain the main factors we believe its quick success and effectiveness stem from; and finally, to address some of the provisions that introduce the most significant changes with respect to the pre-existing international regime. Among the different conclusions reached, it is worth highlighting that, once again, harmonization of private law has a mid and long term influence on national rules such that the latter very often ends up by providing the same solution for domestic cases.

Keywords: Transport. Uniform. Electronic Documentation. Jurisdiction.

1. El Convenio de Montreal: punto de encuentro

De acuerdo con una de las diferentes ideas en las que se ha intentado resumir el fenómeno de la uniformización del Derecho mercantil internacional (no realmente el fenómeno como tal, sino sus principales motivos, características e implicaciones), la redacción, aprobación y entrada en vigor de un Convenio es un proceso que no debe ser tomado como causa, sino, al contrario, como uno de los síntomas o consecuencias de la búsqueda de la armonización y en ocasiones reflejo de la, al menos parcial, uniformidad preexistente al mismo¹. Pues bien, el Convenio de Montreal de 1999 es una excelente prueba de ello. Y lo es con un doble motivo. En primer lugar porque lógica e indudablemente ha sacado ventaja del sistema con el que guarda una relación que podría ser descrita como de filiación. Una parte relativamente importante de las normas que el Convenio recoge son fiel continuación de las normas del Sistema de Varsovia². En segundo lugar, porque ha venido a dotar de valor normativo a ciertas reglas de hecho

1 Ello en la medida en que un Convenio (como otros instrumentos) se asienta en un buen número de ocasiones en, y pretende reflejar, un uso o una solución de otro modo preexistente en el tráfico, aun pudiendo estar conscientemente destinado a variar en mayor o menor grado su contenido en la búsqueda de la solución más adecuada (GOPALAN, Sandeep: "Transnational Commercial Law: the Way Forward", *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, Vol. 18, 2003, pp. 810-811)

2 En aplicación de lo que también podría ser descrito como un "uso" en la disciplina (*cit.* por todos MATEESCO MATTE, Nicholas: *Treatise on air-aeronautical law*, McGill University, Toronyo, 1981, pp. 377 y ss.), con la expresión Sistema de Varsovia se hace alusión al conjunto integrado por el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929 (*Gaceta de Madrid* núm. 233, de 21 de agosto de 1931), el Protocolo modificativo del Convenio de Varsovia, hecho en la Haya el 28 de septiembre de 1955 (*BOE* núm. 133, de 4 de julio de 1973), así como los Protocolos

vigentes en determinados ámbitos del mercado del transporte aéreo internacional por voluntad de autoridades y operadores (variando las dispuestas por el Sistema de Varsovia, aun –pretendidamente- dentro del margen por ellas permitido).

Lo cierto es que puede establecerse una correspondencia entre las señaladas circunstancias y las dos modalidades de transporte que el Convenio de Montreal regula. El primero de los efectos descritos es el observado en la disciplina del transporte de mercancías, en el que las novedades introducidas son menores (en cantidad y quizá en importancia) que las llevadas a cabo en el transporte de pasajeros. Es en la disciplina legal de este último en el que la redacción del Convenio ha tenido un mayor impacto, cuanto menos, formal.

Las razones de lo dicho podrían buscarse en la importancia relativa que cada una de estas actividades ha tenido y tiene en el conjunto de la industria³, habida cuenta de que la evolución de ambas ha seguido en otros aspectos un patrón más o menos paralelo. Sin embargo, la búsqueda de una explicación nos lleva en este caso bastante más allá del referido dato. Es lógico que la mayor importancia relativa del transporte de pasajeros en términos de negocio la haya hecho acreedora (por ese solo dato) de mayor atención y esfuerzos. A ello hay que sumar sin embargo (pues seguramente ha sido lo más decisivo) el hecho de que haya sido en el referido campo donde el descontento con la regulación existente ha cundido de manera más temprana e intensa entre operadores, usuarios y gobiernos⁴.

Al referido descontento probablemente han contribuido la mayor sensibilidad con la que por parte de los gobiernos y el público son confrontados los daños a las personas (los que se derivan de los supuestos en que el porteador incumple su obligación de seguridad) y, en consecuencia, la también mayor sensibilidad de la imagen y la valoración de la responsabilidad de la industria a la producción de los referidos daños⁵. Estas circunstancias han convertido al transporte de

Modificativos nos. 1, 2 y 4 de Montreal de 25 de septiembre de 1975 (respectivamente *BOE*, núm. 147, de 20 de junio de 1997 los dos primeros, *BOE* núm. 34, de 9 de febrero de 1999, el último). El referido Sistema ha sido objeto de sucesivos intentos de modificación también mediante otros instrumentos, cuyo interés será en ocasiones referido pues parte de sus elementos han sido absorbidos por el Convenio de Montreal. Tales instrumentos son: el Convenio de Guadalajara complementario al Convenio de Varsovia, para la Unificación de ciertas Reglas Relativas al Transporte Internacional realizado por persona diferente al porteador contractual de 18 de septiembre de 1961, el Protocolo de Guatemala de 8 de marzo de 1971 y el Protocolo de Montreal núm. 3 de 27 de septiembre de 1975.

³ ABEYRATNE, Ruwantissa: “Emerging Trends in the International Carriage of Air Freight”, *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXVI, 2001, pp. 3 y ss.

⁴ *Vid.* observaciones de PICKELMAN, Matthew R.: “Draft Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air: the Warsaw Convention Revisited for the Last Time?”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 64, 1998, pp. 275-278.

⁵ En este sentido GABALDÓN, José Luis: “Hacia un nuevo Derecho uniforme para los contratos de transporte aéreo internacional (El Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999)”, *Derecho de los Negocios*, Vol. 11, núm. 123, diciembre de 2000, p. 8; ANTONINI, Alfredo: “La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: Protocoli di Montreal, Varsavia-Montreal, Regolamento Comunitario”, *Dir. Trasp.*, núm. 3, 2000, p. 636.

personas en el principal objeto de controversia de la disciplina del transporte aéreo desde sus inicios, lo que finalmente ha desembocado en un mayor interés en la búsqueda de una regulación adecuada y eficiente, y en una mayor propensión por parte de la industria a asumir con una mayor extensión la gestión del riesgo implícito en la actividad⁶.

Las ideas tan brevemente descritas pueden comprobarse si se repara, también brevemente, en el largo proceso que ha precedido a la elaboración del Convenio de Montreal y los fenómenos colaterales al mismo. En el origen del sistema de Varsovia se halla no sólo un afán uniformizador, sino igualmente un afán tuitivo para con la entonces incipiente industria del transporte aéreo, cuya subsistencia y posibilidades de desarrollo se entendían amenazadas por las potencialmente enormes indemnizaciones a las que los operadores podían verse expuestos y las cortas posibilidades aseguráticas, limitadas por la poca familiarización del sector con los riesgos implícitos en la nueva actividad⁷. La técnica seguida para introducir la deseada protección, a imitación de la adoptada poco tiempo antes en el campo del transporte marítimo⁸, fue, entre otras⁹, la limitación de responsabilidad.

Es la limitación de la responsabilidad del porteador la que en un principio fue identificada como una de las bases de la fortaleza del Sistema de Varsovia y la que vino a constituir, en un período relativamente breve, la primera (en el

6 En este punto, y con los cambios introducidos en la responsabilidad del porteador, aparece clara la (también presente, como veremos, en otros aspectos de la regulación, y que literalmente se desprende de su Preámbulo) concepción del pasajero aéreo como consumidor de servicios [CHENG, Bin: "A New Era in International Carriage by Air: from Warsaw (1929) to Montreal (1999)", *ICLQ*, Vol. 53, 2004, p. 849; ZAMPONE, Alessandro: "Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri", *Dir. Trasp.*, núm. 1, 2000, p. 18] de modo que el riesgo implícito en el transporte, anteriormente parcialmente descargado en aquél, básicamente mediante el instituto de la limitación de la responsabilidad del porteador, se descarga con el nuevo régimen de responsabilidad del Convenio de Montreal de forma acentuada en el colectivo transportista (ahora sometido a un régimen mixto: de responsabilidad objetiva hasta una cantidad determinada, y asentado en la tradicional "presunción de culpa" del transporte, por encima de la misma), en mecánica propia de la responsabilidad por productos (del fabricante de bienes de producción en masa), que, como se sabe, finalmente desemboca en la socialización del daño por efecto de la repercusión del adicional coste asegurático incurrido por la industria en el conjunto del colectivo usuario (*vid.* COMENALE PINTO, Michele M.: *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo*, *Dir. Mar.*, Fasc. III, julio-septiembre 2000, p. 830).

7 *Vid.* en este sentido AREAL LUDEÑA, Santiago: "El contrato de transporte aéreo", en *Contratos Internacionales*, A. L. Calvo Caravaca, L. Fernández de la Gándara (Dir.), P. Blanco-Morales Limores (Coord.), Tecnos, Madrid, 1997, p. 651; CHENG, *op. cit.*, p. 834.

8 Si bien con una importante diferencia, y es que mientras en el señalado campo se partía de una total desprotección del colectivo cargador o consignatario, por efecto de las denominadas "negligence clauses", en el del transporte aéreo el colectivo porteador fue, como se ha dicho, el estimado como necesitado de protección.

9 También dirigidas al logro de una muy particular distribución del riesgo, como puede entreverse en la inclusión también en este campo de la "falta náutica" marítima, pero (únicamente para el transporte de equipaje o mercancías) amoldada a la navegación aérea (art. 20 del original Convenio de Varsovia).

tiempo) de las causas de su debilidad¹⁰. A partir del anteriormente mencionado estadio, la contraposición de los intereses confrontados comenzó su evolución y el compromiso alcanzado con el Convenio de Varsovia empezó a quebrarse. Los intentos de variar la regla vigente empezaron por recurrir simplemente a la elevación de los límites como medida para combatir el efecto de la inflación y restablecer la eficacia indemnizatoria de las normas en el equilibrio deseado entre pasajeros y portadores¹¹, y continuaron por combinar dicha medida con el recurso a otras modalidades de responsabilidad diferentes de la inicialmente contemplada, asentada en la responsabilidad por culpa (“presunta”) propia del contrato de transporte¹².

Así las cosas, no todos los Estados parte del original Convenio de Varsovia valoraron de la misma forma la adecuación de las variaciones propuestas y en su caso introducidas en el Sistema, especialmente a la vista del rápido desfase en el que sucesivamente fueron cayendo los límites corregidos o enmendados por la inevitable lentitud asociada a los esfuerzos gubernamentales. Consecuentemente, tras los numerosos instrumentos adoptados para enmendar el Convenio de Varsovia de 1929 y el diferente número de ratificaciones o adhesiones de cada uno de ellos, la situación desembocó en lo que puede ser descrito como un mosaico de diferentes regímenes a nivel internacional, cada uno de ellos con un diferente ámbito de vigencia dependiendo del ámbito geográfico del tráfico contemplado¹³. La segunda de las bases de la fortaleza del Sistema, la uniformidad inicialmente alcanzada, fue perdiéndose gradualmente, con la consiguiente pérdida también de una de las principales ventajas que la uniformidad conlleva (especialmente para la industria, aunque en importante medida igualmente para el colectivo usuario), cual es la previsibilidad de los riesgos afrontados¹⁴.

¹⁰ En expresión de BATRA, J.C.: “Modernization of the Warsaw System – Montreal 1999”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 65, p. 429.

¹¹ Finalidad principalmente perseguida por el Protocolo de La Haya y el Protocolo de Guatemala de 1971, *vid.* comentarios de CHENG, *op. cit.*, pp. 834 y 835.

¹² Así, para el transporte de pasajeros, el protocolo de Guatemala trató de instaurar un régimen de responsabilidad objetiva del porteador por muerte o lesiones (en el que la limitación además resultaba aplicable en caso de dolo o dolo eventual del porteador), conservando el régimen original para el retraso y para los supuestos de incumplimiento en el transporte de mercancías (*vid.* arts. VI y X).

¹³ *Vid.* MENDES DE LEON, Pablo y EYSKENS, Werner: “The Montreal Convention: Analysis of the Attempted Modernization and Consolidation of the Warsaw System”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 66, 2001, pp. 1157-1158; MCKAY, Jennifer: “The Refinement of the Warsaw System: Why the 1999 Montreal Convention Represents Hope for Uniformity”, *Case W. Res. J. Int'l L.*, Vol. 34, 2002, p. 74, quienes siguiendo el Preámbulo del Convenio se refieren al “parcheado” como técnica sobre la cual fue enmendándose el Sistema de Varsovia a lo largo del tiempo. *Vid.* una descripción de la situación en España en GABALDÓN, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁴ En el proceso de uniformización de las normas sobre comercio internacional es esta, la posibilidad de crear un marco que permita una estimación o previsión, con mayor o menor precisión, del riesgo afrontado y de los posibles resultados a los que puede conducir el esquema en cada caso proporcionado (HONKA, Hannu: “Harmonization of Contract Law Through International Trade: a Nordic Perspective”, *Tul. Eur. & Civ. L.F.*, Vol. 11, 1996, p. 125), una de las ventajas perseguidas. Tal objetivo se ha visto hace tiempo frustrado en el Sistema de Varsovia, cuya “fragmentación” (DEMPSEY, Paul Stephen.: “International Air Cargo & Baggage Liability and the Tower of Babel”,

Un hecho relativamente insólito y muy peculiar de la disciplina que nos ocupa tuvo lugar mientras el señalado proceso se hallaba en curso. Este hecho consistió en la ruptura entre las normas y la práctica desarrollada al amparo de las mismas, no por la concurrente voluntad de prestadores y usuarios del servicio, sino, dando nacimiento a los conocidos acuerdos o iniciativas de la industria, por la concurrente voluntad de ciertos Gobiernos y el colectivo transportista (a través de sus instituciones representativas) en unos casos¹⁵, y por propia iniciativa (o, al fin y al cabo, voluntad unilateral) del referido colectivo en otros¹⁶.

El fenómeno descrito encuentra diferentes explicaciones que se centran, por una parte, en una de las anteriormente identificadas debilidades del Sistema de Varsovia, es decir, la limitación de responsabilidad, y, por otra, en la también anteriormente mencionada especial sensibilidad de la imagen de la industria a la producción de ciertos daños, dada su naturaleza y repercusión¹⁷. Sin perjuicio de lo dicho, en el fondo de estos acontecimientos se halla también la evolución de una industria cuyas aspiraciones de seguridad y viabilidad (inicial preocupación de las normas) vinieron a ser progresivamente colmadas por el desarrollo de la tecnología y las infraestructuras al servicio de la misma (así como su repercusión en el mercado del seguro), y la consiguiente expansión de los servicios de transporte aéreo de personas, al alcance de un cada vez mayor número de usuarios¹⁸. Esta evolución y las señaladas conquistas son las que desembocaron en la circunstancia que creemos ha sido la realmente impulsora de la separación entre la práctica contractual y el marco normativo, y a la postre de la relativamente rápida confección y negociación del Convenio de Montreal y su todavía más

Geo. Wash Int'l Rev., Vol. 36, 2004, p. 240) ha acabado, no sólo por no proveer la uniformidad deseada, sino por causar una cierta confusión (MCKAY, *op. cit.*, pág. 73).

¹⁵ Este es el caso del Acuerdo Relativo a la Limitación de Responsabilidad del Convenio de Varsovia y el Protocolo de La Haya, de 13 de mayo de 1966, concluido entre los Estados Unidos y determinadas compañías aéreas (que disponía una elevación de los límites de responsabilidad y la renuncia por los portadores a servirse de la prueba liberatoria asentada en la no imputabilidad del evento a su negligencia), así como del *Intercarrier Agreement on Passenger Liability* (IIA) adoptado por IATA mediante Resolución de 31 de octubre de 1995, bajo el cual las compañías a dicha organización afiliadas renunciaron al derecho a limitar su responsabilidad conforme al sistema del doble estrato después recogido por el Convenio de Montreal y anteriormente descrito *supra* nota 7.

¹⁶ Caso de la denominada "Iniciativa Japonesa", que consistió en un acuerdo (de 20 de noviembre de 1992) por el cual la compañías aéreas japonesas unilateral y voluntariamente renunciaron al derecho a limitar su responsabilidad conforme al Convenio de Varsovia.

¹⁷ Tal es el caso de la iniciativa aludida en la nota precedente, cuyos orígenes se localizan en el impacto y repercusión pública generados por el accidente sufrido por una aeronave de la *Japan Air Lines* en 1985 y que puso al descubierto el agravio comparativo que (por la disparidad de indemnizaciones) se producía entre pasajeros en transporte doméstico (no expuestos a la limitación de responsabilidad) y pasajeros en recorrido internacional (al tratarse de un vuelo internacional con escala un aeropuerto nacional), *vid.* BUFF, Andrea: "Reforming the Liability Provisions of the Warsaw Convention: Does the IATA Intercarrier Agreement Eliminate the Need to Amend the Convention?", *Fordham Int'l L.J.*, Vol. 20, 1997, pp. 1789-1791.

¹⁸ MILDE, Michael: "The Warsaw System of Liability in International Carriage by Air: History, Merits and Flaws... and the New «non-Warsaw» Convention of 28 May 1999", *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXIV, 1999, p. 161.

inusualmente rápida entrada en vigor. Esta circunstancia no es otra que la confluencia de los intereses de los dos colectivos contrapuestos, el porteador y el usuario, en un punto de equilibrio que ha ido variando con el tiempo, pero que desde hacía ya tiempo era diferente al marcado por el Sistema de Varsovia, y que es el que a la postre ha quedado reflejado en aquél.

Los acuerdos e iniciativas de la industria, si bien vinieron a proporcionar una solución mucho más cercana a las demandas de la práctica del transporte de personas, tenían la principal desventaja de servir solamente como solución interina o transitoria (por carecer en cualquier caso de carácter normativo)¹⁹, y además necesitar de la implementación de su contenido de manera individualizada por parte de cada compañía, al carecer, por sus propias características, de carácter vinculante y aplicación directa en las relaciones entre pasajero y porteador²⁰. Con todo, su importancia y aportaciones no pueden ser puestas en duda. En primer lugar y como se ha dicho, permitieron el desarrollo de una solución rápida para determinados problemas cuya importancia y urgencia para los Estados derivaban directamente de consideraciones de índole política, sin los inconvenientes y lentitud asociados a la confección y aprobación de un instrumento internacional. En segundo lugar, precisamente despejaron el camino para la confección de un Convenio en un buen número de puntos mucho más útil y realista que la normativa preexistente, al venir a despejar las posibles dudas que pudiesen existir sobre la capacidad de la industria para asumir un salto tan importante, en particular, en materia de responsabilidad²¹, seguramente la materia más crucial en el contrato de transporte, en la que, una vez más, el criterio de la “asegurabilidad” vino a generar una mayor atención²², y en el análisis de la cual, finalmente, puede fácilmente apreciarse cómo los polos enfrentados han sido capaces de separarse del marco normativo para buscar espontáneamente un

19 BUFF, *op. cit.*, pp. 1834 y ss.; MILDE, *op. cit.*, p. 166.

20 Motivo por el cual su final eficacia dependía del grado de incorporación que de sus medidas realizasen las compañías aéreas en sus contratos o Condiciones Generales, y conforme a las diferentes opciones que cada acuerdo o iniciativa disponía (*vid.* PICKELMAN, *op. cit.*, p. 287 y ss.).

21 En este sentido señala MILDE, *op. cit.*, p. 158, cómo los principios recogidos por el Convenio de Montreal habían sido ya acogidos por las compañías aéreas con anterioridad a su aprobación por efecto de los acuerdos.

22 Como sucede en el debate generado en torno a otros convenios de transporte, una de las principales preocupaciones de la industria fue el impacto que el cambio de régimen supondría en el coste asegurativo a incurrir y las consecuencias que sobre la competencia en el sector (DRUMMOND, Raphaël L.: “Liability and Risk Management in International Air Transport. A Study of European Initiatives”, *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXIII, 1998, pp. 74 y 81) y en el precio de los servicios el mismo tendría, consecuencias que, con todo y conforme reveló la labor en la materia de la Organización de la Aviación Civil Internacional, fueron estimadas de escasa relevancia (PICKELMAN, *op. cit.*, pp. 304-305; BATRA, *op. cit.*, p. 434; WEBER, Ludwig y JAKOB, Arie: “Current Developments Concerning the Reform of the Warsaw System”, *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXII-2, 1996, p. 307; BRISE, Sven: “Economic Implications of Changing Passenger Limits”, *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXII-1, 1997, p. 128).

intercambio más beneficioso para ambos²³. La confección y aprobación de un Convenio, por otra parte y como es lógico, ha permitido también dotar de solución a ciertas necesidades para cuya cobertura no eran aptas o apropiadas las fórmulas antes aludidas.

El resultado, como suele decirse, salta a la vista. Basta una lectura detenida del Convenio de Montreal para percibir que se trata de un instrumento que se ha beneficiado enormemente de todas las circunstancias y los procesos que han llevado a su nacimiento. Reiterando lo dicho al inicio de este apartado pero en tono de conclusión, se ha beneficiado en primer lugar de la experiencia legislativa en la materia²⁴, para venir a integrar un conjunto que da sólidas muestras de consistencia. Se ha beneficiado en segundo lugar de la intensa participación de la industria en la elaboración del resultado final, lo que es también revelador del importante papel que la misma (en las distintas disciplinas) está llamada a jugar en el proceso legislativo internacional privado²⁵.

Con ello no quiere decirse que en el Convenio de Montreal estén solucionados todos los problemas que pueden encontrarse y los retos que en el futuro cercano serán afrontados en el campo del transporte aéreo, objetivo cuya sola viabilidad es dudosa. Sí parece, cuanto menos, que todo lo dicho puede entenderse reflejado en el dato que a la postre ha proporcionado la más temprana medida de su éxito, cual ha sido, confirmando los pronósticos favorables²⁶, su ratificación por algunas de las más importantes naciones para el sector implicado y su consecuentemente rápida entrada en vigor²⁷.

2. Algunas observaciones sobre las normas relativas a los documentos de transporte y el empleo de medios electrónicos

Uno de los puntos cuya reforma o actualización no podía ser abordada de manera global sino mediante la adopción de un nuevo instrumento era el relativo a los documentos empelados en el transporte, tanto de personas como de

23 Además del mayor beneficio que para usuarios supusieron los cambios en el régimen de responsabilidad, un objetivo logrado con los mismos para el colectivo porteador (también beneficioso para aquéllos) fue la eliminación de los costes asociados a la prolongada litigación destinada en algún modo a romper los límites o a evitar la aplicación del Sistema de Varsovia (*vid.* en este sentido, respecto del IIA, BUFF, *op. cit.*, p. 1819-1820), asentada, entre otros expedientes, en los defectos en la documentación del contrato (*vid.* art. 3 del Convenio de Varsovia) y en la conducta dolosa del porteador (*vid.* art. 25 Convenio de Varsovia), DEMPSEY, *op. cit.*, 277-278; PICKELMAN, *op. cit.*, p. 277.

24 Partiendo de un Convenio, además, como el de Varsovia, que se había mostrado como el instrumento de mayor éxito (medido por el número de ratificaciones) en el Derecho del comercio internacional, HONKA, *op. cit.*, p. 130; MILDE, *op. cit.*, p. 173.

25 GOPALAN, *op. cit.*, p. 849.

26 COMENALE PINTO, *loc. ult. cit.*; MILDE, *op. cit.*, p. 186; WEBER, Ludwig y JAKOB, Arie: "The Modernization of the Warsaw System: The Montreal Convention of 1999", *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXIV, 1999, p. 346.

27 Tras entrar en vigor el 4 de noviembre de 2003 (poco más de cuatro años después de su adopción), la ratificación española fue la quincuagésimo tercera.

mercancías²⁸. Esta materia estaba especialmente necesitada de actualización dados los numerosos cambios gradualmente introducidos en las normas a ella relativas y la evolución seguida en el empleo de los documentos, en la que como hito más destacado debe mencionarse el impacto de las nuevas tecnologías y el empleo de medios electrónicos para la contratación y documentación del transporte²⁹. Sin perjuicio de la general valoración positiva realizada en el primer apartado, la materia relativa al empleo de medios electrónicos para la documentación del transporte no ha sido resuelta de manera especialmente brillante en el Convenio de Montreal, que en este punto, si bien se ha beneficiado (como en otros) de los trabajos reflejados en sus precedentes, ha acusado en exceso (probablemente por haberse centrado el debate en otros puntos) la influencia de los mismos y no sacó provecho de los avances que en el momento de su confección ya se habían producido en el campo de la legislación sobre comercio electrónico³⁰.

En la regulación de la documentación del transporte a través de medios electrónicos, como sucede en general en la aproximación a las transacciones comerciales realizadas a través de los referidos medios, los enfoques básicos posibles plantean dos opciones: bien redactar las normas sectoriales o específicas de manera que la redacción resulte neutral desde el punto de vista de los medios empleados, dejándose entonces su admisibilidad a las normas que con carácter general y de manera unificada regulan el empleo de medios electrónicos³¹, o

²⁸ MILDE, *op. cit.*, p. 175.

²⁹ Cuyas ventajas en la distribución y control de costes que para la industria han supuesto llevan a MARGO, Rod. D.: "Legal Aspects of Electronic Ticketing", *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXII-1, 1997, p. 179, a calificarlos como uno de los desarrollos más significativos en la historia del sector.

³⁰ En particular por los emanados de los trabajos realizados en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), institución que desde los primeros años 90 asumió como de principal importancia el desarrollo de esta disciplina (GLINIECKI, Judith Y. y OGADA, Ceda G.: "The Legal Acceptance of Electronic Documents, Writings, Signatures, and Notices in International Transportations Conventions: A Challenge in the Age of Global Electronic Commerce", *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 13, 1992, p. 2) y cuyos esfuerzos precisamente se enfocaron desde el principio (aun sin carácter exclusivo) en el Derecho del transporte, como uno de los sectores más expuestos al impacto del empleo de medios electrónicos.

³¹ Las normas sobre comercio electrónico abordan la regulación del empleo de medios telemáticos desde esta perspectiva, de manera que, conforme a uno de los axiomas de la disciplina y tomando en cuenta el carácter a la postre instrumental del medio empleado (electrónico o no) en el marco de las relaciones privadas, la política que se ha considerado más acertada es la de eliminar las barreras existentes al empleo de dichos medios sin crear nuevas normas sustantivas ni modificar las preexistentes (*vid.* ILLESCAS, Rafael: *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 46 y ss). La consistencia con este enfoque (cuando uno diferente no venga justificado por los cambios en la práctica o por otras consideraciones) exige que esta política de no perturbación del derecho sustantivo por la sola regulación del empleo de medios electrónicos se mantenga igualmente en la creación de otras normas (no perturbación pasaría entonces a significar no dependencia de los medios), las cuales, por lo tanto y con independencia de su contenido, deberán ser igualmente neutrales (y emplear un lenguaje neutral) en lo relativo a los medios empleados en la actividad contractual (*vid.* GABRIEL, Henry D.: "The Fear of the Unknown: the Need to Provide Special Procedural Protections in International Electronic Commerce", *Loy. L. Rev.*, Vol. 50, 2004, pp. 310 y 317).

bien introducir en cada ley, convenio o instrumento normas específicas sobre el empleo de medios electrónicos en la actividad de que se trate.

La solución adoptada en el Convenio³², sin encajar totalmente en ninguna de las dos anteriores, se acerca a la segunda en grado suficiente como para incurrir en determinados riesgos y en los especiales inconvenientes que a esta política han sido asociados en particular en el campo del transporte³³. Esta opción no impediría alcanzar los objetivos perseguidos en la primera de las anteriormente enunciadas si las normas sectoriales de carácter sustantivo (sobre documentación del transporte en nuestro caso) siguiesen siendo neutrales desde el punto de vista mediático y las relativas al empleo de medios electrónicos se limitasen a admitir la validez de los actos por medio de los mimos realizados, cuyas consecuencias entonces serían las mismas que las asociadas al empleo de otros medios³⁴. El riesgo que se corre en caso contrario (es decir, cuando se da diferente –o no del todo equivalente- tratamiento al empleo con un mismo fin de diferentes medios) es el de acabar creando una dualidad de regímenes que regirán (si hablamos de documentos) respectivamente cuando para la documentación del transporte se emplee el documento escrito en papel, uno, y cuando se empleen medios electrónicos, el otro³⁵. Es este el sentido en el que la redacción del Convenio de Montreal resulta en algunos puntos “arriesgada”, pues en ella no ha conseguido evitarse una todavía parcial, y tradicional en estas normas, dependencia del papel. Por otro lado, y antes de entrar de manera algo más detallada en estas ideas, conviene apuntar la ya definitiva concepción y caracterización del pasajero aéreo como consumidor (principal nota que lo diferencia del cargador), como el elemento de fondo que ha ocasionado la mayor separación entre los objetivos y efectos de la documentación en uno y otro contrato de transporte, de personas y de mercancías, como medio (además de probatorio) para la transmisión de información en el primero, y como instrumento con utilidad básicamente probatoria en el segundo³⁶.

32 Y no sólo en éste sino en otros Convenios sobre transporte, bien es verdad, muy anteriores a las normas, instrumentos y elaboraciones científicas sobre comercio electrónico producidas durante los últimos diez años (GLINIECKI y OGADA, *op. cit.*, pp. 126-127).

33 Donde una variedad de tratamiento en los diferentes regímenes modales resultaría del todo dañina dada la urgente necesidad que en el sector se aprecia de una cierta uniformidad en el tratamiento de los documentos generados electrónicamente, GLINIECKI y OGADA, *op. cit.*, pp. 118-119.

34 Respetándose entonces otro de los principios en que se asienta la regulación del empleo de medios electrónicos en las transacciones comerciales, la equivalencia funcional, que en este terreno supone que al empleo del papel para la documentación contractual (u otras formalidades) deberá equipararse el empleo de la información en formato electrónico (el mensaje de datos, en tanto apto para constituirse en recipiente de una determinada información) siempre que su manejo e intercambio permita el desempeño de las funciones y la reproducción de los efectos asociados al empleo del documento escrito en papel en una determinada relación (*vid. ILLESCAS, op. cit.*, pp. 41 y ss., 151 y ss.).

35 *Vid.* observaciones realizadas por GABRIEL, *op. cit.*, pp. 324 y 325.

36 *Vid.* FIORITA, Dan M.: “The Warsaw Convention and Electronic Ticketing: Neither Ticketless nor Paperless”, *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXII-1, 1997, pp. 162-163.

A. El billete de transporte de pasajeros

La posibilidad de recurrir al formato electrónico para la creación del documento de transporte fue por primera vez contemplada en el ámbito del Derecho uniforme en relación con el billete de transporte aéreo de pasajeros³⁷. Lo cierto es que la técnica empleada, más que regular el empleo del billete emitido en formato electrónico, lo que parece que vino a buscar es simplemente abrir la puerta al desarrollo de dicha posibilidad mediante la relajación de los requisitos formales inicialmente exigidos y el recurso al empleo de medios electrónicos como alternativa para dar cumplimiento a los deberes formales impuestos al porteador. Esta tendencia flexibilizadora, iniciada con anterioridad, se había centrado primero en la información a incluir en el billete y más tarde en la forma y en las consecuencias del incumplimiento de las normas al mismo relativas³⁸.

En la evolución seguida por las señaladas normas se observa la relevancia y utilidades principales reconocidas al billete, tal como se desprenden asimismo del texto finalmente adoptado en el Convenio de Montreal. Aunque no se requiere la emisión del billete para la perfección y validez del contrato³⁹, desde luego una de ellas es la legitimación del pasajero frente al porteador⁴⁰. Sin perjuicio de su utilidad probatoria, la legitimación del pasajero no se condiciona en Montreal, ni en los textos preexistentes, a la posesión o presentación del billete por el pasajero. Esta exigencia ha venido en la práctica impuesta por las condiciones

³⁷ El art. II del Protocolo de Guatemala de 1971 preveía la reforma del art. 3 del Convenio de Varsovia (en su versión modificada por el Protocolo de la Haya de 1955) para permitir en su núm. 2 la posibilidad de que el porteador sustituyese la emisión y entrega del billete en papel “por cualquier medio que deje constancia” de los datos a ser incluidos en aquél (GLINIECKI y OGADA, *op. cit.*, p. 127). Esta ha sido también la redacción finalmente acogida por el art. 3.2 del Convenio de Montreal.

³⁸ En lo que al primer punto se refiere, ya el Protocolo de La Haya había venido a acortar la lista de los datos a incluir en el billete respecto del texto original de Varsovia (compárese el art. 3 el texto de 1929 y el de la misma norma tras las enmiendas introducidas por el Protocolo de 1955). En lo referente al segundo punto, si bien en los textos de Varsovia y Varsovia-La Haya (*vid.* en cada caso art. 3.2) se prevé que el porteador, en caso de incumplir (o dar defectuoso cumplimiento a) su deber de entregar el billete, perderá la posibilidad de invocar las normas que excluyen o limitan su responsabilidad (en Varsovia, la norma del art. 3.2 de Varsovia-La Haya se refiere sólo al derecho a la limitación), tal sanción (achacada al deseo de facilitar la ruptura de los límites de responsabilidad, BALLARINO, Tito: *Diritto Aeronautico*, Giuffrè, Milán, 1983, p. 144) fue eliminada (tras un fallido intento en el Protocolo de Guatemala) en el Protocolo de Montreal núm. 4.

³⁹ Tratándose de un contrato de carácter consensual (LITVINE, Max: *Droit Aérien: notions de Droit belge et de Droit international*, É. Bruylant, Bruselas, 1970, p. 198; FIORITA, *op. cit.*, p. 162, *vid.* art. 3.5 del Convenio de Montreal, en la misma línea que el art. 3.2 de Varsovia-La Haya).

⁴⁰ Esta es una de las funciones principales atribuida al billete en el marco del Sistema de Varsovia, donde su valor probatorio se halla expresamente establecido tras las enmiendas que fueron introducidas en el art. 3.2 por el Protocolo de La Haya (*vid.* FIORITA, *op. cit.*, p. 173; MARGO, *op. cit.*, p. 180; DE DIOS MARTÍNEZ, Luis Miguel: *Títulos valor simples y documentos de legitimación*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 299-300).

introducidas por los portadores aéreos, quienes supeditan la prestación del servicio la presentación del billete en papel en el momento de la facturación⁴¹.

La segunda función del billete es la que desempeña como medio o vehículo para la transmisión de información al pasajero. Esta es la función que quizá ha generado una mayor atención y en la que la percepción de la posición del pasajero como consumidor de servicios se hace más temprana. En la concepción del Sistema de Varsovia este es uno de los puntos en los que la función sigue a la forma⁴². La entrega material del billete, como soporte tangible para el reflejo de la información deseada, se exige como método apto para la consecución del objetivo perseguido, la protección de pasajero⁴³. Esta función se halla presente de manera clara también en Montreal, donde, si bien la responsabilidad por lesiones o muerte ya no se halla limitada, sí lo está la responsabilidad por daños al equipaje o retraso, y donde se regulan ciertos derechos del pasajero excluidos del ámbito de libertad contractual de las partes y cuyo ejercicio no obstante en muchos casos dependerá en primer lugar del conocimiento que su titular tenga de su existencia⁴⁴.

Dicho lo anterior, y aun con la obsolescencia que quizá ya presente la arriba descrita redacción del Convenio a este respecto, el Convenio de Montreal proporciona un marco relativamente satisfactorio para el empleo de billetes

41 Las Condiciones Generales de las compañías aéreas, en particular las condiciones de la IATA, imponen para los contratos documentados mediante billete en papel la necesaria presentación del mismo (*vid.* art. 3.1.6 de las Condiciones Generales IATA). Esto convierte al billete en papel a efectos prácticos en un documento de presentación necesaria para el ejercicio del Derecho del pasajero (DE DIOS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 307-309, donde muestra ciertas dudas sobre la legalidad de esta medida, no sólo sobre la base de la legislación sobre Condiciones Generales de la contratación, sino igualmente en apoyo del art. 3.2 del Convenio de Varsovia).

42 En juego de palabras empleado por FIORITA, *op. cit.*, pág. 160

43 El sentido que se le da a la transmisión de la información, en particular la relativa a la aplicación del Convenio de Varsovia (en cualquiera de sus versiones en vigor) es la de situarle en una posición que le permita una correcta percepción del riesgo asumido en el contrato, de modo que, conociendo la existencia del derecho del porteador a limitar su responsabilidad, disponga de la información y el tiempo adecuados para valorar la posibilidad de, por ejemplo, recurrir a la contratación de un seguro conforme a sus necesidades (GOLDHIRSCH, Lawrence B.: *The Warsaw Convention annotated: a legal handbook*, Brill Academia Publications, Boston, 1988, p. 23). La lógica de esta filosofía queda completada si se interpreta que el incumplimiento de la obligación de informar impide el recurso a las normas cuya aplicación debe ser comunicada conforme al referido deber, lo que aparece como más claro en la combinación de los nos. 1 y 2 del art. 3 del Convenio Varsovia-La Haya, pues mientras en el primero se exige que el porteador expresamente advierta en el billete de la aplicación del Convenio, en el segundo se prevé la pérdida del derecho a limitar cuando no se entregue el billete o cuando, a pesar de entregado, no se incluya en él la señalada advertencia (*vid.* DE JUGLART, Michele: *Traité de Droit aérien*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 1989, 2ª Ed. por Emmanuel Du Pontavice, Jacqueline Dutheil de la Rochère y Georgette M. Miller, pp. 22-23).

44 Nos referimos en particular a la obligación del porteador de adelantar las cantidades mencionadas en el art. 28 (por remisión a la legislación nacional aplicable) para la atención inmediata de los pasajeros afectados por un accidente (WEBER y JAKOB, *op. cit.*, p. 342).

electrónicos⁴⁵. En lo que se refiere a la función probatoria del documento y, comprendida en la misma, la utilidad legitimatoria que puede proporcionar, en el Convenio de Montreal se han eliminado las normas sobre prueba presentes en el Sistema de Varsovia⁴⁶. Aun desde una actitud abstencionista, las posibilidades de emisión en papel y en formato electrónico se hallan en este aspecto recogidas en condiciones de igualdad⁴⁷.

Si dirigimos la mirada nuevamente a la función informativa del billete, el esquema de Montreal permite enfocar de manera mucho menos temerosa el empleo de los medios electrónicos y la emisión del documento en formato electrónico, pues la transmisión de información ya no se identifica allí con la entrega material del billete (luego, en papel), y se desliga de su emisión⁴⁸. A este respecto, siguiendo el principio de equivalencia funcional en el que (entre otros) se asienta la técnica legislativa “electrónica”, podría haberse dejado espacio a que las diferentes formas disponibles siguiesen a la función, en este caso informativa, a elección del porteador obligado, máxime si tomamos en cuenta que la prueba del cumplimiento de dicha obligación recae sobre él⁴⁹, quien deberá, por tanto, valorar la conveniencia del empleo de unos u otros medios sobre tal premisa. Esto sin embargo no ha sido, o no ha sido totalmente, así, pues en el art.

45 Un primer mérito debe ser reconocido a esta forma de expresión, máxime en el momento en el que fue enunciada. En primer lugar, dejó un primer reflejo en su momento de lo que vendría a recogerse en el llamado principio de no discriminación, (*vid.* art. 5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL, así como par. 46 de la Guía su incorporación al Derecho interno), no por el hecho de no negar validez a la información contenida en un mensaje de datos (concepto entonces por elaborar), sino, en actitud propia del momento por la enorme tradición del empleo del papel (ABEYRATNE, *op. cit.*, p. 29) al venir simplemente a admitir su uso. En segundo lugar, desde luego intuitivamente y guiado seguramente por un sentimiento de cautela, el texto, con la generalidad de la expresión que emplea, acoge satisfactoriamente el principio de neutralidad tecnológica (*vid.* ILLESCAS, *op. cit.*, p. 51; GABRIEL, *op. cit.*, p. 316, quienes condicionan el éxito de las normas sobre comercio electrónico a su neutralidad respecto del en cada momento presente estado de la tecnología).

46 El convenio de Montreal no reproduce la norma contenida en el art. 3.2 de Varsovia-La Haya, más que (en el art. 3.5) en lo relativo a la independencia de la existencia y validez del contrato de la emisión del mismo. Aunque el billete continuará gozando de valor probatorio en los términos del Derecho que resulte en cada caso subsidiariamente aplicable, parece que lo hará en condiciones de igualdad con otros instrumentos probatorios (como cualquier otra prueba documental privada) y conforme a tales normas.

47 Es cierto que el art. 3.2, probablemente debido a la todavía mayor familiarización del público con el soporte papel, prevé la emisión de una declaración escrita por parte del porteador (a solicitud del pasajero y previo ofrecimiento del porteador) con la información almacenada por otros medios cuando se haga empleo de ellos. Ello, con todo, además de la posible preocupación de las normas frente al “*digital divide*” entre los diferentes usuarios de los servicios de transporte, será de utilidad en aquéllos casos en que el Derecho procesal (y el sustantivo subsidiariamente) aplicable no cuente con normas que otorguen valor ni utilidad probatoria al documento en formato electrónico (*vid.* RUEDA, Andrés: “The Warsaw Convention & Electronic Ticketing”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 67, 2002, p. 446-447).

48 La obligación de informar, que en el Sistema de Varsovia, como se ha dicho, se integra en la de entregar el billete con la información exigida (*vid.* ABEYRATNE, Ruwantissa: “E-commerce and the Airline Passenger”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 66, p. 1357, 1360-1361), en el Convenio de Montreal se enuncia en el art. 3.4 de forma desligada de la emisión del billete.

49 Y no la del incumplimiento sobre el pasajero acreedor, GOLDBIRSCH, *op. cit.*, p. 28.

3.4 se exige al porteador que realice “aviso escrito”⁵⁰ al pasajero de la aplicación del Convenio y algunas de las consecuencias que la misma tendrá, ligándose por tanto todavía la transmisión de información al empleo del papel.

Los condicionantes que el marco descrito puedan tener en el empleo de billetes electrónicos (en forma de mensaje de datos) no sugieren especiales dificultades. Esta claro que la dependencia del papel a efectos de legitimación es inexistente, pues, no exigiéndose la presentación del billete por parte del pasajero con este propósito en Montreal (como no se exigía tampoco en el Sistema de Varsovia), las compañías aéreas, conscientes de la necesidad de semejante medida para sacar provecho a las ventajas del empleo de medios electrónicos en la distribución de sus servicios, han renunciado a esta exigencia en sus condiciones generales, exigiendo para la legitimación del pasajero la prueba de su identidad⁵¹. En lo tocante al aviso escrito, si bien, como hemos dicho, se podría haber dispuesto la obligación de aviso de manera mediáticamente más neutral⁵², la exigencia del aviso escrito no implica desde luego dependencia del papel en la documentación del contrato⁵³.

B. La carta de porte aéreo

Las observaciones iniciales que pueden realizarse en relación con la carta de porte aéreo como instrumento para la documentación del contrato de transporte

⁵⁰ Expresión que sugiere fuertemente la exigencia de formato escrito en papel (RUEDA, *op. cit.*, p. 459).

⁵¹ Así el art. 3.1.6 de las Condiciones Generales IATA señalan: “Salvo en el caso de un Billete electrónico, usted no tendrá derecho a ser transportado en un vuelo a no ser que presente un Billete válido que contenga el Cupón de vuelo correspondiente a dicho vuelo (...)”, mientras que (con muy dudosa lógica) señalan en el mismo artículo: “En el caso de un Billete electrónico, no tendrá derecho a ser transportado en un vuelo a no ser que nos proporcione una identificación adecuada y se haya expedido a su nombre un Billete electrónico válido”.

⁵² Acudiendo para ello a la equivalencia funcional que en este terreno se puede establecer entre “entrega” del escrito (que en el contexto del Sistema de Varsovia significa posesión material o control del billete, FIORITA, *op. cit.*, p. 165) y acceso a la información, lo cierto es que, siendo este el objetivo relevante, el mensaje de datos permite alcanzarlo igualmente de diferentes modos (*vid.* propuestas en el marco del Derecho norteamericano de RUEDA, *op. cit.*, pp. 446 y ss.).

⁵³ Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que es necesario diferenciar la conclusión (formación) del contrato, que no se halla entre las materias reguladas por el Convenio (por tanto tampoco la realizada mediante medios de comunicación electrónicos), y la documentación (y la transmisión de información en el marco o en ejecución) del mismo (*vid.* FIORITA, *op. cit.*, pp. 172 y ss.). Aunque hipotéticamente pueden darse varias combinaciones mixtas, la documentación electrónica del contrato está pensada para ser empleada en la distribución electrónica de los servicios y, de este modo, cuando para la conclusión del contrato se empleen medios electrónicos (RUEDA, *op. cit.*, p. 409). Desde esta perspectiva (no necesariamente desde otras, entre ellas, quizá, la del propio pasajero, COMENALE PINTO, *op. cit.*, p. 816) la solución óptima habría pasado por imponer una obligación de información susceptible de ser cumplida sin perturbar la homogeneidad de los medios, y eliminar así la dependencia del papel. Con todo, las opciones que existen para dar cumplimiento a la obligación de entrega del aviso escrito (por ejemplo, en el aeropuerto y con la tarjeta de embarque usualmente expedida tras el proceso de facturación, como suele hacerse cuando se emite billete electrónico para la documentación del contrato) quizá no perturben en este sentido la referida homogeneidad del proceso de conclusión y documentación del contrato.

de mercancías son paralelas a las ya expuestas respecto del billete: la técnica seguida en Montreal, en el marco de la tendencia flexibilizadora de los requisitos formales también mostrada por sus precedentes⁵⁴, permite simplemente el empleo de otros medios aptos para el almacenamiento de la información a incluir en el documento en papel, como nueva posibilidad para dar cumplimiento a la obligación documental⁵⁵.

Un problema bien conocido que en materia de documentación del contrato de transporte de mercancías presenta el empleo de medios electrónicos es la naturaleza de título valor que presentan algunos de los documentos con tal finalidad emitidos. Parte de las funciones que desempeñan, y los efectos que se reconocen a su emisión y circulación, se asientan fuertemente sobre la posesión material del papel⁵⁶. Las dificultades encontradas a la hora de diseñar el equivalente electrónico de la posesión, dado el carácter intangible del mensaje de datos como recipiente de la información a incluir en el documento, han contribuido de manera crucial a convertir la regulación de los títulos valores electrónicos en el mayor desafío afrontado en la disciplina⁵⁷.

Este problema no se presenta en el ámbito del transporte aéreo, sencillamente porque la carta de porte, tal como se halla configurada en Montreal (como en el

54 Al igual que en caso anterior, esta relajación formal se refiere a los requisitos relativos a la información a incluir en la carta de porte (inicialmente contruidos sobre el precedente del conocimiento de embarque) y a la sanción prevista para el caso en que se omite la emisión regular del documento (cfr. arts. 8 y 9 en Varsovia, Varsovia-La Haya y éste enmendado por el Protocolo de Montreal núm. 4). A estos cambios hay que añadir el introducido en Montreal (*vid.* art. 4) que elimina la necesidad de emitir la carta de porte en tres originales, en línea cuyo objetivo es abaratar costes relacionados con la documentación y habida cuenta de la innecesidad de que el documento (el original firmado por porteador y cargador) viaje con las mercancías (*vid.* CHRISTY, Carl W.: "Changes in International Air Cargo: Montreal Protocol No. 4 Attains Force of Law", *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 5, 1999, p. 534).

55 Nuevamente en este punto el art. 4 del Convenio encuentra precedente en el art. III –y allí art. 3 enmendado– del Protocolo de Montreal núm. 4.

56 En el marco del fenómeno de la incorporación del derecho al título, tales funciones en particular son, en primer lugar, la función de legitimación, que exige la posesión del documento para la adquisición de la titularidad el derecho que incorpora y su presentación para el ejercicio del señalado derecho frente al deudor, y en segundo lugar y consecuentemente con lo anterior, la denominada función representativa o traslativa, que es a la postre la que permite equiparar en el tráfico la transmisión del papel a la de las propias mercancías (su posesión mediata) con finalidad variable y con los efectos que en cada caso se reconozcan (*vid.* RECALDE CASTELLS, Andrés: "A propósito de los requisitos de «aceptabilidad» de los documentos de transporte en el nuevo crédito documentario", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, Vol. 3, pp. 3396-3398; PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel: *Los títulos representativos de la mercancía*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 18 y ss.; *vid.* asimismo en el ámbito del Derecho anglosajón TIBERG, Hugo: "Legal Qualities of Transport Documents", *Tul. Mar. L. J.*, Vol. 23, 1998, pp. 4 y ss.).

57 *Vid.* UNCTAD: *The Use of Transport Documents in International Trade*, UNCTAD/SDTE/TLB/2003/3, 26 de noviembre de 2003 par. 38; *Electronic Commerce: Legal Considerations*, UNCTAD/SDTE/BFB/1, 15 e mayo de 1998, par. 133 y ss.

Sistema de Varsovia), no tiene la naturaleza de título valor⁵⁸. En las normas aludidas la carta de porte desempeña con todo (y en común con los títulos valores representativos de mercancías) una función probatoria de la celebración del contrato y de sus condiciones, con el carácter de presunción simple (o prueba *prima facie* en terminología anglosajona). El efecto legitimatorio que la carta de porte puede también desempeñar arranca de esta función probatoria. No obstante, al igual que en el caso del billete, la legitimación del destinatario encuentra su origen en las propias condiciones pactadas por el cargador y el porteador, de las cuales podrá aportarse otra prueba diferente. En otras palabras, en la normativa sobre transporte aéreo el derecho del destinatario no se condiciona a la posesión y presentación del documento al porteador⁵⁹. Una última función de la carta de porte es igualmente de naturaleza probatoria y se refiere a su valor como recibo de las mercancías. Es esta una función que tiene en común también con los títulos de tradición y que realmente depende, no sólo de su naturaleza documental, sino también del valor que el legislador o la norma en cada caso le quiera otorgar a todo o parte de su contenido⁶⁰, valor que en Montreal se halla limitado⁶¹.

En torno a lo dicho pueden señalarse, y así se ha hecho en ocasiones, ciertas dudas. Algunas de ellas pueden entenderse introducidas por la configuración y mecánica del derecho de contraorden, control o disposición del cargador. En el articulado del Sistema de Varsovia, conservado en Montreal, es interpretación prácticamente unánime la que considera que el cargador, para ejercitar su derecho

⁵⁸ GRIGOLI, Michele: *Diritto della Navigazione*, UTET, Turín, 1982, pp. 322-323; ROMANELLI, Gustavo: “La lettera di trasporto aereo non negoziabile”, *Dir. Trasp.*, CEDAM, Padua, 1988, Vol. 2, p. 8; RECALDE CASTELLS, *op. cit.*, p. 3400

⁵⁹ No encaja por tanto en los denominados títulos de legitimación, *vid.* DE DIOS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 92, 156 y ss., entendiéndose por tales aquéllos (en nuestro contexto, habiendo sido emitido en forma nominativa) cuya posesión se exige para el ejercicio del derecho o (habiendo sido emitido a la orden o al portador), además, libera al deudor que cumple frente al regular tenedor del documento, *vid.* ROMANELLI, *op. cit.*, pp. 11-12; RECALDE CASTELLS, Andrés: “La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera (C.M.R.)”, *RGD*, núm. 606, marzo 1995, p. 2233, respecto de la carta de porte terrestre. Sí podrá ser considerada la carta de porte mero documento de legitimación, sin embargo, sin cláusula de presentación necesaria, GRIGOLI, *loc. ult. cit.*; igualmente GRONFORS, *op. cit.*, pp. 40-42 respecto de la *seawaybill*.

⁶⁰ PAVONE LA ROSA, Antonio: *Studi sulla polizza di carico*, Giuffrè Editore, Milán, 1958, pp. 54-55, 116 y ss., 125.

⁶¹ Siendo esta la principal función que en la práctica desempeña la carta de porte aéreo (sobre lo cual GLINIECKI y OGADA, *op. cit.*, p. 137 señalan que la misma es “esencialmente un recibo”), en el Convenio de Montreal (como había acabado por suceder en el Sistema de Varsovia) el valor probatorio que como presunción simple se le reconoce al documento en este punto se refiere al “peso, las dimensiones y el embalaje de la carga, así como al número de bultos”, si bien las condiciones relativas a la “cantidad, el estado y el volumen de la carga” tendrán el mismo valor cuando tales extremos hayan sido objeto verificación conjunta por el porteador y el cargador y tal circunstancia figure expresamente en el texto de la carta de porte o cuando las observaciones en ella realizadas se refieran a las condiciones aparentes de la mercancía.

de contraorden, deberá presentar al porteador la carta de porte⁶², siendo necesaria por tanto su posesión a efectos legitimatorios en este contexto, al igual que en los casos de que el derecho de disposición haya sido transmitido al destinatario⁶³. Sin perder de vista que esta es la regla vigente igualmente en otros modos de transporte⁶⁴, la alternativa a esta interpretación puede apoyarse en el hecho de que el texto no condicione expresamente en este sentido el ejercicio del derecho de contraorden del cargador. Supone también cierto obstáculo a la posibilidad de ver implícitamente incluida una exigencia como esta el hecho de que la ausencia de la carta de porte no afecte a la existencia y validez del contrato, y por tanto a la existencia y ejercicio del derecho de contraorden del cargador⁶⁵.

A favor de la primera posibilidad puede invocarse la dicción del núm. 3 del art. 12 del Convenio de Montreal, presente también en el sistema de Varsovia, donde se establece la responsabilidad del porteador que ha seguido las instrucciones del cargador, apartándose por ello de las condiciones del documento, frente a quien pudiera hallarse “legalmente en posesión” del mismo. Esta manera de expresarse, que claramente parece asumir, no el mero efecto legitimatorio de la carta de porte, sino también la necesidad (o suficiencia) de su presentación para el ejercicio de los derechos derivados del contrato para cargador y destinatario, puede con todo también responder a la posibilidad, no expresamente contemplada (como tampoco rechazada) en el Convenio, de que la carta de porte sea emitida en forma negociable y pueda, por tanto, llegar a adquirir mayor fuerza legitimatoria o incluso reunir la naturaleza y caracteres de un título de tradición⁶⁶. La negociabilidad de la carta de porte, a pesar de que en un determinado momento se reclamó su expreso tratamiento por el Derecho uniforme⁶⁷ y fue objeto por ello de cierta atención en el devenir de las normas del Sistema de Varsovia⁶⁸, se consideró de innecesaria regulación dada su poca utilidad por razón de la brevedad del transporte aéreo y los inconvenientes que

62 El fundamento lógico de esta idea es claro, pues siendo prueba el documento de las condiciones el contrato y entre ellas el destino de las mercancías y la persona del destinatario, el rescate del mismo se hace necesario para la emisión de uno nuevo que refleje las nuevas condiciones de acuerdo con las instrucciones proporcionadas por el cargador, *vid.* en este sentido ROMANELLI, *op. cit.*, p. 14; LITVINE, *op. cit.*, p. 243; GOLDBIRTSCH, *op. cit.*, p. 46; GEORGIADIS, Euthyméne: “Aperçu critique sur la lettre de transport aérien”, *Rev. Fr. Dr. A.*, 1966, p. 399.

63 En apoyo de lo cual califica como título de legitimación al documento SCHWEICKHARDT, Armin: “Lettre de transport aérien ou connaissance aérien”, *Rev. Fr. Dr. A.*, núm. 5, 1951, pp. 21, 33-34.

64 *Vid.* RECALDE CASTELLS, “A propósito de los requisitos...”, p. 3400-3401.

65 Argumento empleado por RECALDE CASTELLS, “La firma de las partes...”, pp. 2235 y ss. 2244, en la defensa de la validez de la carta de porte terrestre no firmada por el porteador a estos y otros efectos.

66 Así interpreta esta norma LEGREZ, François: “Négociabilité de la lettre de transport aérien”, *Rev. Fr. Dr. A.*, 1949, pp. 364-365.

67 *Vid.* LEGREZ, *op. cit.*, p. 354.

68 Que, al igual que en el Convenio de Montreal, como solución de compromiso no la regularon sin tampoco prohibirla (ROMANELLI, *op. cit.*, p. 2), si bien más tarde, para dejar clara esta posición neutra, llegaron a hacer mención de la misma (*vid.* art. 15.3 del Convenio Varsovia-La Haya).

la legitimación por la posesión podría plantear⁶⁹. En cualquier caso siempre se ha dejado la puerta abierta a su existencia permitiendo a las partes en el contrato variar las normas sobre derecho de contraorden por voluntad expresamente manifestada en la carta de porte, luego entre otros recursos, mediante su emisión a la orden o al portador⁷⁰. De ser este el caso, los efectos de la referida emisión y su posible funcionamiento como título valor deberían ser determinados por el Derecho escogido por las partes o por el de otro modo aplicable subsidiariamente al Convenio⁷¹, y de ahí que en determinados casos la posesión del documento pudiera ser, por este o por otro motivo, no sólo necesaria, sino además suficiente para legitimar a su tenedor, originando de esta manera la consiguiente responsabilidad del porteador.

Así las cosas, en lo que respecta al empleo de medios electrónicos para la documentación del contrato, si bien, como ya se ha dicho, el Convenio se limita a admitir la posibilidad de “sustitución” de la emisión de la carta de porte por el empleo de otros medios aptos para almacenar y dejar constancia de los datos de exigida inclusión en aquélla, la redacción de Montreal puede ser objeto de una cierta crítica. Y es que la misma peca de poco ambiciosa, limitándose a acoger una solución muy condicionada por el momento de su creación, como es la del Protocolo de Montreal núm. 4 y que nuevamente plantea ciertas dudas que sugieren una cierta dependencia del papel⁷². Estas dudas emergen del deber del porteador, cuando así lo solicite el cargador, de emitir un recibo que permita la identificación del envío y el acceso a la información almacenada por “cualquier otro medio” (art. 15.2 del Convenio).

Aunque podría plantearse la interrogante⁷³, parece claro que la norma se refiere a un recibo en papel⁷⁴, que, por otra parte, deberá permitir, además de la identificación de las mercancías, el acceso a la información almacenada⁷⁵. A la

⁶⁹ En este sentido, la industria no sólo no ha reclamado cambio alguno en esta actitud, sino que claramente se ha mostrado contraria al empleo de las cartas de porte negociables (al la orden o al portador), ROMANELLI, *op. cit.*, p. 4; DE JUGLART, *op. cit.*, p. 1086.

⁷⁰ BEAUMONT, K.M.: “Negotiability of the air waybill”, *J. Bus. L.*, 1957, p. 135. *Vid.* art. 15.2 del Convenio de Montreal y sus precedentes en el Sistema de Varsovia con idéntico contenido.

⁷¹ Como sucedería en el caso italiano por aplicación de los arts. 962 *Cod. Nav.* y 1691 *C. civ.*, *vid.* ROMANELLI, *op. cit.*, p. 4; igualmente DE JUGLART, *op. cit.*, p. 1090, y no necesariamente en todo ordenamiento, como el nuestro, donde el principio de tipicidad impediría la creación de un título valor (con los efectos a ellos asociados por el la ley) por la mera voluntad de las partes (*vid.* ROMANELLI, *op. cit.*, p. 5; DE DIOS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 132).

⁷² En este sentido expone RUEDA, *op. cit.*, pp. 420 y ss. la ya relativa obsolescencia de la solución del Protocolo de Montreal núm. 4, que realmente no redefine la noción de carta de porte aéreo para dar entrada a documentos electrónicos como tales, ni contiene reflejo alguno de las firmas electrónicas, y por tanto no refleja (como es lógico por otra parte, si hablamos del Protocolo, dado el momento de su redacción) los problemas probatorios (ni las ventajas) a ellas asociados.

⁷³ Y así parece hacerlo RUEDA, *op. cit.*, p. 424

⁷⁴ Pues señala que en caso de ser empleados otros medios, y previa solicitud, el porteador “entregará” al cargador el aludido recibo (*vid.* en este sentido COMENALE PINTO, *op. cit.*, p. 820; BUSTI, Silvio: “Nuovi documenti del trasporto aereo”, *Dir. Trasp.*, nos. 2-3, 2001, p. 366).

⁷⁵ Ello nos obliga a preguntarnos igualmente qué significa acceso a la información en este contexto, en relación con lo cual parece que acceso se proporcionará tanto si el recibo meramente reproduce la información almacenada por medios informáticos, como si con la entrega del recibo

hora de abordar el valor probatorio de la documentación, el Convenio únicamente se refiere a la carta de porte (en papel) y al recibo en su art. 11, por lo que no otorga valor probatorio a la información almacenada por otros medios.

Con independencia de las limitaciones de la norma, lo cierto es que con el marco descrito se da entrada suficiente al empleo de cartas de porte electrónicas⁷⁶ (en forma de mensaje de datos, ya sea almacenadas por el porteador, o en tal forma efectivamente emitidas –y remitidas- al cargador). Aún en el caso de que no se emita el recibo en papel, el valor probatorio del documento electrónico emitido con la finalidad de asumir la función de la carta de porte vendrá dado, primeramente, por la posibilidad del empleo de otros medios de prueba (y por tanto de documentación) del contrato que deja abierta el marco de Montreal, y, de forma subsiguiente, por aplicación de las normas nacionales sobre documentación, firma y prueba electrónica⁷⁷.

Esta posibilidad debe combinarse con otras que proporciona asimismo el Convenio, en particular la de variar contractualmente las disposiciones sobre derecho de contraorden, posibilidad que ya permite a la carta de porte en papel (aun si consideramos que para el ejercicio de tal derecho no es necesaria su presentación o la del recibo recién aludido) adquirir un cierto valor representativo de las mercancías⁷⁸, a través, por ejemplo y entre otros recursos⁷⁹, de las denominadas “cláusulas de control” (“*control clauses*”), y así constituirse en documento apto para su empleo en la financiación y/o mediación en los pagos en las transacciones comerciales⁸⁰. En este punto sin embargo el esquema de

(con la información que contenga) se habilita al cargador para, mediante comunicación telemática (e.g., desde su terminal), acceder a la información almacenada por el porteador. El problema relativo a la discordancia entre esta última información y la recogida por el recibo lo resuelve COMENALE PINTO, *op. cit.*, p. 367, dando preferencia al contenido de este último.

⁷⁶ Expresión empleada ya sin demasiados prejuicios por los comentaristas que se refieren al tema: CHRISTY, *op. cit.*, p. 534.

⁷⁷ Vid. a este respecto ILLESCAS, *op. cit.*, p. 174-176, y (para España) arts. 23 y 24 Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), así como arts. 317, 324 y 326 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000) y art. 3 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003). Esta misma solución propone BUSTI, *op. cit.* pp. 365-367.

⁷⁸ La que RECALDE CASTELLS, “A propósito de los requisitos...”, p. 3401, denomina “función representativa en sentido amplio o impropio” y que viene dada sencillamente por la aptitud o capacidad que de hecho se le reconozca al documento por las partes implicadas en una transacción para representar a las mercancías en sus concretas relaciones.

⁷⁹ Como los intentos de reproducir las funciones de los títulos valores negociables mediante disposiciones contractuales asentadas en la normas sobre cesión de créditos (como proponen GABRIEL, Henry D. y FRISCH, David: “Much Ado About Nothing: Achieving Essential Negotiability in an Electronic Environment”, *Idaho L. Rev.*, Vol. 31, 1995, pp. 757 y ss.) o mediante incorporación al contrato, y por tanto aplicación a la documentación electrónica bajo el mismo emitida, de normas que otorguen al documento en papel iguales o semejantes efectos (como sucede con el *Rule Book* del sistema BOLERO).

⁸⁰ Esta cláusula, con muy temprano empleo en el transporte aéreo (vid. LEGREZ, *op. cit.*, p. 366), recoge la renuncia del cargador o expedidor a su derecho de contraorden y suele combinarse igualmente con la designación del banco ordenante en el crédito documentario como destinatario,

Montreal sí opone un muy molesto requisito, cual es que, siendo empleados otros medios para almacenar la información a hacer constar en el documento, la modificación de las normas sobre el derecho de contraorden se incluya expresamente en el recibo entregado al cargador como condición para su validez (es decir, se haga constar por escrito en papel).

C. Dos observaciones finales

Los comentarios sobre el tratamiento de la documentación electrónica en el Convenio de Montreal deben ser aquí finalizados con dos breves observaciones. En primer lugar, y expresando lo ya parcialmente adelantado, si bien el marco brevemente analizado deja amplio espacio al empleo de billetes y cartas de porte electrónicas⁸¹, el objetivo se habría conseguido de manera más sencilla mediante el empleo de un lenguaje mediáticamente más neutral, quizá incluso sin variar demasiado el empleado en el Sistema de Varsovia⁸², en tanto el mismo (aunque presumiblemente de forma implícita “piensa” en él) no emplea en término “escrito” ni se refiere a dicha exigencia de manera expresa⁸³. En segundo y último lugar, quizá mediante el recurso anteriormente aludido se habría conseguido igualmente la incorporación del empleo los medios electrónicos en otros puntos donde ha quedado pendiente, como en el relativo a las protestas a realizar por el pasajero y el cargador en caso de daños en equipaje o mercancías (arts. 31.3)⁸⁴.

quien, una vez recibido el pago, designará como *notify party* al destinatario real (en su caso comprador) al objeto de legitimarle para recibir las mercancías, *vid.* DE JUGLART, *op. cit.*, p. 1100; SCHWEICKHARDT, *op. cit.*, pp. 27 y 32; RECALDE CASTELLS, *op. cit.*, p. 3412; ROMANELI, *op. cit.*, p. 15.

⁸¹ Que en lo tocante al transporte de personas probablemente, tal como (a pesar del escepticismo mostrado por MILDE, *op. cit.*, pp. 159 y 175) ha venido sucediendo ya bajo el Sistema de Varsovia, no alteren la tendencia expansionista desde hace años observada en el empleo de medios electrónicos en la venta o distribución de servicios de transporte de pasajeros, BUSTI, *op. cit.*, 360-361.

⁸² Bajo cuyo régimen estiman RUEDA, *op. cit.*, pp. 406 y 463; y FIORITA, *op. cit.*, p. 177, que las obligaciones documentales del porteador de pasajeros pueden ser llenadas mediante el empleo de documentos electrónicos.

⁸³ En ello se puede abundar, en lo que respecta a la carta de porte aéreo, alegando que las dificultades enfrentadas en otros modos eran aquí inexistentes, en particular por cuanto la función probatoria que como recibo de las mercancías y prueba del contrato desempeña el documento es, como se ha visto, la más fácilmente reproducible electrónicamente de las atribuidas a los documentos de transporte (*vid.* UNCTAD, *Electronic Commerce and International Transport Services*, TD/B/COM.3/EM.12/2, 31 de julio de 2001, par. 44).

⁸⁴ Es esta una característica que el Convenio comparte con otros instrumentos de transporte, en alguno de los cuales ha sido superada evitando hacer referencia expresa a la forma “escrita” o bien, sin prescindir de la misma, añadiendo una cláusula en la que expresamente se considera en ella incluida la información electrónicamente almacenada. En cualquier caso señalan GLINIECKI y OGADA, *op. cit.*, pp. 134, 141 y 142, que la solución óptima pasa por emplear en la redacción de las normas un lenguaje neutral en lo relativo a los medios empleados, para evitar el efecto restrictivo de determinados términos, cuyo significado, además y por aplicación del principio de jerarquía normativa, es dudoso que pueda ser alterado por el Derecho interno.

3. La quinta jurisdicción

Junto con los temas anteriormente tratados y la supresión de la limitación de responsabilidad en el transporte de pasajeros, la introducción de la denominada quinta jurisdicción es una de las más significativas novedades que pueden encontrarse en el Convenio de Montreal⁸⁵. Es común en las normas internacionales que están destinadas a imponer un marco normativo uniforme de algún modo imperativo, como las de transporte, regular igualmente la jurisdicción que resultará competente con carácter asimismo necesario, pues, por un lado, la uniformización de las normas exige también la unificación en la atribución de competencia⁸⁶, y, por otro, la libertad de elección mermaría en gran medida la eficacia imperativa de las normas (sobre todo en sectores donde la contratación se realiza sobre la base de condiciones generales y/o contratos de adhesión)⁸⁷.

Como sucede con otros asuntos, la quinta jurisdicción, así denominada por venir a añadirse a las cuatro jurisdicciones competentes presentes en el Sistema de Varsovia, encuentra sus orígenes en dicho Sistema, y en particular en el Protocolo de Guatemala⁸⁸. La norma que la recoge, art. 33.2, dispone que en los casos en que objeto de la reclamación sean los daños derivados de lesiones o muerte del pasajero, además de en los foros mencionados en el núm. 1 del mismo artículo el demandante podrá interponer acción ante los tribunales del Estado Parte donde tenga su “residencia principal y permanente” (definida en el art. 33.3) y en el que el porteador tenga presencia operacional efectiva⁸⁹.

⁸⁵ Y al igual que las relativas a la documentación (y como señala MENDELSON, Allan I.: “Domicile and the Warsaw System”, *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXII-1, 1997, p. 146) es esta otra de las materias que necesitaban de intervención legislativa por estar sustraída al radio de alcance de las iniciativas de la industria.

⁸⁶ O como señala MILDE, *op. cit.*, p. 182, objetivo primario de la uniformización del Derecho internacional privado debe ser, no solo minimizar el conflicto de leyes, sino también evitar el conflicto de jurisdicciones.

⁸⁷ *Vid.* DE JUGLART, *op. cit.*, p. 1043.

⁸⁸ Que incluía en su art. XII una regla muy similar, y que a su vez había encontrado inspiración en el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte del Equipaje de Pasajeros por Mar de 1967 (*vid.* GEHRINGER, Axel: “After Carnival Cruise and Sky Reefer: an Analysis of Forum Selection Clauses in Maritime and Aviation Transactions”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 66, 2001, pp. 669 y ss.).

⁸⁹ Esta condición referida a la presencia operacional efectiva del porteador (*vid.* PICKELMAN, *op. cit.*, pp. 300-301) que en Guatemala, de forma más bien restrictiva, se identificaba con la existencia de un establecimiento del porteador en el territorio del Estado del tribunal, exige en Montreal que el porteador preste servicios de transporte desde o hacia dicho Estado, con aeronaves propias o ajenas, y que realice dichos servicios desde “locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene acuerdo comercial”. Esta no muy clara redacción en realidad fue adoptada para hacer esta condición más amplia hasta comprender los casos en que el porteador presta servicios a través de acuerdos de código compartido (*code sharing*) o acuerdos de similar naturaleza y carácter estable (excluidos los de mera agencia, art. 33.3.b), habida cuenta de su cada vez más frecuente empleo en el tráfico (*vid.* PRADHAN, Devendra: “The Fifth Jurisdiction Under the Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody?”, *J. Air L. & Com.*, Vol. 68, 2003, p. 270; WEBER y JAKOB, *op. cit.*, p. 344).

Como fácilmente se percibe, y en fenómeno que ya se ha señalado común al conjunto de normas sobre transporte de personas, la quinta jurisdicción está claramente orientada hacia la protección del pasajero como consumidor, que a este respecto recibía en el Sistema de Varsovia el mismo tratamiento que el cargador de mercancías. Si bien dicho Sistema podría en este aspecto considerarse en cierto modo favorable al demandante, al reconocérsele a él el derecho a optar por una de las jurisdicciones competentes, lo cierto es que las cuatro reconocidas en el mismo tienen una orientación claramente favorecedora para el porteador⁹⁰. Las críticas que se han dedicado a la quinta jurisdicción la consideran como una amenaza para la uniformidad y seguridad perseguidas por el Convenio, en tanto con la misma se dificultará enormemente la litigación al porteador, que puede contar en sus vuelos con pasajeros de muy diferentes orígenes (residencias), y se dará entrada a toda una variada gama de diferentes ordenamientos para la determinación y cálculo de los daños indemnizables⁹¹. A esta idea, sin embargo, se ha opuesto el hecho de que realmente la quinta jurisdicción se aplicará y beneficiará al demandante en un número de casos relativamente pequeño y que puede entenderse residual respecto de los ya cubiertos por los preexistentes cuatro foros disponibles⁹².

90 Como señalan MENDELSON, Allan I. y LIEUX, Renee: "The Warsaw Convention Article 28, the Doctrine of Forum Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff", *J. Air L. & Com.*, Vol. 68, 2003, pp. 75 y 79; HEINONEN, Jukka: "The Warsaw Convention Jurisdiction and the Internet", *J. Air L. & Com.*, Vol. 65, 2000, pp. 460-461, pues las opciones giran en torno al domicilio o establecimiento del porteador: se trata del Estado Parte donde el porteador tenga su domicilio, o su principal establecimiento u oficina, o el establecimiento a través del cual haya sido celebrado el contrato o, finalmente, el Estado parte donde se halle el lugar de destino.

91 Esta crítica, que arranca de la ya en su momento realizada a la cláusula II.1 del IIA permitiendo la elección de la legislación del domicilio del pasajero para la determinación de los daños indemnizables (*vid.* KADELTZ, Andreas: "Passenger Domicile as a Relevant Point of Contact: an Obituary of Uniform Private Air Law?", *Ann. Air & S. L.*, Vol. XXII-1, 1997, *passim*; cfr. MENDELSON, *op. cit.*, p. 142-143) es realizada por MOORE, Larry: "The New Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: an End to the Warsaw Convention", *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 9, 2001, pp. 229-230, quien señala además que de este modo se dará entrada a importantes diferencias entre las indemnizaciones decretadas, dado el diferente criterio de la legislación de cada Estado.

92 Por lo que el menoscabo de la uniformidad como objetivo no es achacable a la introducción de la quinta jurisdicción, en una materia, como es la determinación y el cálculo de los daños a ser indemnizados, originariamente no cubierta por el Derecho uniforme y expuesta por tanto a ser resuelta conforme a los diferentes Derechos nacionales subsidiariamente aplicables. La afirmación arriba apuntada la explican MENDES DE LEON y EYSKENS, *op. cit.*, pp. 1163-1164, poniendo de relieve que la quinta jurisdicción (cuando se den las condiciones que exige) sólo será útil a aquéllos pasajeros que hayan comprado el billete (contratado el transporte) fuera del Estado donde residen y para un recorrido de ida y vuelta entre los referidos lugar y Estado (o, podemos añadir, entre el dicho lugar y un tercer Estado diferente al de su residencia, ya sea de ida y vuelta o sólo de ida, y, en supuesto poco frecuente, cuando el billete es adquirido en un país diferente al Estado de residencia y el lugar de origen del vuelo –salvo que el lugar de destino sea el Estado de residencia–) pues en el resto de los casos el Estado de su residencia coincidirá con el de alguno de los otros cuatro foros competentes conforme al art. 33.1: si el pasajero vuela hacia su país de residencia, con el del lugar de destino; si vuela desde su país de residencia y el viaje es sólo de ida, normalmente con el lugar donde contrató el transporte; si vuela desde su Estado de residencia a otro diferente

Frente al señalado inconveniente⁹³, los beneficios en cambio reconocidos a la quinta jurisdicción son numerosos, y algunos de ellos afectan igualmente al porteador. En primer lugar, con la norma se elimina una barrera a la litigación para el pasajero que en el marco del Sistema de Varsovia no tiene otra opción que litigar en un foro extraño y que de hecho convierte la de no reclamar en la opción más razonable⁹⁴. En segundo lugar, esta medida abunda en la línea de otras adoptadas con un específico objeto con la eficiencia normativa como trasfondo, eliminar la litigación guiada por el *forum shopping*, en tanto se proporciona al pasajero la posibilidad de reclamar en el foro que le resulta más accesible⁹⁵. En relación con esta última idea se ha llegado a afirmar que, lejos de complicar la resolución de conflictos abriendo litigios derivados de un mismo accidente en múltiples y diferentes lugares, la nueva norma contribuirá a la solución extrajudicial de los mismos⁹⁶.

Dentro de este apartado conviene llamar la atención igualmente sobre el impacto que el empleo de medios de comunicación electrónicos en la contratación del transporte podrá tener en la determinación de la jurisdicción competente y la aplicación del art. 33 en tales situaciones. Realmente, si centramos el problema en la aplicación de la quinta jurisdicción, la dificultad se reduce a la posibilidad de entender presente la presencia operacional del porteador en el lugar de residencia del pasajero por la mera distribución en el territorio de dicho Estado de los servicios de transporte por vía electrónica (es decir, a través de una página web, ya sea propia o de otro porteador con el que tenga celebrado un acuerdo de código compartido o similar) y siempre que se den el resto de las condiciones necesarias⁹⁷. El problema se presenta con mayor dificultad en el segundo de los

con un billete de ida y vuelta, igualmente con el lugar de destino (pues en este caso el lugar de destino coincide con el lugar de origen del primer trayecto, *vid.* sobre este concreto punto MACINTYRE, James D.: "Where Are You Going? Destination, Jurisdiction and the Warsaw Convention: Does Passenger Intent Enter the Analysis?", *J. Air L. & Com.*, Vol. 60, 1994-1995, pp. 682-683).

⁹³ Entre otros que pueden plantearse en este punto, como el derivado del hecho de que la quinta jurisdicción se aplique sólo a los daños personales y no a los daños en el equipaje, lo que podrá obligar al pasajero que desee reclamar en ambos conceptos a iniciar procedimientos en foros diferentes (MENDES DE LEON y EYSKENS, *op. cit.*, p. 1161).

⁹⁴ Dado el alto coste que en caso contrario afrontaría, que en ocasiones superará a la indemnización esperable calculada sobre la probabilidad de la misma (*vid.* MCKAY, *op. cit.*, p. 80; PRADHAN, *op. cit.*, p. 728)

⁹⁵ MENDELSON y LIEUX, *op. cit.*, p. 112-113; PRADHAN, *op. cit.*, pp. 724 y 728.

⁹⁶ Así MENDELSON, *op. cit.*, pp. 141 y 145, se centra en el papel que en este fenómeno podrán tener las compañías aseguradoras, las realmente expuestas a este riesgo, quienes dispondrán de infraestructura y asistencia jurídica en las diferentes plazas y, conocedoras a través de la misma de la medida de los daños en cada jurisdicción, podrán proponer y concluir acuerdos razonables con las víctimas e integrar el referido proceso en el cálculo actuarial de los riesgos asegurados y, por tanto, las primas.

⁹⁷ Es decir, que el porteador preste servicios de transporte hacia o desde el referido Estado. Realmente, dándose esta condición lo inmensamente más frecuente será que se dé la referida a los "locales" con los que (en cualquier modo) realice la prestación de los servicios de transporte, pues como tales podrán ser considerados cualesquiera instalaciones, propias o ajenas, empleadas para el servicio. En relación con lo dicho proponen MENDES DE LEON y EYSKENS, *op. cit.*, p.

criterios enunciados en el art. 33.1, que se refiere al lugar donde el porteador disponga de un establecimiento u oficina a través de la que (“por conducto de la cual”, conforme a la versión castellana) se haya celebrado el contrato, pues es este criterio respecto al cual el empleo de medios electrónicos, especialmente en redes abiertas (como Internet), para la comercialización de los servicios desemboca en la “deslocalización” del elemento físico⁹⁸, el establecimiento o la oficina, sobre el que se asienta esta norma que, no olvidemos, proviene del sistema de Varsovia⁹⁹. La dificultades que la solución de este punto presenta, y por tanto la relativa utilidad de este criterio en un entorno electrónico, convierten a la quinta jurisdicción en especialmente útil en los casos en que para la contratación del transporte de hayan empleado medios telemáticos.

4. El camino de vuelta

Para cerrar este breve comentario sobre el Convenio de Montreal deseamos dejar constancia de algo que no por fácilmente perceptible deja de ser de interesante atención. Como se ha señalado en el párrafo inicial, la elaboración de un Convenio y la labor uniformizadora que persigue suele tener un camino de ida y uno de vuelta. El camino de ida, desde el ámbito nacional al internacional (desde dentro hacia fuera), se caracteriza por un proceso de puesta en común o de compromiso entre las normas y principios domésticos de los Estados implicados en su negociación y elaboración que, con todo, no logra en ocasiones eliminar la presencia de elementos nacionales en el resultado final¹⁰⁰. El camino de vuelta es el inverso (de fuera hacia dentro), y es el que las normas uniformes recorren para acabar incorporándose al Derecho nacional y regir en el ámbito de aplicación del mismo la materia en cada caso regulada¹⁰¹.

1163 que en la expresión empleada por el art. 33.2 se incluyan las páginas web, como también los *call centers*, mediante los cuales se distribuya el transporte, lo que, señalan, en el primer caso podrá llevar a considerar relevante la localización geográfica del equipo o servidor donde se halle alojada la página.

⁹⁸ Vid. más ampliamente PERRIT, Henry H.: “Jurisdiction in Cyberspace”, *Vill. L. Rev.*, Vol. 41, núm. 1, 1996, pp. 2 y ss.

⁹⁹ Una solución acorde con la protección el pasajero perseguida por el Convenio sería interpretar esta norma de modo que se considerase el establecimiento en estos casos situado allí donde el pasajero se encuentre y acceda a la página web del porteador (o su agente) al objeto de contratar el transporte. Esto es lo que propone HEINONEN, *op. cit.*, pp. 490 y ss., sobre la idea de que es el porteador sobre quien deben hacerse recaer los riesgos asociados a los aludidos medios. A este respecto no debe olvidarse, sin embargo, que nos hallamos en el terreno de las jurisdicciones que resultan competentes en el transporte tanto de personas como de mercancías.

¹⁰⁰ Tal como señala GOPALAN, *op. cit.*, pp. 811, 816-817.

¹⁰¹ En fenómeno experimentado ya (con mucha anterioridad en algunas ocasiones) por otros convenios de transporte que han acabado por ser incorporados al Derecho interno o reproducidos en leyes nacionales, o, en otros casos, por influir (con intensidad variable) en las normas de la legislación interna (como ha sucedido con las Reglas de La Haya –Convenio de Bruselas para la Unificación de ciertas Reglas Relativas a los Conocimientos de Embarque, Bruselas de 1924- y las Reglas de la Haya Visby –Convenio de Bruselas de 1924 enmendado por el Protocolo de Visby de 1968-, o las Reglas de Hamburgo –Convenio de las Naciones Unidas para el Transporte de Mercancías por Mar de 1978-, entre otros).

Si hablamos del Derecho uniforme sobre el transporte aéreo de pasajeros, y en el ámbito de la Unión Europea, este camino de vuelta ha sido completado, aún de forma algo tortuosa, por el Convenio de Montreal, cuyos principios sobre responsabilidad habían sido ya acogidos por el Reglamento 2027/97¹⁰², siguiendo las soluciones de las iniciativas de la industria, y que han venido a ser expresamente acogidos por el Reglamento 889/2002¹⁰³. En lo que al contrato de transporte de pasajeros se refiere y (entre otras) sus implicaciones más importantes, en particular las relativas a la responsabilidad del porteador, nos hallamos en un supuesto en el que la distinción entre contratos nacionales e internacionales (cuando el transporte sea realizado por una compañía aérea comunitaria) ha perdido sus tradicionales valor y efectos¹⁰⁴, y el Derecho doméstico sobre este punto anteriormente existente ha perdido (de hecho) su vigencia¹⁰⁵.

102 Reglamento (CE) del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre la responsabilidad del porteador aéreo en caso de accidente (*DOCE* L 285, de 17 de octubre de 1997, pp. 0001-0003), que para otros puntos se remitía al Sistema de Varsovia.

103 Reglamento (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (*DOCE* L 140, de 30 de mayo de 2002, pp. 0002-0005).

104 Como criterio tradicionalmente empleado en los convenios internacionales para delimitar sus respectivos ámbitos de aplicación (y entre ellos los integrados en el Sistema de Varsovia y el propio Convenio de Montreal) dada la, en expresión de GOPALAN, *op. cit.*, p. 824, reticencia de los legisladores nacionales a la rendición de lo que consideran parte de su exclusivo dominio.

105 Con ello se consigue eliminar una de las principales limitaciones al objetivo (y efecto) armonizador de este tipo de instrumentos (GOPALAN, *loc. ult. cit.*) y se unifican principios nacionales e internacionales (*vid. asimismo HONKA, op. cit.*, p. 127). Y es que en este punto, mientras el art. 3.1 del Reglamento 2027/97 enmendado (*vid. art. 1* Reglamento 889/2002) se remite al Convenio de Montreal, el art. 1 establece la aplicación de sus normas al transporte realizado dentro de los límites del territorio de los Estados Miembros (*vid. GABALDÓN, op. cit.*, p. 4, quien señala que la situación en la que son prestados servicios de transporte aéreo dentro del territorio de un Estado Miembro por una compañía no comunitaria solo cabe ser enunciada en tono hipotético, dado el actual estado de liberalización del sector en el ámbito comunitario).

Las bases de datos de perfiles de ADN y su (des) protección en Europa

Carlos Reusser Monsálvez*

SUMARIO: 1. Explicaciones generales de la teoría del ADN. 2. ADN codificante y ADN no codificante. 3. Características e implicancias de los perfiles de ADN. 4. Perfiles de ADN y protección de datos personales. 5. Alcances al estatuto jurídico del perfil de ADN en cuanto dato personal. 6. Los perfiles de ADN, ¿son datos públicos o datos sensibles?. 7. Conclusiones finales.

Resumen

El presente artículo aborda la problemática del ADN no codificante, específicamente de las llamadas "huellas de ADN". Se analiza el interés, tanto del Estado como de los grupos económicos privados, en hacerse de esta información y construir con ella sistemas de bases de datos como forma de eliminar todo riesgo en función de sus objetivos. Estos intereses nacen del hecho de que a partir del ADN no codificante puede establecerse, respecto de cada persona, una secuencia alfanumérica única e irreplicable, impresa en todas y en cada una de sus células en forma indeleble e inmodificable. La investigación demuestra que los cuerpos normativos vigentes no son hábiles para cautelar el derecho fundamental a la protección de datos en estos aspectos, se analizan algunas alternativas doctrinales y se aporta una solución interpretativa del autor.

Palabras clave: Perfiles de ADN. Protección de datos. Autodeterminación informativa. Información genética.

Abstract

This article gets into the problematical subject of non-codifying DNA, specifically the so-called "DNA traces". Both government and private economic groups are analyzed for their interest in obtaining this information and building with it database systems as a way of minimizing risk according to their objectives. The interests originate in the fact that from non-codifying DNA a unique, non-repeatable alpha-numeric sequence matching

Recibido: 10/12/2004 • Aceptado: 21/12/2004

* Master en Informática y Derecho y Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid; Experto en Gestión del Conocimiento por la Universidad Carlos III de Madrid, Diplomado en Derecho Informático y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Investigador Académico del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile.

all individuals can be produced, this sequence is imprinted in all the individual's cells in a non-erasable and non-modifiable way. The investigation shows that all current governing bodies are not able to protect the fundamental right of personal data protection in these aspects, a few doctrinal alternatives are analyzed and the author's interpretative solution is presented.

Keywords: DNA profiles. Personal data protection. Informative Self-determination. Genetic Information.

1. Explicaciones generales de la teoría del ADN

Pocas noticias científicas han tenido tanta y tan vasta difusión en el planeta como son las relativas a las tecnologías de ADN y su punta de lanza conocida como "Proyecto Genoma Humano", iniciativa emblemática de la comunidad científica internacional que pretende descubrir la secuencia completa del ADN de los seres humanos (y que lo logró en abril del año 2003 con el apoyo de la empresa privada *Celera Genomics*), para luego encontrar su localización precisa dentro de cada cromosoma y así estudiar la relación entre las distintas partes de la secuencia y las características genéticas de las personas.

El camino para alcanzar estos fines no sólo ha implicado el espectacular posicionamiento de la biología molecular como disciplina, sino que también ha significado el desarrollo de las tecnologías de la información, las que ahora no sólo trabajan combinadamente, sino que han caminado progresivamente a "la disolución de las fronteras entre la biología (lo *natural*) y las máquinas (lo *artificial*)", ello por que "la revolución de la información se desarrolla al mismo tiempo que la revolución de la ingeniería genética, cuyo descendiente es la biotecnología"¹. Las consecuencias de estos progresos son insospechados hasta hoy día, por lo que siempre requerirán la atención permanente de la sociedad civil, sobre todo si consideramos que dramáticos hechos del siglo XX evidenciaron que la ciencia no es neutral ni aséptica respecto del medio en que se desarrolla.

Pero abordando derechamente el fondo del asunto que nos ocupa debemos preguntarnos, ¿qué es el ADN?. La respuesta nos indica que básicamente el ADN o ácido desoxirribonucleico es un conjunto de moléculas en las cuales está consignada toda la información genética de un ser vivo, es decir, de los animales y las plantas, y se encuentra replicada en todas y cada una de las células de los organismos².

¹ Ambas afirmaciones corresponden a Reg WHITAKER, *El Fin de la Privacidad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pág. 78.

² Estas explicaciones preliminares están basadas fundamentalmente en los capítulos introductorios de las obras de Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Genes y sus Leyes*. Editorial Comares, Granada, 2002, y de Juan Miguel MORA SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN*. Editorial Comares y Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao – Granada, 2001.

El ADN está compuesto por una sucesión de moléculas, también llamadas *bases nitrogenadas*, unidas entre sí por azúcares y fosfatos a manera de esqueleto, formando una secuencia continua de *bases* las cuales solamente son cuatro: adenina, timina, citosina y guanina (a las cuales se les identifica por sus respectivas iniciales, esto es, A, T, C, y G)³, las que se combinan y recombinan sucesivamente hasta conformar los aproximadamente 30.000 genes del ser humano (cada gen tiene un largo variable que va de miles a millones de pares de bases nitrogenadas), los cuales “*constituyen la unidad física y funcional de la herencia*”⁴, en el decir del profesor Romeo Casabona, la cual se transmite de padres a hijos gracias a las características propias del ADN, como es su carácter único e inequívoco⁵, su permanencia e inalterabilidad (normalmente no varía a lo largo de la vida del individuo), su indestructibilidad (salvo supuestos de destrucción total del cuerpo, e.g., por incineración), y su carácter de constituir información no voluntaria.

2. ADN codificante y ADN no codificante

Los 30.000 genes señalados anteriormente en realidad corresponden sólo al 10% de los tres mil millones de pares de bases nitrogenadas y a este 10% se le denomina ADN codificante, por que tiene la capacidad de codificar proteínas, además de presentar como característica una escasa variabilidad de una persona a otra. Su importancia radica en que no sólo contiene la información de todas las características físicas de los seres vivos (que se transmiten generacionalmente por intermedio de las células sexuales), sino que determina la individualización de los mamíferos superiores y es la base de la evolución en razón de que la transmisión del código genético a los hijos o descendientes no es idéntica o exacta; en resumen, el ADN codificante o genoma es información sobre el individuo, sobre la familia biológica y sobre la especie en general.

¿Y que ocurre con el 90% de pares de bases restante? El resto de las secuencias no están constituidas por genes y, aunque se ignora hasta hoy día la función de los pares “sobrantes”, se tiene certeza en cuanto a que no tienen relación con la herencia, ni codifican proteínas, recibiendo por exclusión la denominación de ADN no codificante o *no esencial*; sin embargo, por ser una de sus características la hipervariabilidad que presenta de un sujeto a otro, esto brindó la insospechada posibilidad de representar alfanuméricamente esta variabilidad a través de unas secuencias características propias de cada persona, lo que dio lugar al concepto de huellas de ADN (*DNA fingerprints*) o perfiles de ADN, esto es, un código anónimo diferenciador,

³ Esto es interesante, pues si consideramos que el hombre está *escrito* en 4 valores, también deberemos tener presente que las máquinas “inteligentes” que éste ha inventado sólo están escritas en dos valores, o sea, los números “0” y “1”, base del sistema binario.

⁴ Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Genes y sus Leyes*. Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, pág. 8.

⁵ Estadísticamente la probabilidad de que dos personas tengan un mismo código genético es de una entre 50 trillones, al igual que con las huellas dactilares, de acuerdo al “Draft Recommendation on the use of analyses of DNA within the framework of the criminal justice system and Draft Explanatory Memorandum”, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1991, pág. 9.

Una secuencia de números y letras, que identifica a una persona, porque representa ciertas características que en su conjunto resultan exclusivas, encontradas en lugares específicos de su estructura de ADN y que no entregan otro tipo de información sobre su titular⁶.

3. Características e implicancias de los perfiles de ADN

De lo dicho se deduce claramente la importancia que tienen los perfiles de ADN como sistema infalible de identificación, pues las características, como son su transmisibilidad hereditaria (procede en partes iguales de su padre y madre, lo que determina su superioridad como método de individualización respecto de otros tipos de huellas), su universalidad (se encuentra presente en el ADN de todas las células) y, por supuesto, que se trata claramente de un mecanismo privilegiado de identificación, con todas las implicancias sociales, económicas, jurídicas y políticas que ello conlleva.

Quizás éste sea uno de los temas que en forma más intuitiva y efectiva se ha traducido en una reacción internacional con un posicionamiento público relevante, aun cuando podría ser sólo la expresión del temor o la desconfianza que generan estas cuestiones entre la ciudadanía, sobre todo al considerar las regresiones democráticas de los últimos años (aguzadas por las amenazas reales o imaginarias del terrorismo) que han llevado a exacerbar el rol de los Estados en el control social directo e indirecto y el desarrollo de un ingente poder de observación por las corporaciones privadas.

En definitiva, asistimos a una época en que la información genética es un bien muy codiciado por diversos entes, quienes consideran estos datos como claves de sus procesos de toma de decisiones. Tal es el caso de las compañías de seguro, empresas químicas y farmacéuticas, empresas de colocaciones, empleadores en general y, desde luego, del principal tenedor de datos del país: el Estado.

Especialmente preclaro ha sido al respecto Reg WHITAKER, quién ha dicho:

Los augurios respecto del control gubernamental de las bases de datos se hacen aún más sombríos con el desarrollo cada vez más importante de conexiones mediante interfaz con el sector privado, lo que conlleva diversas transferencias de datos. Ericsson y Haggerty, por ejemplo, concluyen, tras su investigación sobre la institución policial, que la cantidad de información que entra en sus bases de datos, así como la velocidad de acceso a las mismas, han transformado su naturaleza: de ser uno de los servicios más reservados del gobierno ha pasado a convertirse,

⁶ Esta definición corresponde a una corrección que hemos hecho de la original, que pertenece a Fernando GARCÍA DÍAZ (*Huella Genética e Investigación Criminal*. Editorial Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2004, pág. 37), pero que incorporaba elementos que llamaban a confusión, pues rezaba “Una secuencia de números y letras, que identifica a una persona, porque representa ciertas características **genéticas** que en su conjunto resultan exclusivas, encontradas en lugares específicos de su **estructura genética** y que no entregan otro tipo de información sobre su titular”. Como se explica aquí, el ADN no codificante no contiene genes, *ergo*, no le es aplicable el apelativo de “genético”.

gracias a las nuevas tecnologías, en un servicio de información para instituciones como las compañías de seguros, las mutuas de salud u otros servicios de asistencia social. **El interés común que comparten tanto la policía como estas organizaciones privadas consiste en la eliminación del riesgo**⁷.

4. Perfiles de ADN y protección de datos personales

En la actualidad, los sistemas informáticos son hábiles para el tratamiento automatizado de la información, tanto textual como de imágenes y sonido, en volúmenes que hasta hace muy poco tiempo no parecían posibles. Esto ha permitido la creación de grandes ficheros estructurados en que se almacenan dichos documentos, que son susceptibles de ser relacionados y consultados fácilmente a través de procedimientos específicos. Por supuesto, esta es la lógica que está detrás de las bases de datos de ADN o, más específicamente, las bases de datos de perfiles de ADN, las cuales son promovidas por el Estado con miras de investigación criminal, búsqueda de personas desaparecidas e identificación general para efectos civiles (e.g. reconocimiento de paternidad).

Conforme a los estatutos jurídicos generalmente reconocidos, las huellas de ADN son datos personales y esa consideración nos impone analizar de acuerdo con esa naturaleza los mecanismos de protección que se han previsto por la normativa a su respecto; ello nos permitirá una adecuada calificación de los datos de ADN dentro de las distintas categorías de datos, para luego determinar quiénes pueden tratar información de este tipo con finalidades de investigación e identificación y cómo sería lícito realizar estas operaciones.

En efecto, el estatuto jurídico de protección de datos personales es un tema presente e inevitable de ser considerado al momento de decidir sobre la construcción de una base de datos de perfiles de ADN. Los principios y normas que rigen la materia necesariamente la informarán, e incluso influenciarán o determinarán su forma y contenidos.

No en vano el Tribunal Constitucional español, en sentencia 292/2000 de 30 de noviembre, precisó expresamente que son datos sujetos al derecho fundamental a la protección de datos:

Todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquiera otra índole, **o que sirvan para cualquiera otra utilidad que en determinadas circunstancias constituyan una amenaza para el individuo**⁸.

No cabe duda que los datos de perfiles de ADN cumplen sobradamente con este requisito, pues su tratamiento permite entre otros males la concreción de las más atávicas amenazas del Estado totalitario que, traducidas a un lenguaje de estilo *gangsteril* cinematográfico, son equivalentes a decir: “Sabemos quién eres, qué es lo que has hecho, qué es lo que haces y dónde has estado. Y, por supuesto,

⁷ WHITAKER, op. cit, pág. 159; lo destacado es nuestro.

⁸ Lo destacado es nuestro.

sabemos quiénes son tu familia”. En todo caso, a pesar de esta espada de Damocles, estamos ciertos que en la Sociedad de la Información no es posible cerrar las Puertas al tratamiento de este tipo de datos, pues como nos recuerda el profesor SAARENPÄÄ:

No, no podemos manejarnos sin disponer de datos personales. Estamos acostumbrados a usar diferentes formas de identificación, desde nuestro nombre o una imagen hasta diversos identificadores biométricos. Usamos estas formas de identificación para comprobar nuestra identidad y permitirnos ser identificados en diferentes situaciones⁹.

Por ende, es y será la identificación el elemento que nos permite tomar una posición en el desarrollo de las cosas y de los hombres.

5. Alcances al estatuto jurídico del perfil de ADN en cuanto dato personal

Por supuesto que el punto de partida de este análisis será la consideración que “dato” es aquel antecedente o noticia primera que permite investigar acerca de la verdad de un hecho; y “personal” será cualquier antecedente o noticia que proporcione información acerca de las circunstancias de una persona. Así lo ha recogido el legislador comunitario, cuando la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo, dispone que es dato personal: “*Toda información sobre una persona física identificada o identificable*”¹⁰.

Como podemos apreciar, el concepto considera dato personal a “*toda información*”; por tanto se trata de un concepto amplio, que no discrimina los datos por su naturaleza ni por el soporte en el cual consta. Abarca tanto imagen, sonido, o conjuntos de caracteres grafológicos y/o numéricos, debiendo tenerse presente que pueden manifestarse por distintos medios y adoptar diversas formas de representación. Esto es importante de tener en cuenta al examinar lo referido a los datos de perfiles de ADN, por cuanto en primer lugar podemos sostener *a priori* que son datos personales, y en segundo lugar, que pueden constar en distintos soportes.

Ahora bien, aun cuando constituye una máxima generalmente aceptada que los datos de carácter personal deben ser objeto de un régimen de garantías en tanto son necesarios para la protección de la persona, no todo dato goza del mismo nivel de protección. En efecto, conforme a la normativa, la doctrina y la jurisprudencia, estos son susceptibles de una **clasificación** a partir de sus condiciones de las mayores o menores posibilidades de afectación de las garantías fundamentales comprometidas.

⁹ Ahti SAARENPÄÄ, “Europa y la Protección de Datos Personales” en *Revista Chilena de Derecho Informático* n° 3, editada y publicada por el Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2003, pág. 15.

¹⁰ Artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 23 de Noviembre de 1995.

Es así como dentro de los datos de carácter personal se ha establecido un orden de prelación, que va desde datos públicos o irrelevantes, hasta datos “sensibles” o especialmente protegidos, previéndose para cada uno de estos tipos un régimen de protección diferenciado.

De esta manera, cada uno de ellos ocupará un lugar en el orden de prelación atendiendo principalmente a su naturaleza y aptitud para vulnerar, mediante su difusión, los derechos fundamentales objeto de la protección. Dicho de otra forma, para determinar la ubicación que corresponde a cada tipo de dato de carácter personal dentro de dicha escala deberemos atender al grado de riesgo de vulneración de derechos fundamentales que el tratamiento de esos datos lleva implícito.

De esta manera, y siguiendo el criterio antes enunciado, se reconocen las siguientes categorías de datos de carácter personal, a saber:

En primer lugar los **datos públicos**, que son aquellos que “*de acuerdo con el valor que les atribuye la conciencia social, son conocidos por cualquiera*”¹¹. Se caracterizan porque son comúnmente conocidos por la generalidad de las personas o, al menos son fácilmente accesibles por encontrarse en registros públicos de libre acceso, tales como guías telefónicas. Originalmente también se les denominó “datos irrelevantes”, pero actualmente se tiene plena conciencia de que no hay datos personales irrelevantes, pues por escasa importancia que parezca tener un dato individualmente considerado, al relacionarlos con otros suelen adquirir un valor trascendental¹².

En contraposición a los anteriores, los **datos sensibles** son aquellos que conforme al valor que les asigna la conciencia social, “*solamente serán conocidos o por voluntad del titular o en circunstancias especiales y tasadas por las leyes*”¹³. Estos datos se refieren a cuestiones especialmente delicadas, directamente vinculadas con el núcleo de la personalidad y dignidad humana, que incluso pueden inducir a decisiones discriminatorias a su respecto o cuya revelación constituirá una lesión a su intimidad, propia imagen, honor, libertad sindical, etc. Es por esto que se les engloba dentro de la categoría de “especialmente protegidos”, en cuanto el legislador es extremadamente cuidadoso al momento de señalar los procedimientos y limitaciones en su tratamiento. Siendo así, la Directiva en principio prohíbe su tratamiento, salvo circunstancias específicas que se exigen como condición legitimante del tratamiento de datos personales, e.g., el consentimiento del interesado.

Y aquí se inicia el problema, pues una cuestión tan relevante como si una secuencia alfanumérica que identifica inequívocamente a una persona respecto de toda la humanidad es un dato público o sensible, no está del todo resuelta.

11 Miguel Ángel DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Informático*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 55.

12 Así lo reconoce expresamente la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983, que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la ley de Censo y da lugar al *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* (derecho a la autodeterminación informativa); fue traducida al castellano por Manuel Daranas y se encuentra publicada en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional N° 33 de las Cortes Generales. Madrid, 1984, págs. 126 a 170.

13 Idem.

6. Los perfiles de ADN, ¿son datos públicos o datos sensibles?

De que los datos de perfiles de ADN son datos personales no nos cabe ninguna duda; nuestra interrogante es si estamos ante datos públicos o datos sensibles (y el porqué, desde luego) y la respuesta que demos es crucial para determinar el futuro del derecho fundamental a la protección de datos.

De acuerdo al artículo 8 N°1 de la Directiva, son datos especialmente protegidos los que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los **datos relativos a la salud** o a la sexualidad.

En principio los perfiles de ADN están fuera de esta categoría, quedando en el mismo nivel que una dirección de *e-mail* o un número de teléfono, a pesar de que es a todas luces inconveniente desde una perspectiva de protección de derechos fundamentales.

¿Y que pasa si hacemos el ejercicio de incluirlos dentro de los datos sanitarios? Si tenemos éxito, es decir, si llegamos a determinar que los datos de perfiles de ADN se encuadran dentro de los datos sanitarios, habremos solucionado nuestro problema, pues tanto el Convenio 108 del Consejo de Europa en su artículo 6 como la Directiva 95/46/CE dan reglas especiales respecto de los datos de salud o sanitarios, sometiéndolos a un régimen de protección estricto, impidiendo que estos sean tratados en sistemas automatizados a menos que el Derecho de los Estados establezca un adecuado sistema de garantías lo que, por supuesto, determinaría requisitos y consideraciones muy distintas al momento de abordar la construcción de un sistema informatizado de datos.

Pero, ¿son los perfiles de ADN realmente datos sanitarios?

Si seguimos a los autores MURILLO DE LA CUEVA o a COLLADO GARCÍA-LAJARA, podríamos llegar a una conclusión positiva, pues el primero de ellos sostiene que esta expresión incluye tanto a los datos médicos como todo otro que diga relación con la salud o el cuerpo humano, como es el caso del código genético¹⁴, y el segundo clasifica los datos sanitarios en datos médicos y datos genéticos, aunando en este concepto tanto los datos inmediatamente vinculados con la salud, como la información genética¹⁵.

A pesar de que por razones de protección de derechos lo anterior bien valdría como principio general, es decir, establecer *prima facie* que todos los datos de ADN son sanitarios¹⁶, la verdad es que sólo son tales los que corresponden a aquella parte del ADN llamado codificante (que representa el 10% de la

14 Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, “La publicidad de los archivos judiciales y la confidencialidad de los datos sanitarios”, en *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario* (2000), editado por Fundación MAPFRE, Madrid, 2001, pág. 81.

15 Enrique COLLADO GARCÍA-LAJARA, *Protección de Datos de Carácter Personal. Legislación, comentarios, concordancias y jurisprudencia*. Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 25, en comentario al artículo 8° de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

16 Una tendencia doctrinaria actual es considerar que toda la información del ADN es genética, no por que ontológicamente lo sea, si no por que es una forma rápida de extender la protección; esta posición no la compartimos en absoluto, no sólo por que el razonamiento de fondo basa la

información de ADN), mas el ADN no codificante (el 90% restante), conocido en un primer momento como “ADN basura”, no reúne tal calidad.

Esto último se explica al considerar que las secuencias repetitivas y características de ADN que se encuentran dentro del ADN no codificante de cada persona y que son únicas respecto de todas las demás¹⁷, esto es, los llamados perfiles de ADN, ontológicamente no son datos sanitarios ya que a) no revelan por sí mismos ninguna característica sobre el estado de salud de una persona, y b) tampoco son propiamente genéticos; son sólo un conjunto de secuencias no susceptibles de ser calificadas como genes (y por tanto no aportan información sobre ellos), aun cuando sepamos que integrados en una base de datos personales pueden revelar identidad.

Es por esto que estimamos que no podremos estarnos al *status* jurídico de datos sanitarios al momento de definir la naturaleza jurídica de los datos que nos ocupan, lo que implica que no le son aplicables sus principios éticos o bioéticos particulares, como tampoco las concepciones sobre autonomía del paciente y su normativa especial nacional e internacional.

Esta posición, aunque podría ser polémica, es plenamente compatible con la Recomendación n° 5 de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre protección de datos médicos* (dentro de los cuales incluye a los datos genéticos), la cual definió como tales a “*todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativo a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados*”.

Pero a esta altura es claro que los perfiles de ADN nada dicen sobre los patrones hereditarios de una persona o de su grupo familiar, no siendo posible adherirlos a esta categoría pues, conforme al estado de la ciencia, “*no son realmente genes y por tanto de su estudio no obtendremos información alguna acerca de características físicas o fenotípicas del individuo*”¹⁸.

En todo caso, como la misma Recomendación del año 1997 se refiere a la factibilidad del tratamiento de datos genéticos con fines de investigación criminal, debemos entender que la recomendación, conforme a su tenor general, mantiene su vigencia respecto del ADN codificante, más no respecto de los perfiles de ADN, a los cuales es inaplicable.

Otro tanto diremos respecto de si los datos de perfiles de ADN caben dentro de la categoría que la Directiva 95/46/CE en su artículo 8 n° 1 llama “categorías especiales de datos”, es decir aquellos especialmente protegidos por estar referidos a raza y/o etnia, opiniones políticas, pertenencia a sindicatos, convicciones filosóficas y/o religiosas, salud y/o sexualidad; sólo cabrían aquí los datos de ADN codificante, más no los perfiles de ADN por las razones ya explicadas,

protección en la ignorancia, si no por que llevará más tiempo el intentar convencer de esta idea que a la tecnología el desbaratarla.

¹⁷ Con excepción de los gemelos homocigóticos, por supuesto.

¹⁸ Oscar GARCÍA y Antonio ALONSO, “Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial” en *Bases de Datos de Perfiles de ADN y Criminalidad*, Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, pág. 29.

sobre todo si consideramos que se trata de una categoría de enumeración taxativa en que no cabe la interpretación extensiva, por ser el principio general la libre circulación de los datos personales.

Por supuesto que ante este panorama han saltado todas las alarmas respecto del peligro potencial y directo tanto para la *autodeterminación informativa*, que es el bien jurídico protegido directamente, y la dignidad humana, fundamento final de la protección, lo que ha conducido a que se sostenga que es imperioso que los perfiles de ADN y las bases de datos que con ellos se construyan deban ser objeto de una regulación específica.

Sin embargo, mientras ello no ocurra, habrá que arbitrar las soluciones e interpretaciones que sean más adecuadas al objeto de la protección.

Conciente de esta problemática, el eminente profesor ROMEO CASABONA propugna que *“la misma protección que se suele otorgar a los datos sobre la salud debería extenderse a toda la información biológica y, en concreto, a los perfiles de ADN, por las consecuencias que puede acarrear al sujeto”*, aunque también le parece “dudoso” que se pueda asimilar a la categoría de datos sensibles, por sí sola, a la información proveniente de los análisis de perfiles de ADN¹⁹.

Y en este problema radica la justificación última de estas líneas.

Coincidimos plenamente con la preocupación del profesor ROMEO CASABONA respecto de la gravedad de las implicancias de no cerrar adecuadamente la esfera de protección de derechos, pero diferimos respecto de la técnica interpretativa que permitiría alcanzar este fin, dado que a nuestro entender es absolutamente incompatible una interpretación extensiva de los conceptos a fin de restringir el imperio de las normas, cuando los principios generales y el espíritu general de la legislación que rige la materia son exactamente los contrarios: la libre circulación de la información y el derecho al libre ejercicio de actividades económicas.

Por supuesto que si nos quedáramos en esta parte de la explicación sólo habríamos cometido la desinteligencia de contribuir en la fractura de un escudo que se ha forjado con la premura propia de la necesidad de defender a las personas ante situaciones no previstas por el legislador, pero no es esa la idea, como pasamos a exponer.

Lo importante en este punto es reforzar y dar sentido global al derecho fundamental a la protección de datos echando mano de una hermenéutica jurídica más sólida, como es la que nos brinda el artículo 8 número 7 de la Directiva, 95/46/CE que regula el tratamiento de categorías especiales de datos, y que en su párrafo final dispone que *“Los Estados miembros determinarán las condiciones en las que un número nacional de identificación o cualquier otro medio de identificación de carácter general podrá ser objeto de tratamiento”*.

Ahora bien, en atención a lo anterior y dada su naturaleza, podemos sostener con sólidos fundamentos que aun cuando los datos de perfiles de ADN no son

19 Esta idea fue sostenida por el profesor Carlos María ROMEO CASABONA en su conferencia “Derechos Fundamentales y Bases de Datos de ADN en poder de la Administración” dictada en el X Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, realizado en Santiago de Chile del 6 al 9 de septiembre de 2004.

datos sensibles, se encuadran perfectamente como una categoría especial de datos en tanto constituyen un medio de identificación de carácter general por lo que, tal como dispone la Directiva, para que sea posible su tratamiento requiere forzosamente autorización legal de los Estados parte.

La solución ofrecida, aunque simple, es efectiva, sobre todo si consideramos los peligros que entrañan los identificadores cerrados, como podría llegar a ser una base de datos de perfiles de ADN de los individuos de una comunidad a los cuales pudiera ligarse otra información, como los nombres y domicilio legal. Según el profesor SAARENPÄÄ²⁰, si bien esto sería un ejemplo de eficacia identificatoria, en el fondo repudia al pensamiento constitucional de un Estado de Derecho por cuanto puede constituir la base de un modelo de Estado en que es factible realizar seguimientos casi perfectos de la persona a través de las “huellas de ADN” que inevitablemente deja a su paso, haciendo trizas la autodeterminación informativa.

En efecto, al constituir identidad de la persona, podría significar el inicio de un sistema universal de identificación y seguimiento con finalidades de control social ilegítimas en el marco de un Estado de Derecho.

7. Conclusiones finales

Al terminar estas páginas sólo cabe enfatizar que la solución interpretativa propuesta, esto es, basar la protección de los datos concernientes a los perfiles de ADN en el art. 8 número 7 de la Directiva 95/46/CE en vez apoyarla en una interpretación abierta de lo que debe entenderse por datos de salud, si bien sirve de mejor manera a la finalidad que se persigue, la verdad es que no es una solución de fondo y definitiva respecto de otras eventualidades que pudieren presentarse.

Básicamente se trata de una opción hermenéutica temporal, pues más temprano que tarde el legislador comunitario, que fuera sorprendido por el avance tecnocientífico, deberá volver a pronunciarse con más acierto de forma de evitar la vulneración de derechos, ya que es evidente que en este punto la Directiva 95/46/CE ha caído en obsolescencia.

Al respecto, sólo nos cabe recomendar la incorporación expresa de todos los datos de ADN como datos sensibles para efectos de garantizar su debida protección pues, tal como nos recuerda Ahti SAARENPÄÄ,

El estándar de protección de datos (...) constituye un indicador de la democracia: mientras más efectivamente protegemos nuestros datos personales, más cerca nos encontramos de la idea de democracia. Y por otro lado, podemos preguntarnos si un Estado sin legislación sobre protección de datos personales es una democracia realmente²¹.

²⁰ SAARENPÄÄ, op. cit., pág. 18.

²¹ Ídem.

LEGISLACIÓN

LEY 32/2003, DE 3 NOVIEMBRE, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo a sancionar la siguiente Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, instauró un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, abriendo el sector a la libre competencia entre operadores. El marco normativo establecido por ella ha demostrado una eficacia que ha permitido que en nuestro país haya surgido una multiplicidad de operadores para los distintos servicios, redundando en una mayor capacidad de elección por los usuarios, y la aparición de un importante sector de las telecomunicaciones, lo que, a su vez, ha proporcionado las infraestructuras y condiciones idóneas para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información, mediante su convergencia con el sector audiovisual y el de los servicios telemáticos, en torno a la implantación de internet.

Consciente de los importantes logros obtenidos, la Unión Europea ha dirigido sus esfuerzos a consolidar el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones alcanzado en sus Estados miembros. Este esfuerzo ha desembocado en la aprobación de un nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas, compuesto por diversas disposiciones comunitarias. Se trata de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones

electrónicas, y, finalmente, la Decisión n.º 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea. Mediante esta ley se trasponen las citadas directivas. Cabe señalar que la Directiva 2002/58/CE se traspone en la medida en que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

La nueva regulación comunitaria supone una profundización en los principios ya consagrados en la normativa anterior, basados en un régimen de libre competencia, la introducción de mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio, la protección de los derechos de los usuarios, la mínima intervención de la Administración en el sector, el respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores y la supervisión administrativa de los aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia.

Esta ley, junto con su necesario desarrollo reglamentario, incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la normativa comunitaria citada, respetando plenamente los principios recogidos en ella, aunque adaptándolo a las peculiaridades propias del derecho y la situación económica y social de nuestro país. Esto último, además, propiciado por el instrumento jurídico formal en que se plasma la regulación comunitaria, esto es, la directiva, que permite que los Estados miembros elijan la vía idónea para incorporar a cada país la regulación armonizada.

Ha sido un criterio inspirador de este texto legal una simplificación de la regulación contenida en él. De este modo, se pretende la existencia de una norma legal que garantice los principios básicos ya expuestos, pero que, a la vez, aporte la necesaria flexibilidad para un texto con vocación de permanencia

II

Es preciso destacar los siguientes aspectos de la nueva regulación.

En primer lugar, se dirige a regular exclusivamente el sector de las telecomunicaciones, en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.21.ª de la Constitución. La ley excluye expresamente de su regulación los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios. Igualmente se excluye de su regulación la prestación de servicios sobre las redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales a través de dichas redes. Estos últimos son objeto de regulación en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. No obstante, las redes utilizadas como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, las redes de televisión por cable y los recursos asociados, como parte integrante de las comunicaciones electrónicas, estarán sujetos a lo establecido en esta ley.

El conjunto de directivas citadas tiene por objeto la regulación de las comunicaciones electrónicas. El concepto de "comunicaciones electrónicas" tiene un ámbito más restringido que el de "telecomunicaciones". En efecto, al regular las comunicaciones electrónicas, las directivas se refieren a ámbitos concretos de las telecomunicaciones, como serían, entre otros, la habilitación para actuar como operador en este sector, los derechos y obligaciones de los operadores, las obligaciones en materia de interconexión y acceso, la necesidad de garantizar unas prestaciones mínimas bajo el epígrafe del servicio universal y los derechos de los usuarios.

Sin embargo, como puede fácilmente advertirse, las directivas no abordan ciertos temas que se encuentran dentro del régimen de las telecomunicaciones, como podrían ser los requisitos para la evaluación de la conformidad y puesta en el mercado de los aparatos de telecomunicaciones. De ahí que el término "telecomunicaciones" se mantenga en la rúbrica de la ley, siendo así que su articulado distingue entre los supuestos en que se están regulando aspectos relativos al régimen de las comunicaciones electrónicas y los que no se incluyen en tal epígrafe, todos ellos, eso sí, bajo el denominador común de las telecomunicaciones.

Como consecuencia, toda la regulación de las comunicaciones electrónicas se entiende incluida en el concepto más amplio de telecomunicaciones y, por lo tanto, dictada por el Estado en virtud de su atribución competencial exclusiva del artículo 149.1.21.^a de la Constitución.

Se avanza en la liberalización de la prestación de servicios y la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cumpliendo con el principio de intervención mínima, se entiende que la habilitación para dicha prestación y explotación a terceros viene concedida con carácter general e inmediato por la ley. Únicamente será requisito previo la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para iniciar la prestación del servicio. Desaparecen, pues, las figuras de las autorizaciones y licencias previstas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como títulos habilitantes individualizados de que era titular cada operador para la prestación de cada red o servicio.

Se refuerzan las competencias y facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con la supervisión y regulación de los mercados. Se contempla un sistema que gana en flexibilidad, mediante el cual este organismo realizará análisis periódicos de los distintos mercados de referencia, detectando aquellos que no se estén desarrollando en un contexto de competencia efectiva e imponiendo, en ese caso, obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado. Es novedoso también el cambio en la definición de este tipo de operadores, pasando de un concepto "formal", esto es, basado en la superación de una determinada cuota de mercado, a uno "material", más cercano al tradicional derecho de la competencia, es decir, basado en la posición de fuerza del operador que le permite actuar con independencia de sus competidores o de los consumidores que sean personas físicas y usuarios.

En relación con la garantía de los derechos de los usuarios, la ley recoge la ampliación de las prestaciones, que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de "servicio universal". Se incluye el acceso funcional a internet, ya incorporado anticipadamente por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permitan un mayor control del gasto por los usuarios. Además, se amplía el catálogo de derechos de los consumidores que sean personas físicas y usuarios reconocidos con rango legal.

La regulación de la ocupación del dominio público o la propiedad privada para la instalación de redes, pretende establecer unos criterios generales, que deberán ser respetados por las Administraciones públicas titulares del dominio público. De este modo, se reconocen derechos de ocupación a todos los operadores que practiquen la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la medida que sea necesario para la instalación de sus redes, a la vez que se detallan los principios básicos que garanticen el ejercicio de dicho derecho en condiciones de igualdad y transparencia, con independencia de la Administración o el titular del dominio público o la propiedad privada.

En lo referente al dominio público radioeléctrico, se incorporan la regulación y tendencias comunitarias en la materia, esto es, la garantía del uso eficiente del espectro radioeléctrico, como principio superior que debe guiar la planificación y la asignación de frecuencias por la Administración y el uso de éstas por los operadores. Asimismo, se abre la posibilidad de la cesión de derechos de uso del espectro radioeléctrico, en las condiciones que se determinen reglamentariamente. En los supuestos en que las bandas de frecuencias asignadas a determinados servicios sean insuficientes para atender la demanda de los operadores, se prevé la celebración de procedimientos de licitación. Como requisito esencial en la prestación de servicios mediante tecnologías que usen el dominio público radioeléctrico, se establece el respeto a los límites de las emisiones radioeléctricas establecidas en la normativa vigente.

La ley también tiene como objetivo el establecimiento de una serie de criterios que guíen la actuación en la imposición de tasas que afecten a los servicios de telecomunicaciones. Distingue entre aquellas tasas que respondan a la necesidad de compensar actuaciones administrativas, donde la cuantía se fijará en función de su coste, de aquellas impuestas sobre el uso de recursos asociados, como el dominio público, las frecuencias o la numeración. En este último caso se perseguirá garantizar su uso óptimo, teniendo en cuenta el valor del bien y su escasez. Como principios básicos de estas exacciones se establecen la transparencia, la proporcionalidad y su justificación objetiva.

En la tipificación de infracciones y la imposición de las correspondientes sanciones se han reforzado las potestades administrativas, como necesario contrapunto a una mayor simplificación en las condiciones para obtener la habilitación para prestar servicios. Con ello, el control "ex ante" que suponía la obtención de una autorización individualizada para cada operador con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, viene a ser sustituido

por uno "ex post", mediante la posibilidad de obtener información de los operadores, de imponer medidas cautelares en el procedimiento sancionador o de inhabilitar a las empresas que cometan infracciones muy graves.

En sus disposiciones adicionales y transitorias, la ley aborda ciertos problemas derivados de su entrada en vigor o conexos con esta regulación. Entre ellos, cabe destacar la adaptación automática prevista para los títulos habilitantes anteriores a esta ley, que será llevada a cabo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.
Objeto de la ley

1. El objeto de esta ley es la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21.^a de la Constitución.

2. Quedan excluidos del ámbito de esta ley el régimen aplicable a los contenidos de carácter audiovisual transmitidos a través de las redes, así como el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual a que se refiere el artículo 149.1.27.^a de la Constitución.

Asimismo, se excluye del ámbito de esta ley la regulación de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

Artículo 2.
Las telecomunicaciones como servicios de interés general

1. Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.

2. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 y en el título III de esta ley.

La imposición de obligaciones de servicio público perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de esta ley y podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico,

o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia.

**Artículo 3.
Objetivos y
principios de la
ley**

Los objetivos y principios de esta ley son los siguientes:

a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.

b) Garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones y de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en especial las de servicio universal.

c) Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social.

d) Hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones, como la numeración y el espectro radioeléctrico, y la adecuada protección de este último, y el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada.

e) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos.

f) Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación.

g) Promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones.

h) Contribuir al desarrollo del mercado interior de servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea.

**Artículo 4.
Servicios de
telecomunicaciones
para la defensa
nacional y la
protección civil**

1. Las redes, servicios, instalaciones y equipos de telecomunicaciones que desarrollen actividades esenciales para la defensa nacional integran los medios destinados a ésta, se reservan al Estado y se rigen por su normativa específica.

2. El Ministerio de Ciencia y Tecnología es el órgano de la Administración General del Estado con competencia, de conformidad con la legislación específica sobre la materia y lo establecido en esta ley, para ejecutar, en la medida que le afecte, la política de defensa nacional en el sector de las telecomunicaciones, con la debida coordinación con el Ministerio de Defensa y siguiendo los criterios fijados por éste.

En el marco de las funciones relacionadas con la defensa civil, corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología estudiar, planear, programar, proponer y ejecutar cuantas medidas se relacionen con su aportación a la defensa nacional en el ámbito de las telecomunicaciones.

A tales efectos, los Ministerios de Defensa y de Ciencia y Tecnología coordinarán la planificación del sistema de telecomunicaciones de las Fuerzas Armadas, a fin de asegurar, en la medida de lo posible, su compatibilidad con los servicios civiles. Asimismo elaborarán los programas de coordinación tecnológica precisos que faciliten la armonización, homologación y utilización, conjunta o indistinta, de los medios, sistemas y redes civiles y militares en el ámbito de las telecomunicaciones. Para el estudio e informe de estas materias, se constituirán los órganos interministeriales que se consideren adecuados, con la composición y competencia que se determinen reglamentariamente.

3. En los ámbitos de la seguridad pública y de la protección civil, en su específica relación con el uso de las telecomunicaciones, el Ministerio de Ciencia y Tecnología cooperará con el Ministerio del Interior y con los órganos responsables de las comunidades autónomas con competencias sobre las citadas materias.

4. Los bienes muebles o inmuebles vinculados a los centros, establecimientos y dependencias afectos a la explotación de las redes y a la prestación de los servicios de telecomunicaciones dispondrán de las medidas y sistemas de seguridad, vigilancia, difusión de información, prevención de riesgos y protección que se determinen por el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Defensa, del Interior o de Ciencia y Tecnología, dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Estas medidas y sistemas deberán estar disponibles en las situaciones de normalidad o en las de crisis, así como en los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de

los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, y en la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil.

5. El Gobierno, con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa de determinados servicios o de la explotación de ciertas redes de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, para garantizar la seguridad pública y la defensa nacional. Asimismo, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público a las que se refiere el título III de esta ley, el Gobierno, previo informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, e igualmente con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa de los correspondientes servicios o de la explotación de las correspondientes redes. En este último caso, podrá, con las mismas condiciones, intervenir la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Los acuerdos de asunción de la gestión directa del servicio y de intervención de éste o los de intervenir o explotar las redes a los que se refiere el párrafo anterior se adoptarán por el Gobierno por propia iniciativa o a instancia de una Administración pública territorial. En este último caso será preciso que la Administración pública territorial tenga competencias en materia de seguridad o para la prestación de los servicios públicos afectados por el anormal funcionamiento del servicio o de la red de comunicaciones electrónicas. En el supuesto de que el procedimiento se inicie a instancia de una Administración distinta de la del Estado, aquella tendrá la consideración de interesada y podrá evacuar informe con carácter previo a la resolución final.

6. La regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de lo previsto en la normativa específica sobre telecomunicaciones relacionadas con la seguridad pública y la defensa nacional.

TÍTULO II

Explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 5.
Principios aplicables

1. La explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo.

2. La adquisición de los derechos de uso de dominio público radioeléctrico, de ocupación del dominio público o de la propiedad privada y de los recursos de numeración necesarios para la explotación de redes y para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas deberá realizarse conforme a lo dispuesto en su normativa específica.

Artículo 6.
Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas

1. Podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad, cuando, en el segundo caso, así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España. Para el resto de personas físicas o jurídicas, el Gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la regla anterior.

En todo caso, las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas a terceros deberán designar una persona responsable a efecto de notificaciones domiciliada en España, sin perjuicio de lo que puedan prever los acuerdos internacionales.

2. Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

3. Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones constate que la notificación no reúne los requisitos establecidos en el apartado anterior, dictará resolución motivada

en un plazo máximo de 15 días, no teniendo por realizada aquella.

**Artículo 7.
Registro de
operadores**

Se crea, dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Registro de operadores. Dicho registro será de carácter público y su regulación se hará por real decreto. En él deberán inscribirse los datos relativos a las personas físicas o jurídicas que hayan notificado su intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, las condiciones para desarrollar la actividad y sus modificaciones.

**Artículo 8.
Condiciones
para la presta-
ción de servi-
cios o la explo-
tación de redes
de comunica-
ciones electró-
nicas**

1. La explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales.

2. Con arreglo a los principios de objetividad y de proporcionalidad, el Gobierno podrá modificar las condiciones impuestas previa audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios, e informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La modificación se realizará mediante real decreto, que establecerá un plazo para que los operadores se adapten a aquella.

3. Las entidades públicas o privadas que, de acuerdo con la legislación vigente, tengan derechos especiales o exclusivos para la prestación de servicios en otro sector económico y que exploten redes públicas o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán llevar cuentas separadas y auditadas para sus actividades de comunicaciones electrónicas, o establecer una separación estructural para las actividades asociadas con la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Mediante real decreto podrá establecerse la exención de esta obligación para las entidades cuyo volumen de negocios anual en actividades asociadas con las redes o servicios de comunicaciones electrónicas sea inferior a 50 millones de euros.

4. La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones

especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

**Artículo 9.
Obligaciones
de suministro
de información**

1. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación podrán, en el ámbito de su actuación, requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, la información necesaria para el cumplimiento de alguna de las siguientes finalidades

a) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada.

b) Satisfacer necesidades estadísticas o de análisis.

c) Evaluar la procedencia de las solicitudes de derechos de uso del dominio público radioeléctrico y de la numeración.

d) La publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios.

e) Elaborar análisis que permitan la definición de los mercados de referencia, la determinación de los operadores encargados de prestar el servicio universal y el establecimiento de condiciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado en aquéllos

f) Cumplirlos requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico.

g) Comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones nacidas de esta ley.

Esta información, excepto aquella a la que se refiere el párrafo e), no podrá exigirse antes del inicio de la actividad y se suministrará en el plazo que se establezca en cada requerimiento, atendidas las circunstancias del caso. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

2. Las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido.

Capítulo II

Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado

**Artículo 10.
Mercados de
referencia y
operadores
con poder sig-
nificativo en el
mercado**

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta las Directrices de la Comisión Europea para el análisis de mercados y determinación de operadores con peso significativo en el mercado, así como la Recomendación de Mercados Relevantes, definirá, mediante resolución publicada en el "Boletín Oficial del Estado", los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas.

2. Asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo, como mínimo cada dos años, un análisis de los citados mercados, teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Comisión Europea. Dicho análisis se realizará previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia.

3 El análisis a que se refiere el apartado anterior tendrá como finalidad determinar si los distintos mercados de referencia se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. En caso contrario, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones identificará y hará públicos el operador u operadores que poseen un poder significativo en cada mercado considerado.

Cuando un operador u operadores tengan, individual o conjuntamente, poder significativo en un mercado de referencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá declarar que lo tienen también en otro mercado de referencia estrechamente relacionado con el anterior cuando los vínculos entre ambos sean tales que resulte posible hacer que el poder que se tiene en un mercado produzca repercusiones en el otro, reforzando de esta manera el poder en el mercado del operador.

4. En aquellos mercados en que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer, mantener o modificar determinadas obligaciones específicas a los operadores que, de conformidad con el apartado anterior, hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados. En la imposición de dichas obligaciones se otorgará preferencia a las medidas en materia de acceso, interconexión, selección y

preselección frente a otras con mayor incidencia en la libre competencia.

Las obligaciones específicas a que se refieren los párrafos anteriores se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de esta ley. Dichas obligaciones se mantendrán en vigor durante el tiempo estrictamente imprescindible.

A la hora de imponer obligaciones específicas, se tomarán en consideración, en su caso, las condiciones peculiares presentes en nuevos mercados en expansión, esto es, aquellos con perspectivas de crecimiento elevadas y niveles reducidos de contratación por los usuarios y en los que todavía no se ha alcanzado una estructura estable, para evitar que se limite o retrase su desarrollo.

5. En los mercados en los que se constate la existencia de competencia efectiva, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones suprimirá las obligaciones específicas que, en su caso, tuvieran impuestas los operadores por haber sido declarados con poder significativo en dichos mercados.

6. Reglamentariamente, el Gobierno establecerá las obligaciones específicas para los mercados de referencia previstas en este artículo, entre las que se incluirán las recogidas en el artículo 13 de esta ley y las relativas a los mercados al por menor, así como las condiciones para su imposición, modificación o supresión.

Capítulo III

Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión

**Artículo 11.
Principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión**

1. Este capítulo y su desarrollo reglamentario serán aplicables a la interconexión y a los accesos a redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final.

2. Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad.

3. No existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso o interconexión. La persona

física o jurídica habilitada para explotar redes o prestar servicios en otro Estado miembro de la Unión Europea que solicite acceso o interconexión en España no necesitará llevar a cabo la notificación a la que se refiere el artículo 6 de la ley, cuando no explote redes ni preste servicios de comunicaciones electrónicas en el territorio nacional.

4. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3. Asimismo, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá actuar, en el ámbito de sus competencias, para conseguir los citados objetivos.

5. Las obligaciones y condiciones que se impongan de conformidad con este capítulo serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

6. Los operadores que obtengan información de otros, en el proceso de negociación de acuerdos de acceso o interconexión, destinarán dicha información exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada y respetarán en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en especial respecto de terceros, incluidos otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados.

**Artículo 12.
Condiciones
aplicables al
acceso a las
redes y recur-
sos asociados
y a su inter-
conexión**

1. Cuando se impongan obligaciones a un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas para que facilite acceso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá establecer determinadas condiciones técnicas u operativas al citado operador o a los beneficiarios de dicho acceso cuando ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red, conforme se establezca reglamentariamente.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, podrá imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho.

**Artículo 13.
Obligaciones
aplicables a los
operadores
con poder sig-
nificativo en
mercados de
referencia**

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de:

a) Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios. En particular, cuando se impongan obligaciones de no discriminación a un operador, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia.

b) No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.

c) Separación de cuentas, en el formato y con la metodología que, en su caso, se especifiquen.

d) Acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización.

e) Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales.

2. En circunstancias excepcionales y debidamente justificadas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo sometimiento al mecanismo de consulta previsto en la disposición adicional octava, podrá imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión que no se limiten a las materias enumeradas en el apartado anterior, así como a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado.

**Artículo 14.
Resolución de
conflictos**

1. De los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan

adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

2. En caso de producirse un conflicto transfronterizo en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en caso de que cualquiera de las partes así lo solicite, coordinará, en los términos que se establezcan mediante real decreto, sus esfuerzos para encontrar una solución al conflicto con la otra u otras autoridades nacionales de reglamentación afectadas.

**Artículo 15.
Normas técnicas**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los acuerdos de acceso e interconexión, fomentará el uso de las normas o especificaciones técnicas identificadas en la relación que la Comisión Europea elabore a tal efecto, que se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" cuando hayan sido declaradas de uso obligatorio, para garantizar la interoperabilidad de los servicios y para potenciar la libertad de elección de los usuarios.

En defecto de dichas normas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fomentará la aplicación de las normas, especificaciones o recomendaciones que se aprueben por los organismos europeos o, en ausencia de éstas, por los organismos internacionales de normalización.

Capítulo IV
Numeración, direccionamiento
y denominación

**Artículo 16.
Principios generales**

1. Para los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se proporcionarán los números y direcciones que se necesiten para permitir su efectiva prestación, tomándose esta circunstancia en consideración en los planes nacionales de numeración y direccionamiento, respectivamente.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la regulación de los nombres de dominio de internet bajo el indicativo del país correspondiente a España (".es") se regirá por su normativa específica.

3. Corresponde al Gobierno la aprobación de los planes nacionales de numeración y, en su caso, de direccionamiento y nombres, teniendo en cuenta las decisiones aplicables que se adopten en el seno de las organizaciones y los foros internacionales. El procedimiento y los plazos para la asignación de números, así como las condiciones asociadas al uso de los números, que serán no discriminatorias, proporcionadas y

transparentes, se establecerán reglamentariamente. Transcurrido el plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa, se podrá entender desestimada la solicitud por silencio administrativo.

4. Corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la gestión y control de los planes nacionales de numeración y de códigos de puntos de señalización. Mediante real decreto se determinarán las entidades encargadas de la gestión y control de otros planes nacionales de direccionamiento y, en su caso, de nombres.

5. Los operadores a los que se haya asignado una serie de números no podrán discriminar a otros operadores en lo que se refiere a las secuencias de números utilizadas para dar acceso a los servicios de éstos.

6. Los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público deberán cursar las llamadas que se efectúen a los rangos de numeración telefónica nacional, al espacio europeo de numeración telefónica y a otros rangos de numeración internacional, en los términos que se especifiquen en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo.

7. La asignación de recursos públicos de numeración no supondrá el otorgamiento de más derechos que el de su uso conforme a lo que se establece en esta ley. Todos los operadores y, en su caso, los fabricantes y los comerciantes estarán obligados a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones que se adopten por el Ministerio de Ciencia y Tecnología o por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias sobre numeración, direcciones y nombres.

Los usuarios finales tendrán, en los términos que determine la normativa de desarrollo de la ley, acceso a la numeración. Esta normativa podrá prever, cuando esté justificado, el acceso por los usuarios finales a los números de forma directa e independiente de los operadores para determinados rangos que se definan en los planes nacionales de numeración o en sus disposiciones de desarrollo.

Artículo 17.
P l a n e s
nacionales

1. Los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo designarán los servicios para los que puedan utilizarse los números y, en su caso, direcciones y nombres correspondientes, incluido cualquier requisito relacionado con la prestación de tales servicios.

2. El contenido de los citados planes y el de los actos derivados de su desarrollo y gestión serán públicos, salvo en lo relativo a materias que puedan afectar a la seguridad nacional.

3. A fin de cumplir con las obligaciones y recomendaciones internacionales o para garantizar la disponibilidad suficiente de números, direcciones y nombres, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, de oficio o a instancia de la entidad encargada de la gestión y control del plan nacional correspondiente y mediante orden ministerial publicada en el "Boletín Oficial del Estado", podrá modificar la estructura y la organización de los planes nacionales o, en ausencia de éstos o de planes específicos para cada servicio, establecer medidas sobre la utilización de los recursos numéricos y alfanuméricos necesarios para la prestación de los servicios. Se habrán de tener en cuenta, a tales efectos, los intereses de los afectados y los gastos de adaptación que, de todo ello, se deriven para los operadores y para los usuarios. Las modificaciones que se pretendan realizar deberán ser publicadas antes de su entrada en vigor y con una antelación suficiente.

4. Los planes nacionales y sus disposiciones de desarrollo podrán establecer procedimientos de selección competitiva o comparativa para la asignación de números y nombres con valor económico excepcional.

**Artículo 18.
Conservación
de los números
telefónicos por
los abonados**

Los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público garantizarán que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio. Mediante real decreto se fijarán los supuestos a los que sea de aplicación la conservación de números, así como los aspectos técnicos y administrativos necesarios para que ésta se lleve a cabo.

Los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de los números deberán ser sufragados por cada operador sin que, por ello, tengan derecho a percibir indemnización alguna. Los demás costes que produzca la conservación de los números telefónicos se repartirán, a través del oportuno acuerdo, entre los operadores afectados por el cambio. A falta de acuerdo, resolverá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Los precios de interconexión para la aplicación de las facilidades de conservación de los números habrán de estar orientados en función de los costes y, en caso de imponerse cuotas directas a los abonados, no deberán tener, en ningún caso, efectos disuasorios para el uso de dichas facilidades.

**Artículo 19.
Selección de
operador**

Los operadores que, de conformidad con el artículo 10, hayan sido declarados con poder significativo en el suministro de conexión a la red telefónica pública y utilización de ésta desde una ubicación fija, permitirán a sus abonados, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno, el acceso a los servicios de cualquier proveedor interconectado de servicios telefónicos disponibles al público en cada llamada, mediante la marcación de un código de selección de operador, y por preselección, con posibilidad de anularla llamada a llamada mediante marcación de un código de selección de operador. Los precios de interconexión relacionados con las facilidades arriba mencionadas se establecerán en función de los costes.

Asimismo, mediante real decreto se podrán establecer obligaciones de selección y preselección de operador en redes distintas de las mencionadas en el párrafo anterior.

La obligación de confidencialidad contemplada en el apartado 6 del artículo 11 es aplicable a los operadores respecto de los procesos de negociación de acuerdos de preselección.

TÍTULO III

Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

Capítulo I

Obligaciones de servicio público

Sección 1ª

Delimitación

**Artículo 20.
Delimitación de
las obligaciones de servicio
público**

1. Este capítulo tiene por objeto garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.

2. Los operadores se sujetarán al régimen de obligaciones de servicio público y de carácter público de acuerdo con lo establecido en este título. Cuando se impongan obligaciones de servicio público, conforme a lo dispuesto en este capítulo, se aplicará con carácter supletorio el régimen establecido para la concesión de servicio público determinado por el texto refundido

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

3. El cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para los que aquéllas sean exigibles se efectuará con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen.

4. Corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público y de carácter público a que se refiere este artículo.

**Artículo 21.
Categorías de
obligaciones
de servicio
público**

Los operadores están sometidos a las siguientes categorías de obligaciones de servicio público:

a) El servicio universal en los términos contenidos en la sección 2ª de este capítulo.

b) Otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general, en la forma y con las condiciones establecidas en la sección 3ª de este capítulo.

Sección 2ª.

El servicio universal

**Artículo 22.
Concepto y
ámbito de
aplicación**

1. Se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible.

Bajo el mencionado concepto de servicio universal se deberá garantizar, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen por el Gobierno

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet.

b) Que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados, ya sea impresa o electrónica, o ambas, y se actualice, como mínimo, una vez al año. Asimismo, que se ponga

a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de teléfonos públicos de pago, al menos un servicio de información general sobre números de abonados. Todos los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a figurar en la mencionada guía general, sin perjuicio, en todo caso, del respeto a las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad.

c) Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, en todo el territorio nacional, que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios, y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos de pago sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles.

d) Que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija y a los demás elementos del servicio universal citados en este artículo en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales.

e) Que, cuando así se establezca reglamentariamente, se ofrezcan a los consumidores que sean personas físicas, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias, opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con objeto de garantizar, en particular, que las personas con necesidades sociales especiales puedan tener acceso al servicio telefónico disponible al público o hacer uso de éste.

f) Que se apliquen, cuando proceda, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación geográfica u otros regímenes similares, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias.

2. Reglamentariamente se podrán adoptar medidas a fin de garantizar que los usuarios finales con discapacidad también puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los usuarios finales. Asimismo, podrán establecerse sistemas de ayuda directa a los consumidores que sean personas físicas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales.

3. Todas las obligaciones que se incluyen en el servicio universal estarán sujetas a los mecanismos de financiación que se establecen en el artículo 24.

4. El Gobierno, de conformidad con la normativa comunitaria, podrá revisar el alcance de las obligaciones de servicio universal.

**Artículo 23.
Prestación del
s e r v i c i o
universal**

1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá designar uno o más operadores para que garanticen la prestación del servicio universal a que se refiere el artículo anterior, de manera que quede cubierta la totalidad del territorio nacional. A estos efectos podrán designarse operadores diferentes para la prestación de diversos elementos del servicio universal y abarcar distintas zonas del territorio nacional.

2. El sistema de designación de operadores encargados de garantizar la prestación de los servicios, prestaciones y ofertas del servicio universal se establecerá mediante real decreto, con sujeción a los principios de eficacia, objetividad, transparencia y no discriminación. En todo caso, contemplará un mecanismo de licitación pública para todos o algunos de dichos servicios, prestaciones y ofertas, que, con pleno respeto de los derechos anteriormente señalados, deberá utilizarse cuando de un proceso de consulta pública resulte que varios operadores están interesados en ser designados para garantizar la prestación del servicio universal en una zona geográfica determinada, con carácter exclusivo o en competencia con otros operadores. Estos procedimientos de designación se podrán utilizar como medio para determinar el coste neto derivado de las obligaciones asignadas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 24. 1.

**Artículo 24.
Coste y finan-
ciación del ser-
vicio universal**

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación. En caso de que se considere que puede existir dicha carga injustificada, el coste neto de prestación del servicio universal será determinado periódicamente de acuerdo con los procedimientos de designación previstos en el artículo 23.2, o en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal. Este ahorro neto se calculará de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

2. El coste neto de la obligación de prestación del servicio universal será financiado por un mecanismo de compensación, en condiciones de transparencia, por todas o determinadas categorías de operadores en las condiciones fijadas en los apartados siguientes de este artículo. Mediante real decreto se fijarán los términos y condiciones en los que se harán efectivas las aportaciones al citado mecanismo de compensación.

3. En caso de aplicarse total o parcialmente un mecanismo de reparto entre los operadores referidos en el apartado anterior y una vez fijado este coste, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal.

Dichas aportaciones, así como, en su caso, las deducciones y exenciones aplicables, se fijarán en las condiciones que se establezcan en el reglamento citado en el apartado anterior.

Las aportaciones recibidas se depositarán en el Fondo nacional del servicio universal, que se crea por esta ley.

4. El Fondo nacional del servicio universal tiene por finalidad garantizar la financiación del servicio universal. Los activos en metálico procedentes de los operadores con obligaciones de contribuir a la financiación del servicio universal se depositarán en este fondo, en una cuenta específica designada a tal efecto. Los gastos de gestión de esta cuenta serán deducidos de su saldo, y los rendimientos que éste genere, si los hubiere, minorarán la contribución de los aportantes.

En la cuenta podrán depositarse aquellas aportaciones que sean realizadas por cualquier persona física o jurídica que desee contribuir, desinteresadamente, a la financiación de cualquier prestación propia del servicio universal.

Los operadores sujetos a obligaciones de prestación del servicio universal recibirán de este fondo la cantidad correspondiente al coste neto que les supone dicha obligación, calculado según el procedimiento establecido en este artículo.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se encargará de la gestión del Fondo nacional del servicio universal. Mediante real decreto se determinará su estructura, organización, mecanismos de control y la forma y plazos en los que se realizarán las aportaciones. Asimismo podrá prever la existencia de un mecanismo de compensación directa entre operadores cuando la magnitud del coste no justifique los costes de gestión del fondo.

Sección 3ª.

Otras obligaciones de servicio público

Artículo 25.
Otras obligaciones de servicio público

1. El Gobierno podrá, por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil, imponer otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal a los operadores.

2. El Gobierno podrá, asimismo, imponer otras obligaciones de servicio público, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, motivadas por:

- a) Razones de cohesión territorial.
- b) Razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura.
- c) Razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta.
- d) Por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción.

3. Mediante real decreto se regulará el procedimiento de imposición de las obligaciones a las que se refiere el apartado anterior y su forma de financiación.

4. En cualquier caso, la obligación de encaminar las llamadas a los servicios de emergencia sin derecho a contraprestación económica de ningún tipo deberá ser asumida tanto por los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público como por los que exploten redes telefónicas públicas. Esta obligación se impondrá a dichos operadores respecto de las llamadas dirigidas al número telefónico 112 de atención a emergencias y a otros que se determinen mediante real decreto, incluidas aquellas que se efectúen desde teléfonos públicos de pago, sin que sea necesario utilizar ninguna forma de pago en estos casos. Asimismo, se establecerán las condiciones para que pongan a disposición de las autoridades receptoras de dichas llamadas la información relativa a la ubicación de su procedencia, en la medida en que ello sea técnicamente viable.

En todo caso, el servicio de llamadas de emergencia será gratuito para los usuarios, cualquiera que sea la Administración pública responsable de su prestación y con independencia del tipo de terminal que se utilice.

Capítulo II

Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento, a su favor, de servidumbres y de limitaciones a la propiedad

Artículo 26.
Derecho de ocupación del dominio público

1. Los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate.

2. Los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

Los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y garantizarán la no discriminación entre los operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector.

Artículo 27.
Derecho de ocupación de la propiedad privada

1. Los operadores también tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación de la propiedad privada cuando resulte estrictamente necesario para la instalación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado y siempre que no existan otras alternativas económicamente viables, ya sea a través de su expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas. En ambos casos tendrán la condición de beneficiarios en los expedientes que se tramiten, conforme a lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa.

2. La aprobación del proyecto técnico por el órgano competente de la Administración General del Estado llevará implícita, en cada caso concreto, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, a efectos de lo previsto en la legislación de expropiación forzosa.

3. Con carácter previo a la aprobación del proyecto técnico, se recabará informe de la comunidad autónoma competente en materia de ordenación del territorio, que habrá de ser emitido

en el plazo máximo de 15 días desde su solicitud. No obstante, previa solicitud de la comunidad autónoma, este plazo será ampliado hasta dos meses si el proyecto afecta a un área geográfica relevante.

4. En las expropiaciones que se lleven a cabo para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas cuyos titulares tengan impuestas obligaciones de servicio público indicadas en el artículo 22 o en los apartados 1 y 2 del artículo 25, se seguirá el procedimiento especial de urgencia establecido en la Ley de Expropiación Forzosa, cuando así se haga constar en la resolución del órgano competente de la Administración General del Estado que apruebe el oportuno proyecto técnico.

**Artículo 28.
Normativa
aplicable a la
ocupación del
dominio público y la propiedad privada**

1. En la autorización de ocupación del dominio público será de aplicación, además de lo previsto en esta ley, la normativa específica relativa a la gestión del dominio público concreto de que se trate y la regulación dictada por su titular en aspectos relativos a su protección y gestión.

2. Asimismo será de aplicación en la ocupación del dominio público y la propiedad privada para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas la normativa específica dictada por las Administraciones públicas con competencias en medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por ocupación del dominio público, en los términos que se establecen en el artículo siguiente.

**Artículo 29.
Límites de la
normativa a
que se refiere
el artículo
anterior**

1. La normativa a que se refiere el artículo anterior deberá, en todo caso, reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con lo dispuesto en este título. En cumplimiento de la normativa de la Unión Europea, se podrán imponer condiciones al ejercicio de este derecho de ocupación por los operadores, que estarán justificadas por razones de protección del medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial. La entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho deberá resultar proporcionada en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar.

Estas condiciones o límites no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores. En este sentido, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad, por falta de alternativas, de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada,

el establecimiento de dicha condición deberá ir acompañado de las medidas necesarias, entre ellas el uso compartido de infraestructuras, para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

2. Las normas que se dicten por las correspondientes Administraciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos:

a) Ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. De dicha publicación y de un resumen de ésta, ajustado al modelo que se establezca mediante orden del Ministro de Ciencia y Tecnología, así como del texto de las ordenanzas fiscales municipales que impongan las tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales contempladas en el artículo 24.1.c) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y del de cuantas disposiciones de naturaleza tributaria afecten a la utilización de bienes de dominio público de otra titularidad se deberán dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de que ésta publique una sinopsis en internet.

b) Incluir un procedimiento rápido y no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación.

c) Garantizarla transparencia de los procedimientos y que las normas aplicables fomenten una competencia leal y efectiva entre los operadores.

d) Garantizar el respeto de los límites impuestos a la intervención administrativa en esta ley en protección de los derechos de los operadores. En particular, las solicitudes de información que se realicen a los operadores deberán ser motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario.

3. Si las Administraciones públicas reguladoras o titulares del dominio público a que se refiere este artículo ostentan la propiedad o ejercen el control directo o indirecto de operadores que explotan redes de comunicaciones electrónicas, deberán mantener una separación estructural entre dichos operadores y los órganos encargados de la regulación y gestión de estos derechos.

**Artículo 30.
Ubicación com-
partida y uso
compartido de
la propiedad
pública o priva-
da**

1. Las Administraciones públicas fomentarán la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada.

2. Cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario.

3. El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.

4. Cuando en aplicación de lo dispuesto en este artículo se imponga el uso compartido de instalaciones radioeléctricas emisoras pertenecientes a redes públicas de comunicaciones electrónicas y de ello se derive la obligación de reducir los niveles de potencia de emisión, deberán autorizarse más emplazamientos si son necesarios para garantizar la cobertura de la zona de servicio.

**Artículo 31.
Información
pública y
acreditación de
los derechos
de ocupación**

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones publicará en internet un resumen de las normas que cada Administración le haya comunicado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 29.2.

2. Los operadores podrán dirigirse a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que ésta les emita en el plazo de seis días una certificación registral acreditativa de su inscripción en el Registro de operadores y de su consiguiente derecho a obtener derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada.

**Artículo 32.
Otras servidumbres y limitaciones a la propiedad**

1. La protección del dominio público radioeléctrico tiene como finalidades su aprovechamiento óptimo, evitar su degradación y el mantenimiento de un adecuado nivel de calidad en el funcionamiento de los distintos servicios de radio-comunicaciones.

Podrán establecerse las limitaciones a la propiedad y a la intensidad de campo eléctrico y las servidumbres que resulten necesarias para la protección radioeléctrica de determinadas instalaciones o para asegurar el adecuado funcionamiento de estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios públicos, por motivos de seguridad pública o cuando así sea necesario en virtud de acuerdos internacionales, en los términos de la disposición adicional primera y las normas de desarrollo de esta ley.

2. Asimismo podrán imponerse límites a los derechos de uso del dominio público radioeléctrico para la protección de otros bienes jurídicamente protegidos prevalentes o de servicios públicos que puedan verse afectados por la utilización de dicho dominio público, en los términos que mediante real decreto se determinen, que deberán regirse, en cualquier caso, por los principios de contradicción, transparencia y publicidad.

Capítulo III

Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas

**Artículo 33.
Secreto de las comunicaciones**

Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

Asimismo, los operadores deberán adoptar a su costa las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones dispuestas conforme a lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

**Artículo 34.
Protección de los datos de carácter personal**

Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del artículo 4 y en el segundo párrafo del artículo anterior, así como en la restante normativa específica aplicable, los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten

servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal conforme a la legislación vigente.

Los operadores a los que se refiere el párrafo anterior deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar los niveles de protección de los datos de carácter personal que sean exigidos por la normativa de desarrollo de esta ley en esta materia. En caso de que exista un riesgo particular de violación de la seguridad de la red pública de comunicaciones electrónicas, el operador que explote dicha red o preste el servicio de comunicaciones electrónicas informará a los abonados sobre dicho riesgo y sobre las medidas a adoptar.

**Artículo 35.
Interceptación
de las comuni-
caciones elec-
trónicas por los
servicios técni-
cos**

1. Con pleno respeto al derecho al secreto de las comunicaciones y a la exigencia, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de autorización judicial para la interceptación de contenidos, cuando para la realización de las tareas de control para la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico sea necesaria la utilización de equipos, infraestructuras e instalaciones técnicas de interceptación de señales no dirigidas al público en general, será de aplicación lo siguiente:

a) La Administración de las telecomunicaciones deberá diseñar y establecer sus sistemas técnicos de interceptación de señales en forma tal que se reduzca al mínimo el riesgo de afectar a los contenidos de las comunicaciones.

b) Cuando, como consecuencia de las interceptaciones técnicas efectuadas, quede constancia de los contenidos, los soportes en los que éstos aparezcan no podrán ser ni almacenados ni divulgados y serán inmediatamente destruidos.

2. Las mismas reglas se aplicarán para la vigilancia del adecuado empleo de las redes y la correcta prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

3. Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de las facultades que a la Administración atribuye el artículo 43.2.

**Artículo 36.
Cifrado en las
redes y servi-
cios de comuni-
caciones
electrónicas**

1. Cualquier tipo de información que se transmita por redes de comunicaciones electrónicas podrá ser protegida mediante procedimientos de cifrado.

2. El cifrado es un instrumento de seguridad de la información. Entre sus condiciones de uso, cuando se utilice

para proteger la confidencialidad de la información, se podrá imponer la obligación de facilitar a un órgano de la Administración General del Estado o a un organismo público, los algoritmos o cualquier procedimiento de cifrado utilizado, así como la obligación de facilitar sin coste alguno los aparatos de cifra a efectos de su control de acuerdo con la normativa vigente.

**Artículo 37.
Redes de
comunicaciones
electrónicas en
el interior de
los edificios**

1. Mediante real decreto se desarrollará la normativa legal en materia de infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas. Dicho reglamento determinará, tanto el punto de interconexión de la red interior con las redes públicas, como las condiciones aplicables a la propia red interior. Asimismo regulará las garantías aplicables al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas a través de sistemas individuales en defecto de infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas y el régimen de instalación de las redes de comunicaciones electrónicas en los edificios ya existentes o futuros, en todos aquellos aspectos no previstos en las disposiciones con rango legal reguladoras de la materia.

2. La normativa técnica básica de edificación que regule la infraestructura de obra civil en el interior de los edificios deberá tomar en consideración las necesidades de soporte de los sistemas y redes de comunicaciones electrónicas fijadas de conformidad con la normativa a que se refiere el apartado anterior, previendo que la infraestructura de obra civil disponga de capacidad suficiente para permitir el paso de las redes de los distintos operadores, de forma que se facilite la posibilidad de uso compartido de estas infraestructuras por aquellos.

**Artículo 38.
Derechos de
los consumidores
y usuarios
finales**

1. Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso, los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio

administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

2. Las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general que determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales se aprobarán por real decreto que, entre otros extremos, regulará:

- a) La responsabilidad por los daños que se les produzcan.
- b) Los derechos de información de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, que deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada.
- c) Los plazos para la modificación de las ofertas.
- d) Los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario.
- e) El derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio.
- f) El derecho a celebrar contratos por parte de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública, así como el contenido mínimo de dichos contratos.
- g) Los supuestos en que serán exigibles y el contenido mínimo de los contratos celebrados entre consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que no sean los que facilitan conexión o acceso a la red telefónica pública.
- h) El derecho a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato, en los supuestos de propuestas de modificación de las condiciones contractuales por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral.
- i) Los supuestos de aprobación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología de contratos tipo entre consumidores que sean personas físicas u otros tipos de usuarios finales y operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas con obligaciones de servicio público o con poder significativo en los mercados de referencia específicos correspondientes.
- j) El derecho a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- k) El derecho a elegir un medio de pago para el abono de los correspondientes servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.

En el citado reglamento podrá ampliarse la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios finales a otras categorías de usuarios.

3. En particular, los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos

a) A que se hagan anónimos o se cancelen sus datos de tráfico cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación. Los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente hasta que haya expirado el plazo para la impugnación de la factura del servicio o para que el operador pueda exigir su pago.

b) A que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento informado para ello.

c) A recibir facturas no desglosadas cuando así lo solicitasen.

d) A que sólo se proceda al tratamiento de sus datos de localización distintos a los datos de tráfico cuando se hayan hecho anónimos o previo su consentimiento informado y únicamente en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación, en su caso, de servicios de valor añadido, con conocimiento inequívoco de los datos que vayan a ser sometidos a tratamiento, la finalidad y duración del mismo y el servicio de valor añadido que vaya a ser prestado.

e) A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.

f) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.

g) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.

h) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

4. Los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas que no tengan la condición de abonados tendrán asimismo los derechos reconocidos en los párrafos a), b), d) y en el primer inciso del párrafo f) del apartado anterior.

5. Los usuarios finales no podrán ejercer los derechos reconocidos en los párrafos d) y f) del apartado 3 cuando se trate de llamadas efectuadas a entidades que presten servicios de llamadas de urgencia que se determinen reglamentariamente, en especial a través del número 112.

Del mismo modo, y por un período de tiempo limitado, los usuarios finales no podrán ejercer el derecho reconocido en el párrafo f) del apartado 3 cuando el abonado a la línea de destino haya solicitado la identificación de las llamadas maliciosas o molestas realizadas a su línea.

Lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 3 se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

6. La elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de los servicios de información sobre ellos se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías. A tal efecto, las empresas que asignen números de teléfono a los abonados habrán de dar curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, estando sometido el suministro de la citada información y su posterior utilización a la normativa en materia de protección de datos vigente en cada momento.

7. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá introducir cláusulas de modificación de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, para evitar el trato abusivo a éstos.

8. Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

TÍTULO IV

Evaluación de la conformidad de equipos y aparatos

**Artículo 39.
Normalización
técnica**

1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología velará por que los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas publiquen las especificaciones técnicas precisas y adecuadas de las interfaces de red ofrecidas en España, con anterioridad a la posibilidad de acceso público a los servicios prestados a través

de dichas interfaces y por que publiquen las especificaciones técnicas actualizadas cuando se produzca alguna modificación en aquéllas.

Estas especificaciones serán lo suficientemente detalladas como para permitir el diseño de equipos terminales de telecomunicaciones capaces de utilizar todos los servicios prestados a través de la interfaz correspondiente, e incluirán una descripción completa de las pruebas necesarias para que los fabricantes de los equipos que se conectan a las interfaces puedan garantizar su compatibilidad con ellas.

2. Reglamentariamente se determinarán las formas de elaboración, en su caso, de las especificaciones técnicas aplicables a los equipos y aparatos de telecomunicaciones, a efectos de garantizar el cumplimiento de los requisitos esenciales en los procedimientos de evaluación de conformidad y se fijarán los equipos y aparatos exceptuados de la aplicación de dicha evaluación.

En los supuestos en que la normativa lo prevea, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá aprobar especificaciones técnicas distintas de las anteriores para aparatos de telecomunicación, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

**Artículo 40.
Evaluación de
la conformidad**

1. Los aparatos de telecomunicación, entendiéndose por tales cualquier dispositivo no excluido expresamente del reglamento que desarrolle este título que sea equipo radioeléctrico o equipo terminal de telecomunicación, o ambas cosas a la vez, deberán evaluar su conformidad con los requisitos esenciales recogidos en las disposiciones que lo determinen, ser conformes con todas las disposiciones que se establezcan e incorporar el marcado correspondiente como consecuencia de la evaluación realizada. Podrá exceptuarse de la aplicación de lo dispuesto en este título el uso de determinados equipos de radioaficionados construidos por el propio usuario y no disponibles para venta en el mercado, conforme a lo dispuesto en su regulación específica.

2. Para la importación desde terceros países no pertenecientes a la Unión Europea, la puesta en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de un aparato de telecomunicaciones de los indicados en el apartado anterior será requisito imprescindible que el fabricante establecido en la Unión Europea o su representante establecido en ella, caso de que el fabricante no lo estuviese, o el importador, o la persona responsable de la puesta en el mercado del aparato o el usuario de éste, haya verificado previamente la conformidad de los aparatos con los requisitos esenciales que les sean aplicables mediante los

procedimientos que se determinen en el reglamento que se establezca al efecto.

3. El cumplimiento de todos los requisitos que se establezcan en el reglamento indicado incluye la habilitación para la conexión de los aparatos destinados a conectarse a los puntos de terminación de una red pública de comunicaciones electrónicas. Dicho cumplimiento no supone autorización de uso para los equipos radioeléctricos sujetos a la obtención de autorización o concesión de dominio público radioeléctrico en los términos establecidos en esta ley.

4. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá promover procedimientos complementarios de certificación voluntaria para los aparatos de telecomunicación que incluirán, al menos, la evaluación de la conformidad indicada en los capítulos anteriores.

5. El Ministerio de Ciencia y Tecnología realizará los controles adecuados para asegurar que los equipos puestos en el mercado han evaluado su conformidad de acuerdo con lo dispuesto en este título. Los costes ocasionados con ocasión de la realización de dichos controles correrán a cargo de la persona física o jurídica responsable de los equipos puestos en el mercado objeto de control.

Mediante real decreto se establecerá el procedimiento aplicable a la retirada del mercado de productos que incumplan lo dispuesto en este título.

**Artículo 41.
Reconocimiento
mutuo**

1. Los aparatos de telecomunicación que hayan evaluado su conformidad con los requisitos esenciales en otro Estado miembro de la Unión Europea o en virtud de los acuerdos de reconocimiento mutuo celebrados por ella con terceros países, y cumplan con las demás disposiciones aplicables en la materia, tendrán la misma consideración, en lo que se refiere a lo dispuesto en este título IV, que los aparatos cuya conformidad se ha verificado en España y cumplan, asimismo, las demás disposiciones legales en la materia.

2. El Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá los procedimientos para el reconocimiento de la conformidad de los aparatos de telecomunicación afectos a los acuerdos de reconocimiento mutuo que establezca la Unión Europea con terceros países.

3. Los aparatos de telecomunicación que utilicen el espectro radioeléctrico con parámetros de radio no armonizados en la Unión Europea no podrán ser puestos en el mercado mientras no hayan sido autorizados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, además de haber evaluado la conformidad con las

normas aplicables a aquellos y ser conformes con el resto de disposiciones que les sean aplicables.

**Artículo 42.
Condiciones
que deben
cumplir las
instalaciones e
instaladores**

La instalación de los aparatos de telecomunicación deberá ser realizada siguiendo las instrucciones proporcionadas por su fabricante y manteniendo, en cualquier caso, inalteradas las condiciones bajo las cuales se ha verificado su conformidad con los requisitos esenciales, en los términos establecidos en los artículos anteriores de este título.

Reglamentariamente por el Gobierno se establecerán, previa audiencia de los colegios profesionales afectados y de las asociaciones representativas de las empresas de construcción e instalación, las condiciones aplicables a los operadores e instaladores de equipos, aparatos y sistemas de telecomunicaciones, a fin de que, acreditando su competencia profesional, se garantice su puesta en servicio.

TÍTULO V

Dominio público radioeléctrico

**Artículo 43.
Gestión del do-
minio público
radioeléctrico**

1 El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado. Dicha gestión se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en este título y en los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte, atendiendo a la normativa aplicable en la Unión Europea y a las resoluciones y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales.

2. La administración, gestión, planificación y control del espectro radioeléctrico incluyen, entre otras funciones, la elaboración y aprobación de los planes generales de utilización, el establecimiento de las condiciones para el otorgamiento del derecho a su uso, la atribución de ese derecho y la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas. Asimismo, se integra dentro de la administración, gestión, planificación y control del referido espectro la inspección, detección, localización, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales, irregularidades y perturbaciones en los sistemas de telecomunicaciones, iniciándose, en su caso, el oportuno procedimiento sancionador.

3. La utilización del dominio público radioeléctrico mediante redes de satélites se incluye dentro de la gestión, administración y control del espectro de frecuencias.

Asimismo, la utilización del dominio público radioeléctrico necesaria para la utilización de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española y mediante satélites de comunicaciones queda reservada al Estado. Su explotación estará sometida al derecho internacional y se realizará, en la forma que reglamentariamente se determine, mediante su gestión directa por el Estado o mediante concesión. En todo caso, la gestión podrá también llevarse a cabo mediante conciertos con organismos internacionales.

4. La gestión del dominio público radioeléctrico tiene por objetivo el establecimiento de un marco jurídico que asegure unas condiciones armonizadas para su uso y que permita su disponibilidad y uso eficiente. A tales efectos

a) Los derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico se otorgarán por plazos que se fijarán reglamentariamente, renovables en función de las disponibilidades y previsiones de la planificación de dicho dominio público. Los derechos de uso privativo sin limitación de número se otorgarán por un período que finalizará el 31 de diciembre del año natural en que cumplan su quinto año de vigencia, prorrogable por períodos de cinco años. Por su parte, los derechos de uso privativo con limitación de número tendrán la duración prevista en los correspondientes procedimientos de licitación que en todo caso será de un máximo de veinte años renovables.

b) En las concesiones el solicitante deberá acreditar su condición de operador y, en los términos que se fijen reglamentariamente, el uso efectivo del dominio público reservado una vez otorgado el derecho de uso.

**Artículo 44.
Facultades del
Gobierno para
la gestión del
dominio público radio-
eléctrico**

1. El Gobierno desarrollará reglamentariamente las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico, la elaboración de los planes para su utilización y los procedimientos de otorgamiento de los derechos de uso de dicho dominio. En dicho reglamento se regulará, como mínimo, lo siguiente

a) El procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud pública, en concordancia con lo dispuesto por las recomendaciones de la Comisión Europea. Tales límites deberán ser respetados, en todo caso, por el resto de Administraciones públicas, tanto autonómicas como locales.

b) El procedimiento para la elaboración de los planes de utilización del espectro radioeléctrico, que incluyen el cuadro nacional de atribución de frecuencias, los planes técnicos

nacionales de radiodifusión y televisión, cuya aprobación corresponderá al Gobierno, y las necesidades de espectro radioeléctrico para la defensa nacional. Los datos relativos a esta última materia tendrán el carácter de reservados.

c) Los procedimientos de otorgamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico. Los procedimientos de otorgamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, la tecnología utilizada, el interés de los servicios, las bandas y su grado de aprovechamiento. También tendrán en consideración la valoración económica, para el interesado, del uso del dominio público, que éste es un recurso escaso y, en su caso, las ofertas presentadas por los licitadores.

d) La habilitación para el ejercicio de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico revestirá la forma de afectación, concesión o autorización administrativa. El plazo para el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones de dominio público radioeléctrico será de seis semanas desde la entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente. Dicho plazo no será de aplicación cuando sea necesaria la coordinación internacional de frecuencias o afecte a reservas de posiciones orbitales.

e) La adecuada utilización del espectro radioeléctrico mediante el empleo de equipos y aparatos.

2. Cuando sea preciso para garantizar el uso eficaz del espectro radioeléctrico, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá, previa audiencia a las partes interesadas, incluidas las asociaciones de consumidores y usuarios, limitar el número de concesiones demaniales a otorgar sobre dicho dominio para la explotación de redes públicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Esta limitación será revisable por el propio ministerio, de oficio o a instancia de parte, en la medida en que desaparezcan las causas que la motivaron.

Cuando, de conformidad con lo previsto en el párrafo anterior, el Ministerio de Ciencia y Tecnología limite el número de concesiones demaniales, se tramitará un procedimiento de licitación para el otorgamiento de las mismas que respetará en todo caso los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación para todas las partes interesadas. Para ello se aprobará, mediante orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, el pliego de bases y la convocatoria de licitación correspondiente a la concesión del segmento de dominio público radioeléctrico que se sujeta a limitación. En este caso el

Ministerio de Ciencia y Tecnología deberá resolver sobre el otorgamiento de la concesión demanial en un plazo máximo de ocho meses desde la convocatoria de la licitación.

Teniendo en cuenta los principios establecidos en la legislación patrimonial y de contratos de las Administraciones públicas, se establecerán reglamentariamente las normas aplicables respecto de la concesión demanial en lo relativo a la convocatoria de la licitación, al pliego de bases que deba aprobarse y a la adjudicación de la concesión.

**Artículo 45.
Títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico**

1. El derecho de uso del dominio público radioeléctrico se otorgará por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, a través de la afectación demanial o de la concesión o autorización administrativa, salvo en los supuestos contemplados en el apartado 2 del artículo anterior. El uso común del dominio público radioeléctrico será libre.

2. El otorgamiento del derecho al uso del dominio público radioeléctrico revestirá la forma de autorización administrativa en los siguientes supuestos

a) Si se trata de una reserva del derecho de uso especial no privativo del dominio público. Tendrán la consideración de uso especial del dominio público el del espectro radioeléctrico por radioaficionados y otros sin contenido económico, como los de banda ciudadana, estableciéndose mediante reglamento el plazo de su duración y las condiciones asociadas exigibles.

b) Si se otorga el derecho de uso privativo para autoprestación por el solicitante, salvo en el caso de Administraciones públicas que requerirán de afectación demanial. No se otorgarán derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico para su uso en autoprestación en los supuestos en que la demanda supere a la oferta y se aplique el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo anterior.

En los restantes supuestos, el derecho al uso privativo del dominio público radioeléctrico requerirá concesión administrativa. Para el otorgamiento de dicha concesión demanial, será requisito previo que los solicitantes acrediten su condición de operador. Las resoluciones mediante las cuales se otorguen las concesiones de dominio público radioeléctrico se dictarán y publicarán en la forma y plazos que se establezcan mediante real decreto.

Reglamentariamente, el Gobierno podrá fijar condiciones para que se autorice por la Administración de telecomunicaciones la transmisión de determinados derechos de uso del dominio público radioeléctrico. Dichas transmisiones en ningún

caso eximirán al titular del derecho de uso cedente, de las obligaciones asumidas frente a la Administración, y deberán en todo caso respetar las condiciones técnicas de uso establecidas en el cuadro nacional de atribución de frecuencias o en los planes técnicos o las que, en su caso, estén fijadas en las medidas técnicas de aplicación de la Unión Europea.

Asimismo, en dicho reglamento se podrán fijar los supuestos en que sean transferibles las autorizaciones de uso del dominio público radioeléctrico en los casos en que se produzca una subrogación en los derechos y obligaciones del operador.

3. Reglamentariamente, el Gobierno establecerá las condiciones no discriminatorias, proporcionadas y transparentes asociadas a los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico, entre las que se incluirán las necesarias para garantizar el uso efectivo y eficiente de las frecuencias y los compromisos contraídos por los operadores en los procesos de licitación previstos en el apartado 2 del artículo anterior, que se puedan imponer en cada caso asociadas al uso de la frecuencia, así como las condiciones de otorgamiento de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico para fines experimentales o eventos de corta duración.

4. Con carácter previo a la utilización del dominio público radioeléctrico, se exigirá, preceptivamente, la inspección o el reconocimiento de las instalaciones, con el fin de comprobar que se ajustan a las condiciones previamente autorizadas. En función de la naturaleza del servicio, de la banda de frecuencias empleada, de la importancia técnica de las instalaciones que se utilicen o por razones de eficacia en la gestión del espectro podrá sustituirse la inspección previa por una certificación expedida por técnico competente.

5. Con arreglo a los principios de objetividad y de proporcionalidad, atendiendo principalmente a las necesidades de la planificación y del uso eficiente y la disponibilidad del espectro radioeléctrico en los términos establecidos reglamentariamente, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá modificar los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico previa audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios, e informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La modificación se realizará mediante orden ministerial, que establecerá un plazo para que los titulares se adapten a aquella.

TÍTULO VI

La administración de las telecomunicaciones

**Artículo 46.
Competencias
de la Administración General
del Estado y de
sus organismos públicos**

1. Tendrán la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones

- a) El Gobierno.
- b) Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Ciencia y Tecnología que de conformidad con la estructura orgánica del departamento, asuman las competencias de esta ley.
- c) Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Economía en materia de regulación de precios.
- d) La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- e) La Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

Reglamentariamente, el Gobierno desarrollará las competencias que esta ley encomienda al Ministerio de Ciencia y Tecnología, al Ministerio de Economía, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, así como las funciones, responsabilidades y los recursos materiales, de personal y financieros que para el cumplimiento de los fines se les asignen. Entre los recursos financieros, se podrá incluir la afectación de las tasas en los términos que se regulan en el título siguiente de esta ley.

2. El Ministro de Ciencia y Tecnología, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos por esta ley, propondrá al Gobierno la política a seguir para facilitar el desarrollo y la evolución de las obligaciones de servicio público a las que se hace referencia en el título III y la desarrollará asumiendo la competencia de control y seguimiento de las obligaciones de servicio público que correspondan a los distintos operadores en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sin perjuicio de las competencias que esta ley otorga a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con el servicio universal.

También corresponden al Ministerio de Ciencia y Tecnología, en los términos de esta ley, las competencias no atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de acuerdo con lo dispuesto en el título II de esta ley, así como las competencias en materia de la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos y de gestión del dominio público radioeléctrico, sin perjuicio de las expresamente atribuidas a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

**Artículo 47.
La Agencia Es-
tatal de Radio-
comunicaciones**

1. Se crea, con la denominación de Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, un organismo público con carácter de organismo autónomo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídico pública diferenciada y plena capacidad de obrar, que se regirá por esta ley y las demás normas de aplicación.

2. Dicha Agencia se adscribe, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, al Ministerio de Ciencia y Tecnología, al que corresponde su dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad.

3. A la Agencia, dentro de la esfera de sus competencias, le corresponden las potestades administrativas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevea su Estatuto y de acuerdo con la legislación aplicable.

4. En el ejercicio de sus funciones públicas, la Agencia actuará de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. La Agencia tendrá por objeto la ejecución de la gestión del dominio público radioeléctrico en el marco de las directrices fijadas por el Gobierno, el Ministerio de Ciencia y Tecnología y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, así como en la normativa correspondiente.

6. Para el cumplimiento del objeto fijado en el apartado anterior, la Agencia desarrollará las siguientes funciones en los términos que reglamentariamente se determinen

a) La propuesta de planificación, la gestión y la administración del dominio público radioeléctrico, así como la tramitación y el otorgamiento de los títulos habilitantes para su utilización, salvo cuando se limite su número de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 44.

b) El ejercicio de las funciones atribuidas a la Administración General del Estado en materia de autorización e inspección de instalaciones radioeléctricas en relación con los niveles de emisión radioeléctrica permitidos a que se refiere el artículo 44 de esta ley, en el ámbito de la competencia exclusiva que corresponde al Estado sobre las telecomunicaciones, de acuerdo con el artículo 149.1.21ª de la Constitución.

c) La gestión de un registro público de radiofrecuencias, accesible a través de internet, en el que constarán los titulares

de concesiones administrativas para el uso privativo del dominio público radioeléctrico.

d) La elaboración de proyectos y desarrollo de los planes técnicos nacionales de radiodifusión y televisión.

e) La comprobación técnica de emisiones radioeléctricas para la identificación, localización y eliminación de interferencias perjudiciales, infracciones, irregularidades y perturbaciones de los sistemas de radiocomunicación.

f) El control y la inspección de las telecomunicaciones, así como la propuesta de incoación de expedientes sancionadores en la materia, sin perjuicio de las competencias establecidas en este ámbito por esta ley. En materias de competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología o de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, y a su solicitud, la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones realizará las funciones de inspección que le sean requeridas.

g) La gestión de la asignación de los recursos órbita-espectro para comunicaciones por satélite.

h) La gestión en período voluntario de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico establecida en el apartado 3 del anexo I de esta ley, y la gestión y recaudación en período voluntario de las tasas de telecomunicaciones establecidas en el apartado 4 del citado anexo I, que se recauden por la prestación de servicios que tenga encomendada la Agencia de acuerdo con lo previsto en esta ley, sin perjuicio de los convenios que pudiera establecer la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones con otras entidades y de la facultad ejecutiva de recaudación que corresponda a otros órganos del Estado en materia de ingresos públicos.

i) La elaboración de estudios e informes y, en general, el asesoramiento de la Administración General del Estado en todo lo relativo a la gestión del dominio público radioeléctrico.

j) La colaboración con la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en la participación en los organismos internacionales relacionados con la planificación del espectro radioeléctrico.

k) La elaboración y elevación al Ministerio de Ciencia y Tecnología de un informe anual sobre su actuación.

7. El régimen de personal de la Agencia se ajustará a lo dispuesto en el artículo 47.1 de la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

En los términos en que se establezca en su Estatuto, la Agencia podrá igualmente contratar personal laboral para la

provisión de puestos de especial contenido técnico. La tramitación de las correspondientes convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo se realizará por la Agencia, en los mismos términos establecidos para la Administración General del Estado.

8. Los recursos económicos de la Agencia podrán provenir de cualquiera de los enumerados en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Entre los recursos económicos de la Agencia se incluirá, además, el remanente que, de conformidad con lo previsto en el apartado 5 del anexo I de esta ley, le ingrese la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como lo recaudado en concepto de la tasa del apartado 4 del anexo I por la prestación de servicios que tenga encomendada la Agencia de acuerdo con lo previsto en esta ley.

9. El régimen de contratación, de adquisición y de enajenación de la Agencia se rige por las normas generales de contratación de las Administraciones públicas.

10. El régimen patrimonial de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones se ajustará a las previsiones del artículo 48 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

11. La Agencia elaborará anualmente un anteproyecto de presupuesto con la estructura que señale el Ministerio de Hacienda, y lo remitirá al Ministerio de Ciencia y Tecnología para su elevación al Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, como parte de los Presupuestos Generales del Estado. El régimen presupuestario, el económico financiero, el de contabilidad, el de intervención y el de control financiero de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones será el establecido en la Ley General Presupuestaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

12. Corresponde al Gobierno aprobar el Estatuto de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, mediante real decreto, a iniciativa del Ministro de Ciencia y Tecnología y a propuesta conjunta de los Ministros de Hacienda y de Administraciones Públicas.

13. La constitución efectiva de la Agencia tendrá lugar en el momento y con los plazos que señale el real decreto de aprobación de su Estatuto. Dicho real decreto deberá someterse a la aprobación del Consejo de Ministros en un plazo no superior a un año desde la entrada en vigor de la presente disposición. En el citado real decreto se determinarán los órganos, centros y

servicios que quedarán integrados en la Agencia con las modificaciones que sean precisas.

**Artículo 48.
La Comisión
del Mercado de
las Telecomu-
nicaciones**

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada. Está adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que ejercerá las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio. Se regirá por lo dispuesto en esta ley y disposiciones que la desarrollen, así como por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el ejercicio de las funciones públicas que esta ley le atribuye y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto por el apartado 1 de su disposición adicional décima. El personal que preste servicio en la Comisión quedará vinculado a ella por una relación de carácter laboral.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.

3. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones

a) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.

b) Asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que

reglamentariamente se determine. La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. Asimismo, autorizará la transmisión de dichos recursos, estableciendo, mediante resolución, las condiciones de aquélla.

c) Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomienda el título III de esta ley.

d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta ley.

e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones

1ª. Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".

2ª. Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

3ª. Ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

f) Informar preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de operadores o de toma de control de uno o varios operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, cuando dichas operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia.

g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.

h) Asesorar al Gobierno y al Ministro de Ciencia y Tecnología, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá asesorar a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

En particular, informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas, en materia de comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como pliegos de cláusulas administrativas generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

i) Ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora de acuerdo con el artículo 50.1 y solicitar la intervención de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para la inspección técnica de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en aquellos supuestos en que la Comisión lo estime necesario para el desempeño de sus funciones.

j) El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley.

En los procedimientos que se inicien como resultado de denuncia por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de dicho ministerio.

La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

k) Denunciar, ante los servicios de inspección de telecomunicaciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, las conductas contrarias a la legislación general de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

En los procedimientos que se inicien como resultado de las denuncias a que se refiere el párrafo anterior, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

l) La llevanza de un registro de operadores, en el que se inscribirán todas aquellas cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de esta ley.

El registro contendrá los datos necesarios para que la Comisión pueda ejercer las funciones que tenga atribuidas.

m) Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

4. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estará regida por un Consejo, al que corresponderá el ejercicio de todas las funciones establecidas en el apartado anterior.

5. Dicho Consejo estará compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y siete consejeros, que serán nombrados por el Gobierno, mediante real decreto adoptado a propuesta conjunta de los Ministros de Ciencia y Tecnología y Economía, entre personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados, previa comparecencia ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados, para informar sobre las personas a quienes pretende proponer.

6. El Consejo designará un Secretario no Consejero, que actuará con voz, pero sin voto.

7. Los cargos de Presidente, Vicepresidente y consejeros se renovarán cada seis años, pudiendo los inicialmente designados ser reelegidos por una sola vez.

8. El Presidente, el Vicepresidente y los consejeros cesarán en su cargo por renuncia aceptada por el Gobierno, expiración del término de su mandato o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente por el Ministro de Ciencia y Tecnología, por incapacidad permanente para el

ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida.

9. Todos los miembros del Consejo estarán sujetos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración.

10. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobará el reglamento de régimen interior de la Comisión, en el que se regulará la actuación de los órganos de ésta, el procedimiento a seguir para la adopción de acuerdos y la organización del personal.

El acuerdo de aprobación del reglamento de régimen interior deberá ser adoptado con el visto favorable de dos tercios de los miembros que componen el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

11. La Comisión elaborará anualmente un informe al Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, que será elevado a las Cortes Generales. Este informe reflejará todas las actuaciones de la Comisión, sus observaciones y sugerencias sobre la evolución del mercado, el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, las medidas para corregir las deficiencias advertidas y para facilitar el desarrollo de las telecomunicaciones.

12. En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

13. La Comisión tendrá patrimonio propio, independiente del patrimonio del Estado.

14. Los recursos de la Comisión estarán integrados por:

a) Los bienes y valores que constituyan su patrimonio y los productos y rentas del mismo.

b) Los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas devengadas por la realización de actividades de prestación de servicios y los derivados del ejercicio de las competencias y funciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo. No obstante, la recaudación procedente de la actividad sancionadora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ingresará en el Tesoro Público.

En particular, constituirán ingresos de la Comisión las tasas que se regulan en el apartado 1 del anexo I de esta ley en los términos fijados en aquél.

La gestión y recaudación en período voluntario de las tasas de los apartados 1 y 2 del anexo I de esta ley, así como de las tasas de telecomunicaciones establecidas en el apartado 4 del citado anexo I que se recauden por la prestación de servicios que tenga encomendada la Comisión, de acuerdo con lo previsto en esta ley, corresponderá a la Comisión en los términos que se fijan en el apartado 5 de dicho anexo, sin perjuicio de los convenios que pudiera ésta establecer con otras entidades y de la facultad ejecutiva que corresponda a otros órganos del Estado en materia de ingresos públicos, o de su obligación de ingreso en el Tesoro Público, en su caso, en los supuestos previstos en el anexo I de esta ley.

c) Las transferencias que, en su caso, efectúe el Ministerio de Ciencia y Tecnología con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

15. La Comisión elaborará anualmente un anteproyecto de presupuesto con la estructura que determine el Ministerio de Hacienda, y lo remitirá a dicho departamento para su elevación al Gobierno. Este último, previa su aprobación, lo enviará a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado. El presupuesto tendrá carácter estimativo y sus variaciones serán autorizadas de acuerdo con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

16. El control económico y financiero de la Comisión se efectuará con arreglo a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria.

17. Las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa en los términos establecidos en la ley reguladora de dicha jurisdicción.

Los laudos que dicte la Comisión en el ejercicio de su función arbitral tendrán los efectos establecidos en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje; su revisión, anulación y ejecución forzosa se acomodarán a lo dispuesto en la citada ley.

TÍTULO VII

Tasas en materia de telecomunicaciones

**Artículo 49.
Principios aplicables a las tasas en materia de telecomunicaciones**

1. Los operadores y los titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico o de recursos de numeración estarán sujetos al pago de las tasas establecidas en el ordenamiento jurídico.

2. Dichas tasas tendrán como finalidad

a) Cubrir los gastos administrativos que ocasione el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica del derecho comunitario derivado y actos administrativos, como las relativas a la interconexión y acceso.

b) Los que ocasionen la gestión, control y ejecución del régimen establecido en esta ley.

c) Los que ocasione la gestión, control y ejecución de los derechos de ocupación del dominio público, los derechos de uso del dominio público radioeléctrico y la numeración.

d) La gestión de las notificaciones reguladas en el artículo 6 de esta ley.

e) Los gastos de cooperación internacional, armonización y normalización y el análisis de mercado.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, las tasas establecidas por el uso del dominio público radioeléctrico, la numeración y el dominio público necesario para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas tendrán como finalidad la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos, teniendo en cuenta el valor del bien cuyo uso se otorga y su escasez. Dichas tasas deberán ser no discriminatorias, transparentes, justificadas objetivamente y ser proporcionadas a su fin. Asimismo, deberán fomentar el cumplimiento de los objetivos y principios establecidos en el artículo 3, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

4. Las tasas a que se refieren los apartados anteriores serán impuestas de manera objetiva, transparente y proporcional, de manera que se minimicen los costes administrativos adicionales y las cargas que se derivan de ellos.

5. El Ministerio de Ciencia y Tecnología, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, así como las Administraciones territoriales que gestionen y liquiden tasas subsumibles en el apartado 2 de este artículo, publicarán un resumen anual de los gastos administrativos que justifican su imposición y del importe total de la recaudación.

6. Las tasas en materia de telecomunicaciones gestionadas por la Administración General del Estado y sus organismos públicos serán las recogidas en el anexo I de esta ley.

TÍTULO VIII

Inspección y régimen sancionador

**Artículo 50.
Funciones
inspectoras y
sancionadoras**

1. La función inspectora en materia de telecomunicaciones corresponde a:

- a) La Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.
- b) La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- c) El Ministerio de Ciencia y Tecnología.

2. Será competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología la inspección de los servicios y de las redes de telecomunicaciones, de sus condiciones de prestación, de los equipos, de los aparatos, de las instalaciones y de los sistemas civiles, que contará con un servicio central de inspección técnica de telecomunicaciones.

3. Corresponderá a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la inspección de las actividades de los operadores de telecomunicaciones respecto de las cuales tenga competencia sancionadora de conformidad con esta ley.

4. Corresponderá a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones la competencia de control e inspección del dominio público radioeléctrico, así como la realización de actividades de inspección conforme a lo establecido en el apartado siguiente.

5. Para la realización de determinadas actividades de inspección técnica, el Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en materias de su competencia, podrán solicitar la actuación de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

6. Los funcionarios de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, del Ministerio de Ciencia y Tecnología y el personal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones específicamente designado para ello tendrán, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, la consideración de autoridad pública y podrán solicitar, a través de la autoridad gubernativa correspondiente, el apoyo necesario de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

Los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta ley vendrán obligados a facilitar al personal de inspección, en el ejercicio de sus funciones, el acceso a sus instalaciones. También deberán permitir que dicho personal lleve

a cabo el control de los elementos afectos a los servicios o actividades que realicen, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar. Las personas físicas y jurídicas comprendidas en este párrafo quedan obligadas a poner a disposición del personal de inspección cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, éste considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.

Las actuaciones de comprobación o investigación llevadas a cabo por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, el Ministerio de Ciencia y Tecnología y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ámbito de sus competencias podrán desarrollarse, a elección de sus servicios:

a) En cualquier despacho, oficina o dependencia de la persona o entidad inspeccionada o de quien las represente.

b) En los propios locales de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, del Ministerio de Ciencia y Tecnología o de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Cuando las actuaciones de comprobación o investigación se desarrollen en los lugares señalados en el párrafo a) anterior, se observará la jornada laboral de los mismos, sin perjuicio de que pueda actuarse de común acuerdo en otras horas o días.

Las obligaciones establecidas en los párrafos anteriores serán también exigibles a quienes, careciendo de título habilitante, aparezcan como responsables de la prestación del servicio, de la instalación o de la explotación de la red o del ejercicio de la actividad.

7. La aplicación del régimen sancionador, corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de esta ley.

**Artículo 51.
Responsabilidad
por las infracciones en materia de telecomunicaciones**

La responsabilidad administrativa por las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones será exigible:

a) En el caso de incumplimiento de las condiciones establecidas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, a la persona física o jurídica que desarrolle la actividad.

b) En las cometidas con motivo de la explotación de redes o la prestación de servicios sin haber efectuado la notificación a que se refiere el artículo 6 de esta ley, a la persona física o jurídica que realice la actividad o, subsidiariamente, a la que tenga la disponibilidad de los equipos e instalaciones por cualquier título jurídico válido en derecho o careciendo de éste.

c) En las cometidas por los usuarios o por otras personas que, sin estar comprendidas en los párrafos anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones, a la persona física o jurídica cuya actuación se halle tipificada por el precepto infringido o a la que las normas correspondientes atribuyen específicamente la responsabilidad.

**Artículo 52.
Clasificación de
las infracciones**

Las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones se clasifican en muy graves, graves y leves.

**Artículo 53.
Infracciones
muy graves**

Se consideran infracciones muy graves

a) La realización de actividades sin título habilitante cuando sea legalmente necesario o utilizando parámetros técnicos diferentes de los propios del título y la utilización de potencias de emisión notoriamente superiores a las permitidas o de frecuencias radioeléctricas sin autorización o distintas de las autorizadas, siempre que, en estos dos últimos casos, se produzcan daños graves a las redes o a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

b) El uso, en condiciones distintas a las autorizadas, del espectro radioeléctrico que provoque alteraciones que impidan la correcta prestación de otros servicios por otros operadores.

c) El incumplimiento grave o reiterado por los titulares de concesiones, afectaciones demaniales o autorizaciones para el uso del dominio público radioeléctrico de las condiciones esenciales que se les impongan por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

d) La transmisión total o parcial de concesiones o autorizaciones para el uso privativo del dominio público radioeléctrico, sin cumplir con los requisitos establecidos a tal efecto por la normativa de desarrollo de esta ley.

e) La producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley, incluidas las causadas por estaciones radioeléctricas que estén instaladas o en funcionamiento a bordo de un buque, de una aeronave o de cualquier otro objeto flotante o aerotransportado que transmita emisiones desde fuera del territorio español para su posible recepción total o parcial en éste.

f) Efectuar emisiones radioeléctricas que incumplan gravemente los límites de exposición establecidos en la normativa de desarrollo del artículo 44 de esta ley e incumplir gravemente las demás medidas de seguridad establecidas en dicha normativa, incluidas las obligaciones de señalización o vallado de las instalaciones radioeléctricas.

g) Permitir el empleo de enlaces procedentes del exterior del territorio nacional que se faciliten a través de satélites cuyo uso no haya sido previamente autorizado.

h) La instalación, puesta en servicio o utilización de terminales o de equipos conectados a las redes públicas de comunicaciones electrónicas que no hayan evaluado su conformidad, conforme al título IV de esta ley, si se producen daños muy graves a aquéllas.

i) La importación o la venta al por mayor de equipos o aparatos cuya conformidad no haya sido evaluada de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de esta ley, o con los acuerdos o convenios internacionales celebrados por el Estado español.

j) El incumplimiento grave y reiterado por los titulares de los laboratorios designados o por las entidades colaboradoras de la Administración de las obligaciones que reglamentariamente se establezcan para su funcionamiento o de las derivadas de su acreditación o concierto, en el proceso de evaluación de los aparatos de telecomunicaciones, de conformidad con las especificaciones técnicas que les sean de aplicación.

k) La negativa o la obstrucción a ser inspeccionado, y la no colaboración con la inspección cuando ésta sea requerida.

l) El incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de servicio público, según lo establecido en el título III.

m) El incumplimiento reiterado de la obligación de mantener los niveles de calidad establecidos para la prestación de los servicios.

n) La interceptación, sin autorización, de telecomunicaciones no destinadas al público en general.

ñ) La divulgación del contenido, o de la simple existencia, de mensajes no destinados al público en general emitidos o recibidos a través de servicios de telecomunicaciones, a los que se acceda mediante la interceptación voluntaria o involuntaria, su publicación o cualquier otro uso de ellos sin la debida autorización.

o) El incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley.

p) El incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por el órgano competente de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones.

q) El incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las competencias que en materia de mercados de

referencia y operadores con poder significativo le atribuye esta ley.

r) El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

s) El incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.

t) La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo.

u) El incumplimiento de lo establecido en el artículo 6.1.

v) El incumplimiento, por parte de las personas físicas o jurídicas habilitadas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público, de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación.

w) El incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.

x) El incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones.

y) La falta de notificación a la Administración por el titular de una red de comunicaciones electrónicas de los servicios que se estén prestando a través de ella cuando esta información sea exigible de acuerdo con la normativa aplicable.

z) La vulneración grave o reiterada de los derechos previstos por el artículo 38.3, salvo el previsto por el párrafo h), cuya infracción se regirá por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

**Artículo 54.
Infracciones
graves**

Se consideran infracciones graves:

a) La realización de actividades sin título habilitante cuando sea legalmente necesario o utilizando parámetros técnicos diferentes de los propios del título y la utilización de potencias de emisión notoriamente superiores a las permitidas o de frecuencias radioeléctricas sin autorización o distintas de las autorizadas, siempre que las referidas conductas no constituyan infracción muy grave.

b) La instalación de estaciones radioeléctricas sin autorización, cuando, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de las telecomunicaciones, sea necesaria, o de estaciones radioeléctricas a bordo de un buque, de una aeronave o de cualquier otro objeto flotante o aerotransportado, que, en el mar o fuera de él, posibilite la transmisión de emisiones desde el exterior para su posible recepción total o parcial en territorio nacional.

c) La mera producción de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley que no se encuentren comprendidas en el artículo anterior.

d) La emisión de señales de identificación falsas o engañosas.

e) El uso, en condiciones distintas de las autorizadas, del espectro radioeléctrico que provoque alteraciones que dificulten la correcta prestación de otros servicios por otros operadores.

f) No atender el requerimiento hecho por la autoridad competente para el cese de las emisiones radioeléctricas, en los supuestos de producción de interferencias.

g) El establecimiento de comunicaciones con estaciones no autorizadas.

h) Efectuar emisiones radioeléctricas que incumplan los límites de exposición establecidos en la normativa de desarrollo del artículo 44 de esta ley e incumplir las demás medidas de seguridad establecidas en ella, incluidas las obligaciones de señalización o vallado de las instalaciones radioeléctricas.

i) La instalación, puesta en servicio o utilización de terminales o de equipos conectados a las redes públicas de comunicaciones electrónicas que no hayan evaluado su conformidad, conforme al título IV de esta ley, salvo que deba ser considerado como infracción muy grave.

j) La distribución, venta o exposición para la venta de equipos o aparatos cuya conformidad con los requisitos esenciales aplicables no haya sido evaluada de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de esta ley o con los acuerdos o convenios internacionales celebrados por el Estado español.

k) La realización de la actividad de instalación de aparatos y sistemas de telecomunicación sin disponer del correspondiente título habilitante, así como el incumplimiento de los requisitos aplicables al acceso a los servicios de telecomunicaciones en el interior de los edificios y a la instalación en ellos de las infraestructuras de telecomunicaciones.

l) La alteración, la manipulación o la omisión de las características técnicas, de las marcas, de las etiquetas, de los

signos de identificación o de la documentación de los equipos o de los aparatos de telecomunicaciones.

m) El incumplimiento por las entidades colaboradoras de la Administración para la normalización y la homologación de las prescripciones técnicas y del contenido de las autorizaciones o de los conciertos que les afecten, con arreglo a lo que reglamentariamente se determine.

n) Los siguientes actos de colaboración con los usuarios de buques o aeronaves, ya sean nacionales o de bandera extranjera, efectuados deliberadamente y que posibiliten la producción de las infracciones previstas en el párrafo h) del artículo 53 y en el párrafo b) de este artículo

1º El suministro, el mantenimiento o la reparación del material que incorpore el buque o la aeronave.

2º Su aprovisionamiento o abastecimiento.

3º El suministro de medios de transporte o el transporte de personas o de material al buque o a la aeronave.

4º El encargo o la realización de producciones de todo tipo desde buques o aeronaves, incluida la publicidad destinada a su difusión por radio.

5º La prestación de servicios relativos a la publicidad de las estaciones instaladas en los buques o en las aeronaves.

6º Cualesquiera otros actos de colaboración para la comisión de una infracción en materia de telecomunicaciones mediante el uso de buques o aeronaves.

ñ) El incumplimiento por parte de los operadores de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley, salvo que deba ser considerado como infracción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

o) El incumplimiento de las obligaciones de servicio público, según lo establecido en el título III, salvo que deba considerarse como infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo anterior.

p) El incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.

q) Cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones de los operadores explotadores de redes o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de sus usuarios, previsto en las leyes vigentes, salvo que deba ser considerado como infracción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

r) La vulneración de los derechos previstos por el artículo 38.3, salvo que deba ser reconocida como infracción muy grave. Queda exceptuado el derecho previsto por el párrafo h), cuya infracción se regirá por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

**Artículo 55.
Infracciones
leves**

Se consideran infracciones leves

a) La producción de cualquier tipo de emisión radioeléctrica no autorizada, salvo que deba ser considerada como infracción grave o muy grave.

b) La mera producción de interferencias cuando no deba ser considerada como infracción grave o muy grave.

c) Carecer de los preceptivos cuadros de tarifas o de precios cuando su exhibición se exija por la normativa vigente.

d) No facilitar los datos requeridos por la Administración o retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas.

e) Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones impuestas a operadores de redes o de servicios de comunicaciones electrónicas o de sus usuarios, previsto en las leyes vigentes, salvo que deba ser considerado como infracción grave o muy grave, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores.

**Artículo 56.
Sanciones**

1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes sanciones

a) Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quintuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.

b) Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto,

ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

c) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de 500.000 euros.

Las infracciones graves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme.

d) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 30.000 euros.

Las infracciones leves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada una amonestación privada.

2. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.
- b) La repercusión social de las infracciones.
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.
- d) El daño causado.

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.

El infractor vendrá obligado, en su caso, al pago de las tasas que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 o de haber disfrutado de título para la utilización del dominio público radioeléctrico.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 de este artículo, el Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar las siguientes medidas

a) Las infracciones a las que se refieren los artículos 53 y 54 podrán dar lugar a la adopción de medidas cautelares, que de conformidad con el artículo 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, podrán consistir en el precintado y, en su caso, la retirada del mercado de los equipos o instalaciones que hubiera empleado el infractor por un plazo máximo de seis meses, y en la orden de cese inmediato de la actividad presuntamente infractora, siendo, en su caso, aplicable el régimen de ejecución subsidiaria previsto en el artículo 98 de dicha ley.

b) Cuando el infractor carezca de título habilitante para la ocupación del dominio público o su equipo no haya evaluado su conformidad, se mantendrán las medidas cautelares previstas en el párrafo anterior hasta la resolución del procedimiento o hasta la evaluación de la conformidad.

c) Las sanciones impuestas por cualquiera de las infracciones comprendidas en los artículos 53 y 54, cuando se requiera título habilitante para el ejercicio de la actividad realizada por el infractor, podrán llevar aparejada, como sanción accesoria, el precintado o la incautación de los equipos o aparatos o la clausura de las instalaciones en tanto no se disponga del referido título.

d) Asimismo, podrá acordarse, como medida de aseguramiento de la eficacia de la resolución definitiva que se dicte, la suspensión provisional de la eficacia del título y la clausura provisional de las instalaciones, por un plazo máximo de seis meses.

4. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto.

5. Las cuantías señaladas en este artículo podrán ser actualizadas por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios de consumo.

**Artículo 57.
Prescripción**

1. Las infracciones reguladas en esta ley prescribirán, las muy graves, a los tres años, las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses.

El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador. El plazo de prescripción volverá a correr si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

En el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquélla en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume. No obstante, se entenderá que persiste la infracción en tanto los equipos, aparatos o instalaciones objeto del expediente no se encuentren a disposición de la Administración o quede constancia fehaciente de su imposibilidad de uso.

2. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a computarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a correr el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

**Artículo 58.
Competencias
sancionadoras**

La competencia sancionadora corresponderá

a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados. Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá

1º Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.

2º Al Presidente, en cuanto a las leves.

b) A la Agencia de Protección de Datos, cuando se trate de las infracciones muy graves comprendidas en el párrafo z) del artículo 53 y de las infracciones graves previstas por el párrafo r) del artículo 54.

c) Cuando se trate de infracciones no incluidas en los párrafos anteriores, y en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado, la imposición de sanciones corresponderá al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

El ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

Disposiciones Adicionales

Disposición adicional primera.

Limitaciones y servidumbres

1. Las limitaciones a la propiedad y las servidumbres a las que hace referencia el apartado 1 del artículo 32 de esta ley podrán afectar

- a) A la altura máxima de los edificios.
- b) A la distancia mínima a la que podrán ubicarse industrias e instalaciones eléctricas de alta tensión y líneas férreas electrificadas.
- c) A la distancia mínima a la que podrán instalarse transmisores radioeléctricos.

2. Con la excepción de la normativa legal vigente aplicable a la defensa nacional y a la navegación aérea, no podrán establecerse, por vía reglamentaria, limitaciones a la propiedad ni servidumbres que contengan condiciones más gravosas que las siguientes:

- a) Para distancias inferiores a 1.000 metros, el ángulo sobre la horizontal con el que se observe, desde la parte superior de las antenas receptoras de menor altura de la estación, el punto más elevado de un edificio será como máximo de tres grados.
- b) La máxima limitación exigible de separación entre una industria o una línea de tendido eléctrico de alta tensión o de ferrocarril y cualquiera de las antenas receptoras de la estación será de 1.000 metros.

La instalación de transmisores radioeléctricos en las proximidades de la estación se realizará con las siguientes limitaciones

Gama de frecuencias	Potencia radiada aparente del transmisor en dirección a la instalación a proteger -Kilovatios	Máxima limitación exigible de separación entre instalaciones a proteger y antena del transmisor -Kilómetros
30 MHz	$f < 0,01$ $1 < P < 10$ $P > 10$	2 10 20
30 MHz	$f > 0,01$ $1 < P < 10$ $P > 10$	1 2 5

3. Las limitaciones de intensidad de campo eléctrico se exigirán para aquellas instalaciones cuyos equipos tengan una alta sensibilidad. Se entiende que utilizan equipos de alta sensibilidad las instalaciones dedicadas a la investigación. Para las instalaciones de radioastronomía y astrofísica, estas limitaciones serán las siguientes:

a) Las estaciones dedicadas a la observación radioastronómica, en cada una de las bandas de frecuencia que se encuentran atribuidas al servicio de radioastronomía de conformidad con el cuadro nacional de atribución de frecuencias, estarán protegidas contra la interferencia perjudicial por los niveles de intensidad de campo que se indican a continuación

- 34,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 1400 a 1427 MHz.
- 35,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 1610,6 a 1613,8 MHz.
- 35,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 1660 a 1670 MHz.
- 31,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 2690 a 2700 MHz.
- 25,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 4990 a 5000 MHz.
- 14,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 10,6 a 10,7 GHz.
- 10,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 15,35 a 15,4 GHz.
- 2,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 22,21 a 22,5 GHz.
- 1,2 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 23,6 a 24 GHz.
- 4,8 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 31,3 a 31,8 GHz.
- 8,8 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 42,5 a 43,5 GHz.
- 20,8 dB ($\mu\text{V/m}$) en la banda 86 a 92 GHz.

b) Para la protección de las instalaciones de observatorios de astrofísica, la limitación de la intensidad de campo eléctrico, en cualquier frecuencia, será de 88,8 dB ($\mu\text{V/m}$) en la ubicación del observatorio.

4. Para un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico, la Administración podrá imponer, en las instalaciones, la utilización de aquellos elementos técnicos que mejoren la compatibilidad radioeléctrica entre estaciones.

Disposición adicional segunda.

Significado de los términos empleados por esta ley

A los efectos de esta ley, los términos definidos en el anexo II tendrán el significado que allí se les asigna.

Disposición adicional tercera.

Aplicación de la legislación reguladora de las infraestructuras comunes en los edificios, y de la disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre

La legislación que regule las infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación mantendrá su vigencia y no quedará afectada por la entrada en vigor de esta ley.

Lo mismo ocurrirá con la disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Disposición adicional cuarta.

Información confidencial

Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad.

Disposición adicional quinta.

El Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información

1. El Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, presidido por el Ministro de Ciencia y Tecnología o por la persona en quien delegue, es un órgano asesor del Gobierno en materia de telecomunicaciones y sociedad de la información.

2. Las funciones del Consejo serán de estudio, deliberación y propuesta en materias relativas a las telecomunicaciones y a la sociedad de la información, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos colegiados interministeriales con competencias de informe al Gobierno en materia de política informática. Le corresponderá, igualmente, informar sobre los asuntos que el Gobierno determine o sobre los que, por propia iniciativa, juzgue conveniente.

El informe del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información equivaldrá a la audiencia a la que se refiere el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El Gobierno, mediante real decreto, establecerá la composición y el régimen de funcionamiento del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, cuyos miembros representarán a la Administración General del Estado, a las Administraciones autonómicas, a la Administración local a través de sus asociaciones o federaciones más representativas, a los usuarios, incluyendo en todo caso a los discapacitados a través de sus organizaciones más representativas, a los operadores que presten servicios o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, a las industrias fabricantes de equipos de telecomunicaciones y de la sociedad de la información y a los sindicatos más representativos del sector.

Disposición adicional sexta.
Multas coercitivas

Para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicten, la Administración General del Estado o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las multas coercitivas serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas.

El importe de las multas coercitivas previstas en esta disposición se ingresará en el Tesoro Público.

Disposición adicional séptima.
Obligaciones en materia de acceso condicional, acceso a determinados servicios de radiodifusión y televisión, televisión de formato ancho y obligaciones de transmisión

1. Mediante reglamento se regularán las condiciones aplicables a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas en materia de acceso condicional a los servicios de televisión y radio digitales difundidos a los telespectadores y oyentes, con independencia del medio de transmisión utilizado. Asimismo, se regulará mediante real decreto el procedimiento de revisión de dichas condiciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el supuesto de que el operador obligado ya no tuviera poder significativo en el mercado en cuestión.

2. En la medida que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a determinados servicios digitales de radiodifusión y televisión, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer, en la forma y para los servicios que se determine reglamentariamente por el Gobierno,

obligaciones a los operadores que dispongan de interfaces de programa de aplicaciones (API) y guías electrónicas de programación (EPG) para que faciliten el acceso a estos recursos en condiciones razonables, justas y no discriminatorias.

3. Las redes públicas de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de servicios de televisión digital deberán disponer de capacidad para distribuir programas y servicios de televisión de formato ancho. Los operadores de dichas redes que reciban programas o servicios de televisión de formato ancho para su posterior distribución estarán obligados a mantener dicho formato.

4. Mediante reglamento aprobado por el Gobierno podrán imponerse, como obligaciones de servicio público, exigencias razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público, si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión, cuando resulte necesario para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y de forma proporcionada, transparente y periódicamente revisable.

Disposición adicional octava.

Mecanismo de consulta

Las medidas adoptadas por una Autoridad Nacional de Reglamentación de acuerdo con los artículos 10, 13, 19 y de la disposición adicional séptima de esta ley y de su normativa de desarrollo se someterán al mecanismo de consulta establecido en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) y las normas dictadas al efecto en desarrollo del mismo por la Comisión Europea.

Disposición adicional novena.

Protección de datos personales

No será preciso el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales necesaria para el cumplimiento de lo previsto en los artículos 7 y 38.6 de esta ley.

Disposición adicional décima.

Servicios de difusión por cable

Los servicios de difusión de radio y televisión por cable se prestarán en régimen de libre competencia, en las condiciones que se establezcan por el Gobierno mediante reglamento. Para su prestación en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma será preceptiva la previa obtención de una autorización administrativa estatal y su inscripción en el registro que a tal efecto se llevará en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Los operadores cuyo ámbito territorial de actuación no exceda del correspondiente al de una comunidad autónoma deberán solicitar la autorización al órgano competente de la misma. Dichas autorizaciones se inscribirán en los registros establecidos al efecto por cada comunidad autónoma. Tales inscripciones deberán comunicarse al registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a efectos meramente informativos.

El reglamento de los servicios de difusión de radio y televisión establecerá las obligaciones de los titulares de las autorizaciones y, en particular, las relativas a

- a) Distribución de programas de titularidad de programadores independientes.
- b) Cumplimiento de la legislación aplicable en materia de contenidos de los servicios de radio y televisión.

Disposición adicional undécima

El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá requerir a los solicitantes de los informes a que se refiere el apartado 4 del artículo 33 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, la aportación de informe de calificación de las actividades e identificación de los gastos e inversiones asociados en investigación y desarrollo o innovación realizados por entidades debidamente acreditadas en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Disposición adicional duodécima.

Despliegue de infraestructuras de radiocomunicación

En el marco de lo previsto en el apartado 7 del artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se creará un órgano de cooperación con participación de las comunidades autónomas para impulsar, salvaguardando las competencias de todas las administraciones implicadas, el despliegue de las infraestructuras de radiocomunicación, en especial las redes de telefonía móvil y fija inalámbrica, de acuerdo con los principios de seguridad de las instalaciones, de los usuarios y del público en general, a máxima calidad del servicio, la protección del medio ambiente y la disciplina urbanística. A estos efectos y de acuerdo con lo previsto por el apartado 8 del citado artículo 5 de la Ley 30/1992, la asociación de las entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación podrá ser invitada a asistir a las reuniones del citado órgano de cooperación.

Disposiciones transitorias

Disposición transitoria primera.

Derechos reconocidos y títulos otorgados antes de la entrada en vigor de esta ley

Respecto de las normas en vigor en el momento de aprobación de esta ley y de los derechos reconocidos y los títulos otorgados al amparo de aquéllas, será de aplicación lo siguiente:

1. Las normas dictadas en desarrollo del título 11 de la Ley General de Telecomunicaciones en relación con las autorizaciones y licencias individuales continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta ley, hasta que se apruebe la normativa de desarrollo prevista en el artículo 8.

2. Respecto de los títulos actualmente existentes se aplicarán las siguientes normas:

a) Quedan extinguidos desde la entrada en vigor de la esta ley todos los títulos habilitantes otorgados para la explotación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, quedando sus titulares habilitados para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el párrafo primero del artículo 6.1 de esta ley.

La extinción del título no implicará la de otros que estuvieran vinculados a él, entre otros, aquellos que le otorguen derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de numeración o de ocupación de la propiedad pública o privada.

En particular, quedan extinguidos los siguientes títulos:

Las autorizaciones generales y provisionales.

Las licencias individuales.

Las concesiones administrativas para la prestación de servicios de telecomunicaciones pendientes de transformación a la entrada en vigor de esta ley.

No obstante lo anterior, seguirán siendo exigibles las condiciones aplicables conforme a sus antiguos títulos y normativa anterior vigente hasta que se desarrolle el reglamento a que se refiere el artículo 8 de la ley cuando no sean incompatibles con las condiciones que, según la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, pueden asociarse a una autorización general. En el caso de licencias individuales otorgadas con limitación de número, las condiciones ligadas a la licencia extinta se entenderán afectas a la concesión demanial resultante de la transformación prevista en el apartado 8.d) de esta disposición transitoria.

En tanto que no se desarrolle reglamentariamente el título II de esta ley, aquellas personas físicas o jurídicas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 6 de esta ley, notifiquen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones su intención de prestar servicios o explotar redes de comunicaciones electrónicas, o hayan solicitado una autorización o licencia conforme al régimen anterior sin haber obtenido aún el correspondiente título,

podrán iniciar la prestación de la actividad en los términos establecidos en la normativa anterior, en lo que no se oponga a esta ley.

b) Los actuales registros especiales de titulares de autorizaciones generales y de titulares de licencias individuales y, en general, cuantos contengan inscripciones de cualquier otro título o titulares de habilitaciones para prestar servicios de telecomunicaciones que se extingan como consecuencia de la entrada en vigor de esta ley se seguirán llevando en los términos que se indican en el párrafo siguiente en tanto no se desarrolle reglamentariamente el Registro de operadores a que se refiere el artículo 7 de esta ley.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, todas las inscripciones contenidas en los actuales registros se considerarán inscripciones de personas físicas o jurídicas habilitadas para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que éstas reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6 de esta ley.

El Registro de titulares de autorizaciones generales seguirá vigente para la inscripción de las personas físicas o jurídicas que presenten notificaciones al amparo del artículo 6 de esta ley hasta la puesta en funcionamiento del nuevo registro, e incorporará, además, la inscripción de las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas que, conforme a la normativa anterior, no fueran susceptibles de inscripción.

c) Las licencias para autoprestación con concesión demanial aneja de dominio público radioeléctrico se transformarán en una autorización administrativa de uso privativo de dominio público radioeléctrico, manteniendo el plazo de duración que les correspondiese hasta la finalización del título que se transforma. Los órganos competentes en gestión del espectro radioeléctrico procederán de oficio a efectuar las correspondientes modificaciones en los títulos anulando la licencia para autoprestación.

A las concesiones de servicios portadores y finales de telecomunicaciones o de telecomunicaciones móviles pendientes de transformar de las previstas en la disposición transitoria primera, apartado 6, de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, les será de aplicación lo previsto respecto de las licencias individuales de tipo B y C que mantengan derechos de ocupación de dominio público y de la propiedad privada y obligaciones de servicio público.

3. Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.

El Reglamento de desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones actualmente en vigor en lo relativo a interconexión y acceso a las redes públicas y numeración continuará en vigor hasta tanto se aprueben las nuevas normas que desarrollen el título II de esta ley.

Asimismo, las normas legales y reglamentarias, así como los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en materia de

regulación y fijación de precios de los servicios de telecomunicaciones, continuarán en vigor hasta que se fijen, en los términos establecidos en el párrafo primero, los mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y las obligaciones que sean de aplicación en cada uno de dichos mercados a los operadores con poder significativo en ellos.

4. Tanto el Plan Nacional de Numeración para los Servicios de Telecomunicaciones, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 1997, como el Real Decreto 225/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de asignación y reserva de numeración de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como las demás normas vigentes en materia de numeración, continuarán en vigor en tanto no se dicten otras nuevas que las sustituyan.

5. Hasta que se apruebe el reglamento que sustituya al actualmente en vigor en lo relativo al servicio universal y a las demás obligaciones de servicio público, continuará en vigor en lo que no se oponga a esta ley tanto lo previsto en el artículo 37.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como lo dispuesto en dicho reglamento.

En especial, el reglamento que sustituya el anteriormente citado deberá regular la forma en que se efectuará la transición en:

La designación del operador u operadores para la prestación del servicio universal en aplicación de los nuevos procedimientos previstos en el artículo 23.

El paso de la aplicación del concepto de servicio universal de la Ley General de Telecomunicaciones al nuevo concepto del artículo 22.

En todo caso, seguirán en vigor hasta la aprobación del nuevo reglamento las normas dictadas al amparo de la Ley General de Telecomunicaciones que regulan los derechos de los consumidores y usuarios, las infraestructuras comunes de telecomunicaciones, así como el resto de disposiciones reglamentarias en desarrollo del título III de dicha ley.

6. En relación con los derechos de ocupación de la propiedad pública o privada, desde la entrada en vigor de esta ley será de plena aplicación lo dispuesto en ella y, a dichos efectos, las Administraciones a que se refiere el capítulo II del título III no podrán fundar la denegación de derechos de ocupación del dominio público o privado, sino en la aplicación de las normas a que se hace referencia en dicho capítulo que hubiesen aprobado. Asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá haber puesto en funcionamiento en dicho plazo el sistema previsto en el artículo 3 1.

7. Las normas actualmente vigentes en las materias que desarrollan el título IV de esta ley continuarán en vigor.

8. En relación con la normativa vigente antes de la entrada en vigor de esta ley sobre el uso del dominio público radioeléctrico, será de aplicación lo siguiente:

a) Las normas en vigor sobre el dominio público radioeléctrico en el momento de aprobación de esta ley, tanto los reglamentos como los planes de atribución de frecuencias, continuarán en vigor, con las salvedades que se establecen en los párrafos siguientes.

b) El uso especial del dominio público radioeléctrico continuará rigiéndose por la normativa vigente en el momento de la publicación de esta ley en todo lo que no se oponga a ella. En particular, en lo que se refiere al uso del espectro radioeléctrico correspondiente a las bandas asignadas a los radioaficionados y a la banda ciudadana, mantendrán su validez los títulos habilitantes anteriormente existentes, pudiendo otorgarse, en las mismas condiciones, nuevos títulos en tanto no se dicte la normativa que sustituya a la actualmente en vigor.

Las autorizaciones de uso especial del dominio público radioeléctrico, una vez finalice el período de validez de las otorgadas antes de la entrada en vigor de esta ley, se transformarán en el título que corresponda en las condiciones previstas en el título V.

c) El derecho al uso privativo del dominio público radioeléctrico sin limitación de número se transformará de la forma siguiente:

El derecho de uso privativo de dominio público radioeléctrico para autoprestación se transformará en autorización administrativa de derecho de uso privativo manteniendo validez, a estos efectos, la concesión demanial otorgada afecta a una licencia individual hasta la finalización del plazo por el que fue otorgada, con los mismos derechos y obligaciones, en lo que no se oponga a esta ley. A dichos efectos, se considerará dicha concesión demanial independiente de cualquier licencia individual.

Las concesiones de uso privativo del dominio público radioeléctrico sin limitación de número para prestación de servicios a terceros continuarán manteniendo su validez en los términos en que se encuentren otorgadas en la actualidad.

d) Los títulos habilitantes para el ejercicio del derecho de uso privativo de dominio público radioeléctrico con limitación de número continuarán manteniendo su validez en los términos en que se encuentren otorgados en la actualidad, hasta tanto se apruebe el reglamento a que se refiere el artículo 44, debiendo con posterioridad transformarse en una concesión demanial en los términos que se establezcan en el citado reglamento.

9. En relación con las tasas de telecomunicaciones, y hasta tanto se aprueben y entren en vigor las normas de desarrollo del título VII, seguirán siendo de aplicación las disposiciones vigentes que establecen tanto las tasas como sus procedimientos de recaudación en materia de telecomunicaciones, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria quinta de esta ley y en su anexo I.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, hasta que se aprueben y entren en vigor las normas de desarrollo del título VII continuarán vigentes las siguientes tasas

a) La tasa por el uso especial del dominio público radioeléctrico, prevista en el artículo 73.4 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

b) El concepto de la tasa del artículo 74 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, establecido por la tramitación y otorgamiento de licencias individuales para uso de redes y servicios en régimen de autoprestación.

Por el contrario, hasta que se aprueben y entren en vigor las normas de desarrollo del título VII, no resultarán exigibles los siguientes conceptos de las tasas previstas en el apartado 4 del anexo I de esta ley:

a) El concepto relativo a la tasa por la tramitación de autorizaciones de uso especial del dominio público radioeléctrico, y

b) El concepto relativo a la tasa por la tramitación de autorizaciones o concesiones demaniales para el uso privativo del dominio público radioeléctrico.

Las competencias de gestión y recaudación en período voluntario atribuidas por esta ley a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones se ejercitarán por los órganos actualmente competentes del Ministerio de Ciencia y Tecnología hasta tanto no se produzca la efectiva constitución de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, conforme a lo dispuesto en el apartado 13 del artículo 47 de esta ley, y se aprueben y entren en vigor las normas de desarrollo del título VII relativas a las tasas afectadas.

Las referencias hechas en la normativa de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, a los tipos de infracciones previstas en dicha ley se entenderán hechas a sus equivalentes de esta ley.

10. Los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley continuarán tramitándose de conformidad con la normativa anteriormente vigente hasta la aprobación de las disposiciones reglamentarias correspondientes a partir de dicha fecha deben continuarse los procedimientos en curso, de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en especial de lo dispuesto en los apartados anteriores, convalidándose, en su caso, las actuaciones ya realizadas.

Disposición transitoria segunda.

Prestación del servicio universal

Durante el período transitorio previsto en el apartado cinco de la disposición transitoria primera, la prestación del servicio universal en el ámbito definido por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, seguirá correspondiendo a Telefónica de España S.A.U. Una vez aprobado el reglamento previsto en dicho apartado, se estará a lo dispuesto en él.

Disposición transitoria tercera.

Fijación de precios

Durante el período transitorio previsto en el apartado tres de la disposición transitoria primera, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá fijar, transitoriamente, precios fijos, máximos y mínimos, o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las

situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquellos de todos los ciudadanos a precios asequibles. A estos efectos, los operadores que exploten redes o presten servicios estarán obligados a suministrar información pormenorizada sobre sus costes, atendiendo a los criterios y condiciones que se fijan reglamentariamente. En todo caso, dicha información deberá ser relevante a los fines de la regulación de los precios y, asimismo, deberá suministrarse acompañada de un informe de conformidad emitido por una empresa auditora independiente.

Disposición transitoria cuarta.

Prestación de determinados servicios a los que se refiere el artículo 25

En tanto no se proceda al desarrollo de lo dispuesto en el artículo 25 de esta ley, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., prestará directamente los servicios de telex, telegráficos y otros de características similares, a los que se refiere el artículo 25.2 de esta ley, ajustándose, en su caso, a lo que prevea el reglamento previsto en el apartado 3 de dicho artículo.

Asimismo, se encomienda a la Dirección General de la Marina Mercante la prestación de los servicios de seguridad de la vida humana en el mar subsumibles bajo el artículo 2 5. 1.

Disposición transitoria quinta.

Régimen transitorio para la fijación de las tasas establecidas en el anexo I de esta ley

Hasta que se fijen, de conformidad con lo que se establece en la legislación específica sobre tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público, los valores a los que se refieren los apartados 1, 2, 3 y 4 del anexo I de esta ley, será de aplicación lo siguiente

El importe de la tasa anual que, conforme al apartado 1, los operadores deben satisfacer por la prestación de servicios a terceros será el resultado de aplicar el tipo del 1,5 por mil a la cifra de los ingresos brutos de explotación que obtengan aquellos.

El valor de cada número para la fijación de la tasa por numeración, a que se refiere el apartado 2, será de 0,03 euros.

Hasta que se fije el importe de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, a la que se refiere el apartado 3, seguirá siendo de aplicación lo establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El importe mínimo a ingresar en concepto de tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, previsto en el apartado 3.3 del anexo 1, se fija inicialmente en 100 euros.

Las autorizaciones para el uso especial del dominio público radioeléctrico transformadas conforme al apartado ocho.b) de la disposición transitoria primera no estarán sujetas al pago de la tasa por reserva de dicho dominio.

Hasta que se fijen las cuantías de la tasa prevista en el apartado 4, se aplicarán las siguientes

- a) Por la expedición de certificaciones registrales y de presentación de proyecto técnico y del certificado o boletín de instalación, 37 euros.
- b) Por la expedición de certificaciones de cumplimiento de especificaciones técnicas, 292 euros.
- c) Por cada acto de inspección o comprobación técnica efectuado, 307 euros.
- d) Por la tramitación de la autorización o concesión demanial para el uso privativo del dominio público radioeléctrico, 62 euros.
- e) Por la tramitación de la autorización de uso especial del dominio público radioeléctrico, 180 euros por estación de aficionado, y 100 euros por estación de banda ciudadana.
- f) Por la presentación a los exámenes para la obtención del diploma de operador de estaciones de aficionado, 20 euros.
- g) Por la expedición del diploma de operador de estaciones de aficionado, 12 euros.
- h) Por inscripción en el registro de instaladores, 91 euros.
- i) Por la solicitud y emisión del dictamen técnico de evaluación de la conformidad de equipos y aparatos de telecomunicación, 301 euros.

A partir de la entrada en vigor de esta ley, la reserva para uso privativo de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico estará sujeta a la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico conforme a la regulación establecida en ella, con independencia del momento en que se otorgaran los títulos habilitantes que dieron derecho a dicha reserva y de la duración de los mismos.

Disposición transitoria sexta.

Régimen transitorio de las obligaciones en materia de televisión

1. Seguirán siendo aplicables las disposiciones sobre el sistema de garantía de cobertura de los servicios soporte de los servicios de televisión, establecido actualmente en la Orden de 9 de marzo de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, hasta tanto no se mantengan, modifiquen o eliminen a través del procedimiento de fijación de mercados de referencia y poder significativo en el mercado con obligaciones a los operadores que se designen establecido en esta ley o se impongan, en su caso, las correspondientes obligaciones de servicio público.

2. Igualmente seguirán siendo aplicables las obligaciones contenidas en la Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 95/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector, modificada por el Real Decreto Ley 16/1997, de 13 de septiembre, hasta tanto no se desarrollen reglamentariamente los apartados 1 y 2 de la disposición adicional séptima de esta ley.

Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no perjudica la posibilidad de transformar las obligaciones referidas en ellos en otras obligaciones de servicio público conforme al artículo 25 de esta ley.

3. Asimismo, seguirán siendo aplicables las obligaciones de transmisión establecidas en los párrafos e), f) y g) del apartado 1 del artículo 11 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, hasta tanto no se supriman, modifiquen o sustituyan conforme a lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional séptima de esta ley.

Disposición transitoria séptima.

Presentación de la contabilidad de costes

Durante el período transitorio previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria primera será de aplicación lo siguiente

a) Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público fijo o de líneas susceptibles de arrendamiento, que tengan la consideración de operador con poder significativo en el mercado, presentarán a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, antes del 31 de julio de cada año, los resultados del sistema de contabilidad de costes del último ejercicio cerrado y del inmediatamente anterior, correspondientes a las áreas de negocio de los servicios telefónico fijo, de líneas susceptibles de arrendamiento y de acceso e interconexión, prestados en el territorio español, así como los de prestación del servicio universal de telecomunicaciones, con el grado de detalle que permita conocer los costes totales y unitarios de cada uno de los servicios, de acuerdo con los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes aprobados por dicha Comisión.

b) Asimismo, los operadores que, no teniendo la consideración de operadores con poder significativo en el mercado, tengan obligaciones de prestación del servicio universal de comunicaciones electrónicas presentarán los resultados del sistema de contabilidad de costes por la prestación de este servicio, en las mismas condiciones y fechas referidas en el párrafo anterior.

c) Los operadores de telefonía móvil automática que tengan la condición de operadores con poder significativo en el mercado nacional de acceso e interconexión presentarán a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, antes del 31 de julio de cada año, los estados de costes que justifiquen los precios de acceso e interconexión de acuerdo con los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes aprobados por dicha Comisión. Estos estados de costes serán los correspondientes al último ejercicio cerrado y al inmediatamente anterior y deberán presentarse auditados externamente.

El análisis de los citados costes a efectos de los párrafos anteriores, así como su incidencia sobre la estructura sectorial, se llevará a cabo por los Ministerios

de Economía y de Ciencia y Tecnología, con la asistencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Disposición transitoria octava.

Competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual.

Disposición transitoria novena.

Resolución de procedimientos sancionadores por el envío no autorizado de comunicaciones comerciales por correo electrónico iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley

La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá resolver conforme a la regulación vigente de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico a la entrada en vigor de esta ley, los procedimientos sancionadores por el envío no autorizado de comunicaciones comerciales por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes iniciados al amparo de dicha ley, que no hubieran concluido a la entrada en vigor de esta ley.

Disposición transitoria décima.

Régimen de los servicios de difusión por cable

Los títulos habilitantes otorgados para los servicios de difusión de radio y televisión por cable y los que se encuentren en proceso de otorgamiento al amparo de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, se transformarán de manera inmediata por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la correspondiente autorización administrativa. Si el ámbito territorial de actuación del servicio no excediera del correspondiente a una comunidad autónoma, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al órgano competente de la comunidad autónoma la transformación en autorización administrativa.

Hasta que se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición adicional décima de esta ley, a las autorizaciones que resulten de la transformación prevista en el párrafo anterior les serán de aplicación los artículos 10.1, 10.2 y 12 de la Ley 2/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

No obstante lo dispuesto en la disposición adicional décima, no se otorgarán nuevas autorizaciones para la prestación de los servicios de difusión por cable antes del 31 de diciembre de 2009, salvo que el Gobierno a partir del 31 de diciembre de 2005, previo dictamen razonado de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones relativo a la situación global de extensión de las redes de cable considere conveniente la modificación de dicho término.

Vencido el término a que se refiere el artículo anterior, el otorgamiento de las autorizaciones se realizará conforme a lo que se establezca por reglamento. En el mismo se establecerán las condiciones de prestación del servicio, que serán aplicables tanto a los titulares previstos en el párrafo anterior como a los que obtengan las autorizaciones mencionadas en éste.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, podrán otorgarse nuevas autorizaciones para la prestación de los servicios de difusión por cable antes de la fecha mencionada, una vez que haya entrado en vigor el reglamento previsto por la disposición adicional décima, dentro del ámbito de las demarcaciones territoriales constituidas conforme a la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, en las que hubieran quedado desierto los concursos convocados a su amparo.

Disposición derogatoria única

Disposición derogatoria única.

Derogación normativa

Sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones transitorias de esta ley, quedan derogadas las siguientes disposiciones

a) La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

b) La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, excepto sus disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima, y sus disposiciones transitorias sexta, séptima y duodécima.

c) La Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 95/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector, modificada por el Real Decreto Ley 16/1997, de 13 de septiembre.

d) El Real Decreto Ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, con excepción de su artículo 6.

e) El capítulo I del Real Decreto Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones.

f) La disposición adicional vigésima tercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

g) La Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones transitorias sexta y décima de esta ley.

h) Igualmente, quedan derogadas cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta ley.

Disposiciones finales

Disposición final primera.

Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico

Uno. Se modifica el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que queda redactado en los siguientes términos :

«Artículo 21. Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija».

Dos. Se modifica el artículo 22 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, con la siguiente redacción:

"Artículo 22. Derechos de los destinatarios de servicios.

1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

2. Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad

de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso a datos con el fin de efectuar o facilitar técnicamente la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario".

Tres. Se modifica el artículo 38.3.b) de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que queda redactado de la siguiente manera:

"b) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión o se hubiera opuesto a ella".

Cuatro. Se modifica el artículo 38.4d) de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que queda redactado de la siguiente manera:

"d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a los destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella, cuando no constituya infracción grave".

Cinco. Se modifica el artículo 43.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que quedará redactado como sigue:

"1. La imposición de sanciones por el incumplimiento de lo previsto en esta ley corresponderá, en el caso de infracciones muy graves, al Ministro de Ciencia y Tecnología y en el de infracciones graves y leves, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

No obstante lo anterior, la imposición de sanciones por incumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 38.2 de esta ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida. Igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.b) y 38.4d) de esta ley".

Seis. Se añade una disposición adicional sexta a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, con la siguiente redacción

"Disposición adicional sexta. Fomento de la Sociedad de la Información.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología como Departamento de la Administración General del Estado responsable de la propuesta al Gobierno y de la ejecución de las políticas tendentes a promover el desarrollo en España de la Sociedad de la Información, la generación de valor añadido nacional y la consolidación de una industria nacional sólida y eficiente de productos, servicios y contenidos de la Sociedad de la Información, presentará al Gobierno para su aprobación y a las Cortes Generales un plan cuatrienal para el desarrollo de la Sociedad de la Información y de convergencia con Europa con objetivos mensurables, estructurado en torno a acciones concretas, con mecanismos de seguimiento efectivos, que aborde de forma equilibrada todos los frentes de actuación, contemplando diversos horizontes de maduración de las iniciativas y asegurando la cooperación y la coordinación del conjunto de las Administraciones públicas.

Este plan establecerá, asimismo, los objetivos, las acciones, los recursos y la periodificación del proceso de convergencia con los países de nuestro entorno comunitario en línea con las decisiones y recomendaciones de la Unión Europea.

En este sentido, el plan deberá:

Potenciar decididamente las iniciativas de formación y educación en las tecnologías de la información para extender su uso, especialmente, en el ámbito de la educación, la cultura, la gestión de las empresas, el comercio electrónico y la sanidad.

Profundizar en la implantación del gobierno y la administración electrónica incrementando el nivel de participación ciudadana y mejorando el grado de eficiencia de las Administraciones públicas".

Disposición final segunda.

Fundamento constitucional

Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones, prevista en el artículo 149.1.21ª de la Constitución, salvo la disposición adicional décima y las disposiciones transitorias octava y décima, que se dictan al amparo de la competencia estatal en materia de medios de comunicación social, prevista por el artículo 149.1.27.ª de la Constitución.

Disposición final tercera.

Competencias de desarrollo

El Gobierno y el Ministro de Ciencia y Tecnología, de acuerdo con lo previsto en esta ley y en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán dictar las normas reglamentarias que requieran el desarrollo y la aplicación de esta ley.

Disposición final cuarta.

Entrada en vigor

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley. Madrid, 3 de noviembre de 2003.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ

ANEXO I

Tasas en materia de telecomunicaciones

1. Tasa general de operadores

Sin perjuicio de la contribución económica que pueda imponerse a los operadores para la financiación del servicio universal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 y en el título III, todo operador estará obligado a satisfacer a la Administración General del Estado y sus organismos públicos una tasa anual que no podrá exceder el dos por mil de sus ingresos brutos de explotación y que estará destinada a sufragar los gastos que se generen, incluidos los de gestión, control y ejecución, por la aplicación del régimen jurídico establecido en esta ley, por las autoridades nacionales de reglamentación a que se refiere el artículo 46.

A efectos de lo señalado en el párrafo anterior, se entiende por ingresos brutos el conjunto de ingresos que obtenga el operador derivados de la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley. A tales efectos, no se considerarán como ingresos brutos los correspondientes a servicios prestados por un operador cuyo importe recaude de los usuarios con el fin de remunerar los servicios de operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas.

La tasa se devengará el 31 de diciembre de cada año. No obstante, si por causa imputable al operador, éste perdiera la habilitación para actuar como tal en fecha anterior al 31 de diciembre, la tasa se devengará en la fecha en que esta circunstancia se produzca.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Ley de Presupuestos Generales del Estado establecerá anualmente el porcentaje a aplicar sobre los ingresos brutos de explotación que obtenga el operador, con el límite determinado en este apartado para la fijación del importe de la tasa, tomando en consideración la relación entre los ingresos del cobro de la tasa y los gastos ocasionados por el funcionamiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La diferencia entre los ingresos presupuestados por este concepto y los realmente obtenidos será tenida en cuenta a efectos de reducir o incrementar el porcentaje a fijar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año siguiente. Se tomará como objetivo conseguir el equilibrio entre los ingresos por la tasa y los gastos derivados de la citada actividad realizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

No obstante, en caso de ser reducido el porcentaje en la Ley de Presupuestos Generales del Estado al límite del 1,5 por mil del ingreso bruto, el superávit entre ingresos obtenidos y gastos, si lo hubiera, se ingresará por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, en los plazos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, teniendo en cuenta sus necesidades de financiación.

2. Tasas por numeración telefónica

1. Constituye el hecho imponible de la tasa la asignación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de bloques de numeración o de números a favor de una o varias personas o entidades.

Serán sujetos pasivos de la tasa las personas físicas o jurídicas a las que se asignen los bloques de numeración o los números.

La tasa se devengará el 1 de enero de cada año, excepto la del período inicial, que se devengará en la fecha que se produzca la asignación de bloques de numeración o de números.

El procedimiento para su exacción se establecerá por reglamento. El importe de dicha exacción será el resultado de multiplicar la cantidad de números asignados por el valor otorgado a cada número.

El valor de cada número podrá ser diferente, en función del número de dígitos y de los distintos servicios a los que afecte y se fijará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

A los efectos de esta tasa, se entiende que todos los números están formados por nueve dígitos. Cuando se asignen números con menos dígitos, a los efectos del cálculo de la cuantía a pagar en el concepto de tasa, se considerará que se están asignando la totalidad de los números de nueve dígitos que se puedan formar manteniendo como parte inicial de éstos el número asignado.

2. No obstante lo dispuesto en el epígrafe anterior, en la fijación del importe a satisfacer por esta tasa se podrá tomar en consideración el valor de mercado del uso del número asignado y la rentabilidad que de él pudiera obtener la persona o entidad beneficiaria, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 17.

En este caso, en los supuestos de carácter excepcional en que así esté previsto en el plan nacional de numeración telefónica o sus disposiciones de desarrollo y en los términos que en aquél se fijen, con base en el especial valor de mercado del uso de determinados números, la cuantía anual podrá sustituirse por la que resulte de un procedimiento de licitación en el que se fijará un valor inicial de referencia y el tiempo de duración de la asignación. Si el valor de adjudicación de la licitación resultase superior a dicho valor de referencia, aquél constituirá el importe de la tasa.

3. Procederá la devolución del importe de la tasa por numeración que proporcionalmente corresponda, cuando se produzca la cancelación de la asignación de recursos de numeración a petición del interesado, durante el ejercicio anual que corresponda. Para ello, se seguirá el procedimiento reglamentariamente establecido.

4. El importe de los ingresos obtenidos por esta tasa se ingresará en el Tesoro Público y se destinará a la financiación de los gastos que soporte la Administración General del Estado en la gestión, control y ejecución del régimen jurídico establecido en esta ley.

3. Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico

1. La reserva para uso privativo de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico a favor de una o varias personas o entidades se gravará con una tasa anual, en los términos que se establecen en este apartado.

Para la fijación del importe a satisfacer en concepto de esta tasa por los sujetos obligados, se tendrá en cuenta el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario.

Para la determinación del citado valor de mercado y de la posible rentabilidad obtenida por el beneficiario de la reserva se tomarán en consideración, entre otros, los siguientes parámetros:

- a) El grado de utilización y congestión de las distintas bandas y en las distintas zonas geográficas.
- b) El tipo de servicio para el que se pretende utilizar la reserva y, en particular, si éste lleva aparejadas las obligaciones de servicio público recogidas en el título III.
- c) La banda o sub-banda del espectro que se reserve.

- d) Los equipos y tecnología que se empleen.
- e) El valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado.

2. El importe a satisfacer en concepto de esta tasa será el resultado de dividir por el tipo de conversión contemplado en la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, el resultado de multiplicar la cantidad de unidades de reserva radioeléctrica del dominio público reservado por el valor que se asigne a la unidad. En los territorios insulares, la superficie a aplicar para el cálculo de las unidades radioeléctricas que se utilicen para la determinación de la tasa correspondiente se calculará excluyendo la cobertura no solicitada que se extienda sobre la zona marítima. A los efectos de lo dispuesto en este apartado, se entiende por unidad de reserva radioeléctrica un patrón convencional de medida, referido a la ocupación potencia_r o real, durante el período de un año, de un ancho de banda de un kilohercio sobre un territorio de un kilómetro cuadrado.

3. La cuantificación de los parámetros anteriores se determinará por Ley de Presupuestos Generales del Estado. La reducción del parámetro indicado en el párrafo b) del epígrafe 1 de este apartado de la tasa por reserva de dominio público radioeléctrico será de 75 por ciento del valor de dicho coeficiente para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas que lleven aparejadas obligaciones de servicio público de los artículos 22 y 25, apartados 1 y 2, de esta ley, o para el dominio público destinado a la prestación de servicios públicos en gestión directa o indirecta mediante concesión administrativa.

Asimismo, en la ley a que se refiere el párrafo anterior se fijará:

- a) La fórmula para el cálculo del número de unidades de reserva radioeléctrica de los distintos servicios radioeléctricos.
- b) Los tipos de servicios radioeléctricos.
- c) El importe mínimo a ingresar en concepto de tasa por reserva del dominio público radioeléctrico.

4. El pago de la tasa deberá realizarse por el titular de la reserva de dominio público radioeléctrico. Las estaciones meramente receptoras que no dispongan de reserva radioeléctrica estarán excluidas del pago de la tasa. El importe de la exacción será ingresado en el Tesoro Público.

5. El importe de la tasa habrá de ser satisfecho anualmente. Se devengará inicialmente el día del otorgamiento del título habilitante para el uso de demanial y, posteriormente, el día 1 de enero de cada año.

6. El procedimiento de exacción se establecerá por norma reglamentaria. El impago del importe de la tasa podrá motivar la suspensión o la pérdida del derecho a la ocupación del dominio público radioeléctrico.

7. Las Administraciones públicas estarán exentas del pago de esta tasa en los supuestos de reserva de frecuencia del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios obligatorios de interés general sin contrapartida económica directa o indirecta, como tasas, precios públicos o privados, ni otros ingresos derivados de dicha prestación, tales como los ingresos en concepto de publicidad. A tal efecto, deberán solicitar, fundadamente, dicha exención al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Asimismo, no estarán sujetos al pago los enlaces descendentes de radiodifusión por satélite, tanto sonora como de televisión.

4. Tasas de telecomunicaciones

1. La gestión precisa para la emisión de certificaciones registrales y de la presentación de proyecto técnico y del certificado o boletín de instalación que ampara las infraestructuras comunes de telecomunicaciones en el interior de edificios, de cumplimiento de las especificaciones técnicas de equipos y aparatos de telecomunicaciones, así como la emisión de dictámenes técnicos de evaluación de la conformidad de estos equipos y aparatos, las inscripciones en el registro de instaladores de telecomunicación, las actuaciones inspectoras o de comprobación técnica que, con carácter obligatorio, vengán establecidas en esta ley o en otras disposiciones con rango legal, la tramitación de autorizaciones o concesiones demaniales para el uso privativo del dominio público radioeléctrico y la tramitación de autorizaciones de uso especial de dicho dominio darán derecho a la exacción de las tasas compensatorias del coste de los trámites y actuaciones necesarias, con arreglo a lo que se dispone en los párrafos siguientes.

Asimismo, dará derecho a la exacción de las correspondientes tasas compensatorias, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos siguientes, la realización de los exámenes para la obtención del diploma de operador de estaciones de radioaficionados y la expedición de éste.

2. Constituye el hecho imponible de la tasa la prestación por la Administración de los servicios necesarios para el otorgamiento de las certificaciones correspondientes, de la emisión de dictámenes técnicos, las inscripciones en el registro de instaladores de telecomunicación y la realización de las actuaciones inspectoras o de comprobación técnica señaladas en el número anterior, así como la tramitación de autorizaciones o concesiones demaniales para el uso privativo del dominio público radioeléctrico y la tramitación de autorizaciones de uso especial del dominio público radioeléctrico la realización de los exámenes de operador de estaciones de aficionado y la expedición de los diplomas correspondientes.

3. Serán sujetos pasivos de la tasa, según los supuestos, la persona natural o jurídica que solicite la correspondiente certificación o dictamen técnico de evaluación, la correspondiente inscripción en el registro de instaladores de telecomunicación, aquélla a la que proceda practicar las actuaciones inspectoras de carácter obligatorio o solicite la tramitación de autorizaciones o concesiones demaniales para el uso privativo del dominio público radioeléctrico o la tramitación de autorizaciones de uso especial del dominio público radioeléctrico, y la que se presente a los exámenes para la obtención del título de operador de estaciones de aficionado a la que se le expida el correspondiente diploma.

4. La cuantía de la tasa se establecerá en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La tasa se devengará en el momento de la solicitud correspondiente. El rendimiento de la tasa se ingresará en el Tesoro Público o, en su caso, en las cuentas bancarias habilitadas al efecto respectivamente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones en los términos previstos en los artículos 47 y 48 de esta ley, en la forma que reglamentariamente se determine. Asimismo, reglamentariamente se establecerá la forma de liquidación de la tasa.

La realización de pruebas o ensayos para comprobar el cumplimiento de especificaciones técnicas tendrá la consideración de precio público cuando aquéllas puedan efectuarse por el interesado, opcionalmente, en centros dependientes de la Administración de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, de la Administración española o en centros privados o ajenos a aquéllas, cuando dichas pruebas sean solicitadas por el interesado voluntariamente sin que venga obligado a ello por la normativa en vigor.

5. Fines de las tasas, su gestión y recaudación en período voluntario, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones y por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

1. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 49, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones deberán presentar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, una cuenta anual de los ingresos generados por las tasas que recaudan, al amparo de la competencia de gestión recaudatoria que les otorgan los párrafos siguientes de este apartado. La diferencia, en su caso, entre los ingresos obtenidos por la tasa general de operadores y los gastos ocasionados por el ejercicio de sus actividades será ingresado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del anexo I de esta ley.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones gestionará y recaudará las tasas en período voluntario, que se regulan en los apartados 1 y 2 de este anexo, así como las del apartado 4 del citado anexo 1 que se recauden por la prestación de servicios que tenga encomendados la Comisión, de acuerdo con lo previsto en esta ley.

La Agencia Estatal de Radiocomunicaciones gestionará en período voluntario la tasa que regula en el apartado 3, y gestionará y recaudará en período voluntario las tasas previstas en el apartado 4 cuando se recauden por la prestación de servicios que tenga encomendados la Agencia, de acuerdo con lo previsto en esta ley.

3. En los supuestos no incluidos en el párrafo anterior, corresponderá la gestión en período voluntario de estas tasas al órgano competente del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

ANEXO II Definiciones

1. **Abonado:** cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios.

2. **Acceso:** la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local), el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles, el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos, el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente, el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia, el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de red privada virtual.

3. **Bucle local o bucle de abonado de la red pública telefónica fija:** el circuito físico que conecta el punto de terminación de la red en las dependencias del abonado a la red de distribución principal o instalación equivalente de la red pública de telefonía fija.

4. **Consumidor:** cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales.

5. **Derechos exclusivos:** los derechos concedidos a una empresa por medio de un instrumento legal, reglamentario o administrativo que le reserve el derecho a prestar un servicio o a emprender una actividad determinada en una zona geográfica específica.

6. **Derechos especiales:** los derechos concedidos a un número limitado de empresas por medio de un instrumento legal, reglamentario o administrativo que, en una zona geográfica específica

- a) Designen o limiten, con arreglo a criterios que no sean objetivos, proporcionales y no discriminatorios, a dos o más el número de tales empresas autorizadas a prestar un servicio o emprender una actividad determinada, o
- b) Confiera a una empresa o empresas, con arreglo a tales criterios, ventajas legales o reglamentarias que dificulten gravemente la capacidad de otra empresa de prestar el mismo servicio o emprender la misma actividad en la misma zona geográfica y en unas condiciones básicamente similares.

7. **Dirección:** cadena o combinación de cifras y símbolos que identifica los puntos de terminación específicos de una conexión y que se utiliza para encaminamiento.

8. **Operador con poder significativo en el mercado:** operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas.

9. **Equipo avanzado de televisión digital:** decodificadores para la conexión a televisores o televisores digitales integrados capaces de recibir servicios de televisión digital interactiva.

10. **Equipo terminal:** equipo destinado a ser conectado a una red pública de comunicaciones electrónicas, esto es, a estar conectado directamente a los puntos de

terminación de aquélla o interfuncionar, a su través, con objeto de enviar, procesar o recibir información.

11. **Especificación técnica:** la especificación que figura en un documento que define las características necesarias de un producto, tales como los niveles de calidad o las propiedades de su uso, la seguridad, las dimensiones, los símbolos, las pruebas y los métodos de prueba, el empaquetado, el marcado y el etiquetado. Se incluyen dentro de la citada categoría las normas aplicables al producto en lo que se refiere a la terminología.

12. **Espectro radioeléctrico:** las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 KHz y 3000 GHz las ondas radioeléctricas son ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial.

13. **Explotación de una red de comunicación electrónica:** la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red.

14. **Interconexión:** la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas.

15. **Interfaz de programa de aplicación (API):** la interfaz de software entre las aplicaciones externas, puesta a disposición por los operadores de radiodifusión o prestadores de servicios, y los recursos del equipo avanzado de televisión digital para los servicios de radio y televisión digital.

16. **Interferencia perjudicial:** toda interferencia que suponga un riesgo para el funcionamiento de un servicio de radionavegación o de otros servicios de seguridad o que degrade u obstruya gravemente o interrumpa de forma repetida un servicio de radiocomunicación que funcione de conformidad con la reglamentación comunitaria o nacional aplicable.

17. **Nombre:** combinación de caracteres (números, letras o símbolos).

18. **Número:** cadena de cifras decimales.

19. **Número geográfico:** el número identificado en el plan nacional de numeración que contiene en parte de su estructura un significado geográfico utilizado para el encaminamiento de las llamadas hacia la ubicación física del punto de terminación de la red.

20. **Números no geográficos:** los números identificados en el plan nacional de numeración que no son números geográficos. Incluirán, entre otros, los números de teléfonos móviles, los de llamada gratuita y los de tarificación adicional.

21. **Operador:** persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad.

22. **Punto de terminación de la red:** el punto físico en el que el abonado accede a una red pública de comunicaciones. Cuando se trate de redes en las que se produzcan operaciones de conmutación o encaminamiento, el punto de terminación de la red estará identificado mediante una dirección de red específica, la cual podrá estar vinculada al número o al nombre de un abonado. El punto de terminación de red es aquel en el que terminan las obligaciones de los operadores de redes y servicios y al que, en su caso, pueden conectarse los equipos terminales.

23. **Radiocomunicación:** toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas.

24. **Recursos asociados:** aquellos sistemas, dispositivos u otros recursos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones

electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio; incluyen los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas.

25. **Red de comunicaciones electrónicas:** los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada.

26. **Red pública de comunicaciones:** una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público.

27. **Red telefónica pública:** una red de comunicación electrónica utilizada para la prestación de servicios telefónicos disponibles al público. Sirve de soporte a la transferencia, entre puntos de terminación de la red, de comunicaciones vocales, así como de otros tipos de comunicaciones, como el fax y la transmisión de datos.

28. **Servicio de comunicaciones electrónicas:** el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos, quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

29. **Servicio de televisión de formato ancho:** el servicio de televisión constituido, total o parcialmente, por programas producidos y editados para su presentación en formato ancho completo. La relación de dimensiones 16: 9 constituye el formato de referencia para los servicios de televisión de este tipo.

30. **Servicio telefónico disponible al público:** el servicio disponible al público a través de uno o más números de un plan nacional o internacional de numeración telefónica, para efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales y tener acceso a los servicios de emergencia, pudiendo incluir adicionalmente, cuando sea pertinente, la prestación de asistencia mediante operador, los servicios de información sobre números de abonados, guías, la oferta de teléfonos públicos de pago, la prestación de servicios en condiciones especiales, la oferta de facilidades especiales a los clientes con discapacidad o con necesidades sociales especiales y la prestación de servicios no geográficos.

31. **Sistema de acceso condicional:** toda medida técnica o mecanismo técnico que condicione el acceso en forma inteligible a un servicio protegido de radiodifusión sonora o televisiva al pago de una cuota u otra forma de autorización individual previa.

32. **Telecomunicaciones:** toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

33. **Teléfono público de pago:** un teléfono accesible al público en general y para cuya utilización pueden emplearse como medios de pago monedas, tarjetas de crédito/débito o tarjetas de prepago, incluidas las tarjetas que utilizan códigos de marcación.

34. **Usuario:** una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.

35. **Usuario final:** el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende.

36. **Autoridad Nacional de Reglamentación:** el Gobierno, los departamentos ministeriales, órganos superiores y directivos y organismos públicos, que de conformidad con esta ley ejercen las competencias que en la misma se prevén.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA
COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

N° 400

Caracas, 20 de febrero de 2004
Años 193° y 145°

RESOLUCIÓN

En ejercicio de la competencia que le confiere el numeral 13 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como de la atribución prevista en el artículo 154 ejusdem, en concordancia con el artículo 65 del Reglamento sobre los Tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esta Comisión Nacional de Telecomunicaciones, resuelve dictar, las siguientes,

**NORMAS PARA EL REGISTRO DE CONTRIBUYENTES
DE LOS TRIBUTOS DE TELECOMUNICACIONES**

Capítulo I

Disposiciones Generales

- Artículo 1.
Objeto** La presente Resolución tiene por objeto establecer las normas aplicables al registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones, el cual estará destinado al control tributario de las personas naturales o jurídicas que realicen las actividades definidas por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como hechos imponibles.
- Artículo 2.
Jurisdicción** El registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones será llevado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones únicamente en su sede principal ubicada en la ciudad de Caracas y tendrá jurisdicción a nivel nacional, sin perjuicio que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones establezca oficinas en otras ciudades del país, en las cuales se puedan realizar los tramites correspondientes para dicho registro, por parte de los contribuyentes.

Capítulo II
Del Registro

- Artículo 3.**
Contenido del registro
- El registro a que se refiere la presente Resolución contendrá los siguientes datos:
1. Razón social o nombre completo de la persona inscrita como operador de servicios de telecomunicaciones.
 2. Número de Registro de Información Fiscal de las personas naturales o jurídicas inscritas.
 3. Domicilio de las personas inscritas.
 4. Habilitación Administrativa y atributos de los cuales es titular el operador.
 5. Concesión o Concesiones que posea el operador.
 6. El número de registro de contribuyente asignado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
- Artículo 4.**
Naturaleza de la información
- La información contenida en el registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones, conforme a lo señalado en el artículo anterior, es de carácter público, es decir, podrá ser consultada por cualquier persona que así lo requiera, salvo que su contenido sea declarado confidencial o secreto de conformidad con la ley.
- Artículo 5.**
Asignación de número de inscripción y entrega de carnet
- La inscripción en el registro de contribuyentes se efectuará de oficio por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, quien asignará un número denominado registro de contribuyente, el cual será notificado al operador. Con esta notificación, le será entregado al contribuyente un carnet que contendrá los datos establecidos en el artículo 3 de la presente Resolución.
- Artículo 6.**
Modificación de datos
- Una vez inscrito el contribuyente en el registro a que se contrae la presente Resolución, éste deberá notificar a la Comisión Nacional de telecomunicaciones cualquier cambio o modificación a su situación jurídica y/o fiscal, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ocurrencia de la misma.
- Artículo 7.**
Información adicional
- La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá requerir información adicional a los operadores de servicios de telecomunicaciones que estén inscritos en el registro a que se contrae la presente Resolución, con el objeto de facilitar las labores de control fiscal, la cual revestirá carácter confidencial. Asimismo, podrá requerir de oficio y en

cualquier momento la actualización de los datos en él contenidos.

**Artículo 8.
Utilización del
número de registro
de contribuyente
de los tributos de
telecomunicaciones**

Los contribuyentes deberán utilizar el número de registro cuando:

1. Dirijan comunicaciones de carácter tributario a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
2. Presenten las declaraciones determinativas de tributos, sean originales o sustitutivas.
3. Lleven libros y registros especiales de conformidad con lo previsto en el artículo 63 del Reglamento sobre los Tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

**Artículo 9.
Sanciones**

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Resolución, constituye ilícito formal a tenor de lo pautado en el artículo 100 del Código Orgánico Tributario.

Disposición Transitoria

Única

Los datos a que hace referencia el artículo 3 de la presente Resolución, que tenga a su disposición la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de la entrada en vigencia de esta Resolución, deberán ser incluidos en el registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones en un lapso de un (1) año, contado a partir de la publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela del presente acto. Sin perjuicio de que la misma pueda ser actualizada conjuntamente con el contribuyente.

Disposición Final

Única

La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Comuníquese y Publíquese,

Alvin Lezama Pereira

Director General

Según Decreto N° 2.493 del 4 de julio de 2003

Gaceta Oficial N° 37.725 del 4 de julio de 2003

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA
COMISION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

N° 401

Caracas, 20 de febrero de 2004
Año 193° y 145°

RESOLUCIÓN

En ejercicio de la competencia que le confiere el numeral 13 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como de la atribución prevista en el artículo 154 ejusdem, en concordancia con el artículo 19 del Reglamento sobre los Tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, resuelve dictar los siguientes,

**REQUISITOS PARA DECLARAR Y PAGAR LOS TRIBUTOS
DE TELECOMUNICACIONES**

Capítulo I

Disposiciones Generales

- Artículo 1.
Objeto** La presente Resolución tiene por objeto establecer los requisitos formales que deben cumplir los contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones, para presentar las declaraciones correspondientes relativas a los tributos previstos en el título XI de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- Artículo 2.
Obligación de declarar con prescindencia de los ingresos** La obligación de presentar las declaraciones tributarias, subsiste aun cuando el contribuyente no hubiere generado ingresos brutos gravables durante el período o ejercicio fiscal respectivo.
- Artículo 3.
Momento en que se presentan las declaraciones** De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las declaraciones tributarias deberán ser presentadas por los contribuyentes, dentro de los quince (15) días continuos siguientes al vencimiento del trimestre de imposición correspondiente.

En el caso de los tributos cuya determinación y liquidación sea anual, las declaraciones tributarias deberán presentarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días continuos siguientes al vencimiento del ejercicio civil inmediatamente anterior.

**Artículo 4.
Presentación de
declaraciones
sustitutivas**

Las declaraciones tributarias que hayan sido presentadas por los contribuyentes en un período o ejercicio determinado, podrán ser sustituidas en cualquier momento en que lo estime el contribuyente, especialmente cuando cometan errores materiales o de cálculo, o existan ajustes a la base imponible derivados de operaciones anuladas.

Capítulo II

Contribuyentes obligados a presentar declaraciones

**Artículo 5.
Prestadores de
servicios de
telecomunicaciones**

De conformidad con el artículo 7 del Reglamento sobre los Tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las declaraciones tributarias deberán ser presentadas por las personas naturales o jurídicas que realicen los hechos imposables definidos en la Ley, independientemente que posean o no habilitación administrativa, o se encuentren en período de transformación de títulos.

**Artículo 6.
Contribuyentes
vinculados**

Cuando se trate de contribuyentes vinculados, la declaración deberá ser presentada por el operador titular de la habilitación administrativa respectiva.

**Artículo 7.
Presentación de
declaraciones en
caso de cesación
de negocios**

En los casos de personas jurídicas contribuyentes que cesen en sus negocios por fusión, la obligación de presentar las declaraciones subsistirá para la persona jurídica que resulte de la fusión, sea ésta una nueva o la absorbente.

**Artículo 8.
Presentación de
las declaraciones
por herederos**

En el caso de las personas naturales, cuando el titular de la habilitación administrativa haya fallecido, las declaraciones tributarias deberán ser presentadas por los herederos que se encuentren en posesión de los bienes del causante.

Capítulo III

Requisitos para presentar las Declaraciones

**Artículo 9.
Suscripción de las
declaraciones**

Las declaraciones deberán ser suscritas por los directores, gerentes o representantes legales o estatutarios de las personas jurídicas. Cuando se trate de personas naturales, las deberá suscribir el titular de la habilitación administrativa.

**Artículo 10.
Suscripción de las
declaraciones por
apoderado legal**

Las declaraciones podrán ser suscritas por apoderados legales que estén constituidos por documento autenticado. Asimismo, podrá ser suscrita por el factor mercantil debidamente autorizado para ello.

**Artículo 11.
Requisitos de las
declaraciones**

Las declaraciones tributarias deberán contener:

1. La ciudad en la cual realiza el pago.
2. El día, mes y año en que efectúa el pago.
3. El número de Registro de Información Fiscal del contribuyente y el número de registro de contribuyente emitido por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en caso que se requiera.
4. La razón social o apellidos y nombre del contribuyente.
5. El número de la declaración que esta sustituyendo, en caso de ser declaraciones sustitutivas.
6. El ingreso bruto gravable obtenido en el período o ejercicio de imposición.
7. La alícuota que corresponde a la especie tributaria que se está autoliquidando.
8. El tributo causado.
9. El tributo pagado en la declaración que se está sustituyendo, en caso de ser declaraciones sustitutivas.
10. El crédito fiscal proveniente del período anterior, en caso de poseerlo.
11. El tributo por pagar.
12. El período o ejercicio fiscal que esta declarando y pagando.
13. El número de cuenta del beneficiario del tributo, que se corresponde al Banco en el cual se está pagando.
14. El tipo de servicio que presta el contribuyente, en caso de que se requiera.
15. La forma de pago que se está utilizando para extinguir la obligación tributaria.
16. El monto del tributo pagado.
17. La firma del representante legal.
18. La firma de un Contador Público Colegiado.

**Artículo 12.
Tipos de
formularios**

Los formularios autorizados para realizar las declaraciones y pagos de los tributos de telecomunicaciones son los siguientes:

1. Forma RF-005 con franja de color verde, la cual deberá utilizarse para declarar y pagar la contribución especial a favor de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
2. Forma RF-006 con franja de color azul, la cual deberá utilizarse para declarar y pagar el impuesto de telecomunicaciones a favor de la Tesorería Nacional.
3. Forma RF-007 con franja de color amarillo, la cual deberá utilizarse para declarar y pagar la contribución especial a favor del Fondo de Servicio Universal.
4. Forma RF-016 con franja de color negro, la cual deberá utilizarse para declarar y pagar el impuesto especial adicional de telefonía móvil a favor de la Tesorería Nacional.
5. Forma RF-017 con franja de color violeta la cual deberá utilizarse para declarar y pagar la tasa por administración y control del espectro radioeléctrico a favor de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y de la Tesorería Nacional.

Capítulo IV

Lugares para presentar las declaraciones

**Artículo 13.
Lugares de
presentación**

Las declaraciones tributarias deberán presentarse en la jurisdicción del domicilio del contribuyente, ante las instituciones financieras u oficinas que hayan sido autorizadas por la Administración Tributaria a tal efecto.

**Artículo 14.
Presentación de
declaraciones en
lugares donde no
existan oficinas
receptoras**

En aquellos lugares en que no existan agencias o sucursales de las instituciones financieras autorizadas por la respectiva Administración Tributaria, la declaración podrá enviarse por correo certificado o privado al Organismo competente. En este caso, se tomará como fecha de presentación, la fecha de recepción para el envío por el correo certificado o privado.

Disposición Adicional

**Única.
Sanciones**

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Resolución, constituye ilícito formal a tenor de lo pautado en el artículo 103 del Código Orgánico Tributario.

Disposición Transitoria

Única. Hasta tanto, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ponga a disposición los formularios para las declaraciones y pagos de los tributos de telecomunicaciones a que hace referencia el artículo 12 de la presente Resolución, los contribuyentes deberán utilizar los formularios existentes que se hayan venido utilizando para tal fin.

Disposición Final

**Única.
Entrada en
vigencia** La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

Comuníquese y Publíquese,

Alvin Lezama Pereira

Director General

Según Decreto N° 2.493 del 4 de julio de 2003

Gaceta Oficial N° 37.725 del 4 de julio de 2003

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA
COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

N° 408

Caracas, 09 de marzo de 2004
Año 193° y 145°

RESOLUCIÓN

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 1 del artículo 37 y el numeral 13 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, resuelve dictar las siguientes,

**CONDICIONES BAJO LAS CUALES LOS OPERADORES DE LOS
SERVICIOS MÓVILES DE TELECOMUNICACIONES PODRÁN
OFRECER ITINERANCIA O ROAMING A SUS ABONADOS**

Capítulo I

Disposiciones Generales

- Artículo 1.**
Objeto
- La presente Resolución tiene por objeto definir las condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables.
- Artículo 2.**
Definiciones
- A los fines de la presente Resolución, se establecen las siguientes definiciones:
1. **Abonado:** usuario a quien un operador le presta servicios de telecomunicaciones, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el contrato de servicio celebrado por ambas partes.
 2. **Itinerancia o roaming:** facilidad del servicio móvil de telecomunicaciones mediante la cual un abonado puede hacer uso del servicio, a través de la red de un operador

diferente al que está suscrito, en caso de que se encuentre fuera de la zona de prestación de servicio de éste último.

3. **Operador:** persona debidamente habilitada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos.

4. **Servicios móviles de telecomunicaciones:** todos aquellos servicios de telecomunicaciones que, de conformidad con los atributos definidos en la normativa correspondiente, están destinados al intercambio de voz, datos y/o videos mediante estaciones base que se comunican con equipos terminales móviles.

Capítulo II

De la itinerancia o roaming

**Artículo 3.
Acceso a la facilidad de itinerancia o roaming**

Los operadores de servicios móviles de telecomunicaciones, cuando ofrezcan la facilidad de itinerancia o roaming, deberán proporcionar el acceso a dicha facilidad a todos sus abonados, independientemente de la modalidad de pago del servicio.

**Artículo 4.
Acuerdos de itinerancia o roaming**

Los operadores de servicios móviles de telecomunicaciones acordarán, atendiendo a los principios de neutralidad, no discriminación y transparencia, las condiciones para la prestación de itinerancia o roaming nacional. De igual modo, en los casos de itinerancia o roaming internacional, la prestación de ésta se realizará de conformidad con los acuerdos realizados entre los operadores establecidos en la República Bolivariana de Venezuela y los operadores extranjeros.

**Artículo 5.
Servicios disponibles en itinerancia o roaming**

Los operadores de servicios móviles de telecomunicaciones deberán especificar, en los contratos de servicios, las facilidades o servicios que los abonados tendrán a disposición cuando se encuentren en itinerancia o roaming.

**Artículo 6.
Información sobre precios y tarifas**

Todo operador de servicios móviles de telecomunicaciones deberá establecer servicios de información precisa, cierta, gratuita y disponible en su zona de prestación de servicio, a

- través de medios de información adecuados, sobre precios o tarifas vigentes por concepto de itinerancia o roaming. Así mismo, los abonados podrán acceder a dichos servicios de información desde el equipo terminal móvil de forma gratuita, siempre y cuando no se encuentre en situación de itinerancia o roaming.
- Artículo 7.
Calidad de servicio** La facilidad de itinerancia o roaming se prestará sin menoscabo de la calidad de servicio, de conformidad con las normas aplicables.
- Artículo 8.
Llamadas al Número Único de Emergencia Nacional** Las llamadas efectuadas al Número Único de Emergencia Nacional, cuando el abonado se encuentre en condición de itinerancia o roaming serán gratuitas para éste, siendo responsable del enrutamiento el operador que esté prestando el servicio, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En este sentido, el operador deberá enrutar la llamada al centro de emergencia más cercano a la localidad donde se encuentre ubicado el usuario que realiza la llamada.
- Artículo 9.
Tratamiento de los ingresos por itinerancia o roaming** Para determinar la base imponible de los tributos de telecomunicaciones a que se refiere el Título XI y el artículo 217 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se considerarán como parte de los ingresos brutos gravables aquellos generados por la prestación de la facilidad de itinerancia o roaming, deducida la porción correspondiente al pago que realicen los prestadores de servicios de telecomunicaciones, como consecuencia de los acuerdos a los que hayan alcanzado con otros prestadores para la prestación de esta facilidad. Dichos pagos pasarán a formar parte de los ingresos gravables para el otro operador.
- Artículo 10.
Suministro de información** En todo caso, el operador de servicios móviles de telecomunicaciones deberá remitir a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones toda la documentación e información, sobre itinerancia o roaming, que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones estime necesaria para atender los requerimientos impuestos de conformidad con la normativa aplicable.
- La información y documentación requerida deberá ser consignada en medios físicos e informáticos, magnéticos u ópticos, en los lapsos y forma que al efecto determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, so pena de la

aplicación de las sanciones correspondientes, establecidas en el numeral 2 del artículo 164, numeral 5 del artículo 165 y numeral 10 del artículo 166, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Disposición Final

Única

La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Alvin Lezama Pereira

Director General

Según Decreto N° 2.493 del 4 de julio de 2003

Gaceta Oficial N° 37.725 del 4 de julio de 2003

JURISPRUDENCIA

La gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano

Miguel Arrieta Zinguer*

El sector de las telecomunicaciones ha tenido un desarrollo importante en Venezuela y en el mundo en los últimos años; en el caso venezolano el crecimiento ha sido de tal magnitud, que en la actualidad representa el segundo lugar de mayor participación en el Producto Interno Bruto, después del sector petrolero, de allí que las actividades y servicios de telecomunicaciones hayan sido objeto de un intenso interés por parte del Estado. Al constituir una fuente segura de ingresos tributarios, se han creado toda una serie de tributos específicos con el objeto de gravar estas actividades.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹ contiene un auténtico régimen tributario especial, aplicable a las personas naturales o jurídicas que exploten las actividades económicas de telecomunicaciones, al crear tanto impuestos, como tasas y contribuciones especiales aplicables a dichas personas. Estos tributos tienen carácter nacional y como la regulación sobre las actividades de telecomunicaciones es competencia del Poder Nacional, deben ser gravadas únicamente por tributos nacionales.

No obstante lo anterior, no ha existido un concepto claro respecto a la potestad tributaria de los municipios y a la gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones por parte de los municipios en Venezuela, y en particular respecto del Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Similares (artículo 179 de la Constitución Nacional)², toda vez que por una parte ha existido la concepción de que dada la reserva legal que corresponde al poder público nacional³, no compete a los municipios crear tributos sobre materias

* Profesor agregado de la Universidad Católica del Táchira. Profesor de postgrado en las Universidades de Los Andes y Yacambú. Especialista en Derecho Mercantil. Magister en Gerencia de Empresas. marrieta@ucat.edu.ve

1 Publicada en Gaceta Oficial N° 36.970, de fecha 12 de junio de 2000.

2 Este tributo es competencia del Poder Público Municipal.

3 Según la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, es competencia del Poder Público Nacional: Artículo 156: "...12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas; de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios; de los impuestos que recaigan

objeto de dicha reserva legal⁴, por lo que debería entenderse que sólo la República está constitucionalmente facultada para exigir tributos a las empresas que se dediquen a realizar actividades y prestar servicios de telecomunicaciones⁵. En apoyo a esta tesis, la propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL) establece la no sujeción de las actividades de telecomunicaciones a los tributos estatales ni municipales⁶; razón por la que muchos expertos y, evidentemente las empresas de telecomunicaciones han sostenido⁷ que los estados⁷ y particularmente los municipios no pueden someter a las actividades de telecomunicaciones a su potestad tributaria, especialmente por lo que toca al Impuesto sobre Actividades Económicas de Comercio, Industria, Servicios y Similares⁸.

La tesis contraria ha estimado que nada obsta para que coexistan tributos locales (como los establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), con tributos locales sobre una misma materia imponible, y que no existe una razón que justifique la exclusión de las actividades y servicios de telecomunicaciones de los tributos locales, más aun si se considera que el municipio en Venezuela goza de una amplia potestad tributaria. Sin embargo, cabría preguntarnos si existe alguna norma de carácter constitucional que excluya a las actividades de telecomunicaciones de la tributación estatal o municipal. La respuesta es negativa.

La jurisprudencia analizada se produjo como consecuencia de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad intentado por la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), contra la Ordenanza sobre Patente de Impuesto de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal, del Estado Táchira⁹. En la sentencia analizada, la Sala analizó la

sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco; y de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la ley.(...)

28. *El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético”.*

4 El numeral 1º del artículo 183 del Texto Fundamental, que dispone que Estados y Municipios no pueden crear impuestos sobre las “*materias rentísticas de la competencia nacional*”.

5 El numeral 1º del artículo 183 de la Constitución de 1999, establece que estados y municipios no pueden crear impuestos sobre las “*materias rentísticas de la competencia nacional*”.

6 Art. 156: “*De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la actividad de Telecomunicaciones no estará sujeta al pago de tributos estatales o municipales*”.

7 Es conveniente recordar que la tributación estatal no ha sido desarrollada hasta el momento, en virtud de no haber sido desarrollada verdaderamente la Hacienda Pública Estatal, cuya ley orgánica es objeto de discusión en la actualidad en la Asamblea Nacional.

8 Tradicional e inadecuadamente conocido como Impuesto de Patente de Industria y Comercio, y que grava el desempeño de una actividad de carácter comercial e industrial en un determinado municipio.

9 La acción se ejerció específicamente contra el Código III.I.1.21 del Clasificador de Actividades Económicas, contenido en el artículo 40 de la Ordenanza sobre Patente de Impuesto de Industria, Comercio, Servicio e Índole similar, dictada por el Concejo del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, publicada en la Gaceta N° 49 de dicho municipio el 29 de diciembre de 1995. (Sentencia de fecha 3 de agosto de 2004, expediente N° 00-1204, magistrado ponente, Antonio J. García García). El código indicado, se refiere al caso de la actividad de las "Empresas

evolución de la gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones a lo largo del siglo XX, lo cual se puede resumir de la siguiente manera:

- a) La Ley de Telégrafos y Teléfonos de 1918, no obstante establecer un impuesto que gravaba la actividad de carácter nacional, recogía el principio contrario al establecido por el artículo 156 de la LOTEL¹⁰, pues determinaba la coexistencia de dicho tributo nacional con tributos municipales, de tal suerte que la existencia de un tributo nacional sobre la materia no excluía la potestad tributaria municipal. La sentencia destaca que durante la vigencia de dicha ley, se suscribió el contrato de concesión de CANTV para el servicio de telefonía, en el que se reconoció la existencia de los impuestos nacionales y locales.
- b) Posteriormente ni la Ley de Telecomunicaciones de 1936, ni la de 1940 (dictadas bajo las Constituciones de 1931 y 1936 respectivamente), establecieron disposición alguna acerca de los tributos municipales de telecomunicaciones, por lo que según la sentencia: *“Ese silencio no se entendió como una variación de la situación y se siguió considerando que la actividad de telecomunicaciones estaba sujeta tanto al pago del impuesto especial regulado en la ley nacional, como a la “patente” general a cargo de los municipios, y que es común a cualquier actividad económica, sea de telecomunicaciones o de otra clase”*.
- c) A partir del año 1953, se comenzó a cuestionar a nivel jurisprudencial la potestad tributaria municipal en materia de telecomunicaciones. En ese año, la Corte Federal y de Casación dictó un fallo conforme al cual se negó la posibilidad de tributos simultáneos sobre una misma materia y se reconoció la potestad tributaria de la Nación acerca de las materias sobre las cuales se aplica la reserva legal¹¹. En el año 1962 otro fallo de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, estableció que no existía inmunidad tributaria para las empresas concesionarias, dado que la concesión no excluía el carácter empresarial y la finalidad lucrativa del concesionario, y que la competencia atribuida al Poder Nacional se justificaba por razones de *“...seguridad, control y estabilidad del servicio y no por motivos económicos y financieros quedando siempre a salvo el derecho de la municipalidad en cuanto a patentes industriales y comerciales”*.

de Teléfonos y Telefonía”, a las que corresponde una alícuota impositiva del 2% anual y un mínimo tributable de 35 unidades tributarias.

¹⁰ Artículo 22: *“El impuesto nacional no excluye el derecho de las Municipalidades a cobrar a las mismas empresas patentes de industria y cualquier otro impuesto que les corresponda”*.

¹¹ Estableció la sentencia referida, que: *“...la autonomía municipal se encuentra restringida por la competencia del Poder Nacional y no puede gravar por conceptos de patentes de Industria y Comercio, actividades sobre las que pesa un impuesto nacional”*.

- d) Se estimó posteriormente que la República poseía un poder tributario implícito que se extendía a todas las materias de la reserva legal. En el año 1965, se dictó la Ley que Regula la Reorganización de los Servicios de Telecomunicaciones, conforme a la cual se eximió a la CANTV (prácticamente única prestadora de los servicios de telecomunicaciones para ese momento), del pago de los impuestos nacionales, pero no excluyó los tributos estatales ni municipales¹², lo cual, según la sentencia analizada: “...pudo obedecer a dos criterios opuestos: que se entendiese obvio que debían pagarlos; o que se estimase que el silencio equivalía a negativa, ya fuese por la inmunidad tributaria, por la imposibilidad de coexistencia de tributos o por otra causa”¹³.
- e) A partir del año 1970, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa reconoció la inmunidad fiscal de la CANTV, el fallo se basó en el hecho de que si bien la empresa en cuestión originalmente se constituyó como una empresa privada, “...ya no actúa como concesionaria de un servicio de interés público sino como un instrumento del Estado, subordinado a la voluntad de los órganos superiores de éste”. Por esta razón se estimó que no le resultaban aplicables las Ordenanzas sobre Patentes de Industria y Comercio. Sin embargo, es conveniente precisar que el criterio en cuestión se fundamentó en el carácter de empresa pública que para el momento poseía la CANTV, abstracción hecha de su origen como empresa privada¹⁴. En la práctica, esta inmunidad fiscal se tradujo en el hecho de que a las empresas de telecomunicaciones, incluso en general hasta el presente, no se le aplique el Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Similares, pero se le apliquen en general, los demás tributos municipales de naturaleza diversa, que no graven la actividad económica desarrollada, vgr. sobre publicidad y propaganda; esto a pesar de la disposición contenida en el artículo 156 de la LOTEL, que exime a las empresas de telecomunicaciones de tributos municipales en general.
- f) Otra sentencia que marcó pauta acerca del tema analizado, fue la dictada en el año 1996 por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema

¹² Esto se explica en el hecho de que para ese momento la CANTV era una empresa del Estado, con capital casi totalmente público, por lo que no tenía, para ese entonces, sentido el establecimiento de tributos nacionales. No obstante, cabe destacar que si bien la CANTV nació, en el año 1930 como una empresa privada, en 1973 pasó a ser propiedad exclusiva del Estado y en el año 1991 fue nuevamente privatizada.

¹³ Sin embargo, a partir del año 1981, el Estado admitió que las empresas públicas no estaban excluidas de los tributos nacionales, por lo que se les comenzó a exigir el pago del impuesto sobre la renta.

¹⁴ Cabe destacar que, según la sentencia analizada: “...la paulatina vuelta de la CANTV a manos privadas hizo que el argumento de la inmunidad dejase de tener valor. Por ello, en esta continua oscilación que esta Sala desea poner de relieve, se retomó el criterio de la Corte Federal y de Casación del año 1953”.

de Justicia (Caso: Telcel Celular, C.A.), en la cual se sentó que las actividades de telecomunicaciones (al igual que las demás comprendidas dentro de las atribuciones del Poder Nacional), pueden ser reguladas mediante “*textos normativos subalternos a la Ley*”¹⁵. Específicamente en el ámbito tributario, sentó la jurisprudencia, que: “...*estando reservada la actividad antes mencionada al ámbito de la Ley y al Poder Nacional como también lo ratifican los artículos 1º y 4º de la Ley de Telecomunicaciones*¹⁶, *resulta incontestable afirmar que toda su regulación, incluyendo la determinación del pago de tributos así como el régimen para su imposición, debe igualmente quedar plasmada en el texto legislativo*”. Conviene precisar que para el momento de la sentencia no había sido promulgada la LOTEL, por lo tanto, las actividades y servicios de telecomunicaciones eran considerados como servicios públicos reservados al Poder Nacional. A partir de la norma indicada (promulgada en el año 2000), se conciben las telecomunicaciones como actividades de interés general, prestadas en principio por operadores privados (o bien públicos), pero en régimen de libre competencia, es por ello que se deben precisar dos elementos fundamentales: 1) La reserva legal de las telecomunicaciones, se refería fundamentalmente a la potestad de regulación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, y no a la prestación de los servicios¹⁷; 2) El fallo en cuestión, estableció de manera errónea que los Concejos Municipales no podían, mediante ordenanzas, crear tributos en áreas reservadas a la Ley, por tener rango sub-legal; no obstante, las ordenanzas tienen carácter legal, por ser emitidas en ejercicio de una facultad otorgada directamente a dichos órganos legislativos por la Constitución Nacional.

Visto el panorama anterior, la sentencia analizada pasó a considerar el asunto de fondo, referente a la distinción entre la potestad regulatoria de la potestad tributaria municipal propiamente dicha¹⁸, la cual debe analizarse a la luz de las

15 Lo cual quiso significar que ni los órganos ejecutivos ni legislativos, estatales ni municipales, podrían invadir la esfera de actuación, por haber sido reservadas al órgano legislativo nacional.

16 Se refiere a la Ley de Telecomunicaciones de 1940.

17 Dado que el Estado podía otorgar concesiones para que operadores privados prestaran los servicios de telecomunicaciones, y bajo el nuevo régimen de prestación de los servicios establecido por la LOTEL, toda persona, como consecuencia del principio de libertad económica, puede dedicarse a las actividades y servicios de telecomunicaciones, sin más limitaciones que las derivadas de la propia ley, referentes en principio a la obtención del título habilitante correspondiente (habilitación administrativa o concesión, según los casos), y al cumplimiento del ordenamiento sectorial de telecomunicaciones, claro está.

18 Al respecto estableció la sentencia que: “...*la referida Sala olvidó que los municipios, al crear tributos, no regulan la materia de telecomunicaciones: simplemente ejercen su poder tributario originario. Sin decirlo, la Sala Político-Administrativa asumió como propio el criterio del poder tributario implícito respecto de las materias de reserva legal*”.

disposiciones de la Constitución de 1999, pues en el artículo 180¹⁹, se establece el carácter originario y distinto de esta potestad tributaria. Si bien la Constitución establece la reserva legal en materia de tributos a las telecomunicaciones²⁰, vale decir, en cuanto a la creación de tributos (impuestos, tasas y contribuciones) que gravan las actividades y servicios de telecomunicaciones prestados en el país, también es cierto que los municipios tienen la potestad de crear tributos como el Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Similares, dentro de su ámbito territorial y así lo reconoce la Constitución, por lo que los ingresos derivados del impuesto en cuestión, configura uno de sus ‘ingresos propios’, y su creación, recaudación e inversión les pertenece, señala la sentencia: “...como manifestación de su autonomía, conforme lo demuestra la lectura conjunta de los artículos 168 y 179 de la vigente Constitución”.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto es que, al estar el Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Similares establecido en la Carta Magna, lógico es pensar que las limitaciones al ejercicio de la competencia para crear dichos tributos debe tener igualmente rango constitucional. En efecto, la Constitución reservó la legislación en materia de telecomunicaciones al Poder Público Nacional²¹, sin embargo es distinta la potestad de regulación, de la potestad tributaria propiamente dicha²², por lo que los municipios pueden establecer tributos para gravar cualquier actividad económica que se desarrolle en su jurisdicción, salvo prohibición expresa del texto fundamental. De esta manera, la sentencia analizada cambió el criterio predominante que no distinguía entre las potestades normativas y de creación de los tributos, alude la sentencia que es un error considerar que el poder para legislar sobre determinada materia comprenda el poder para establecer tributos sobre dicha materia, y la nueva interpretación resulta forzosa del contenido del artículo 180 del texto constitucional²³. Consideró además la Sala, contrario a los principios de justicia

19 El artículo en cuestión establece: “La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades. Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes políticos territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”.

20 Artículo 136, ordinales 8°, 22°, 24° y 25° de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

21 El artículo 156, numeral 28, de la Constitución, establece: “Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 28. El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético”.

22 Este punto quedó sentado en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 285 del 4 marzo de 2004, caso: Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia.

23 De esta manera la Sala Constitucional se apartó del criterio sentado por la Sala Política Administrativa, en fecha 19 de junio de 2002, conforme el cual: “la determinación y posterior exigencia del (...) tributo en materia de patente de industria y comercio (...) constituye una violación al principio de la reserva legal que amparaba constitucionalmente al Poder Nacional y, por ende, una invasión su potestad regulatoria y tributaria en materia de telecomunicaciones, según lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 136 de la Constitución de 1961, en concordancia con

e igualdad, el que ciertas empresas escapen del poder tributario municipal, mientras que la mayoría sí debe sujetarse a él, por lo que no hay razones que justifiquen la inmunidad de las empresas de telecomunicaciones, y poco importa que la actividad desarrollada por dicha empresa exceda del territorio local, puesto que en el país no existe límite a dicha potestad. No obstante lo que si resulta imprescindible es que se cree la legislación nacional de armonización tributaria²⁴, que fije ciertos parámetros a fin de moderar la conocida ‘voracidad fiscal municipal’, con el objeto de evitar excesos impositivos. Concluyó la sentencia que: *“Armonizar, y no excluir, es lo que debe prevalecer en la materia. Los posibles excesos locales no se pueden evitar a través de la negación del poder tributario de las entidades menores, sino mediante el establecimiento de determinados factores que permitan distribuir el poder entre los diferentes municipios que tengan en principio derecho a exigir el impuesto”*.

En conclusión, la sentencia declaró sin lugar el recurso intentado por CANTV contra la ordenanza emanada del Concejo Municipal del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, aun cuando advierte que tiene alcance particular y no se pronunció acerca de un aspecto fundamental, cual es la constitucionalidad del artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, punto que hubiera sido bien interesante aclarar de una buena vez, y razón en la que se basó el voto salvado del Magistrado Pedro Rondón Haaz, para quien la sentencia analizada adoleció del vicio de inmotivación. Además el magistrado disidente, estimó que el punto focal del problema jurídico discutido no era la distinción entre la potestad regulatoria y tributaria, sino más bien la distribución de la competencia tributaria entre la República y los municipios respecto de la actividad de telecomunicaciones, y en tal sentido la última parte del artículo 156, numeral 12 que atribuye al Poder Nacional, como competencia residual, la creación, organización, recaudación, administración y control de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los estados y municipios por la misma Constitución o por la ley. Establece el voto salvado que la sentencia tiene carácter condicional, al instar a la Asamblea Nacional para que dicte una Ley de armonización tributaria, lo cual constituye, según el magistrado en cuestión, un elemento sin valor jurídico, por exceder de la potestad jurisdiccional de la Sala, por lo que estima que no debería condicionarse la operatividad práctica de la sentencia. Por las razones expuestas, el magistrado salvante, consideró que debió estimarse la nulidad de la ordenanza impugnada, en su concepto viciada de inconstitucionalidad, por inobservancia de los principios tributarios y de distribución político territorial de competencias.

sus artículos 18 y 34 eiusdem”; e incluso de la jurisprudencia que había dictado con ocasión de la medida cautelar solicitada en el caso decidido por la jurisprudencia analizada (medida de suspensión de la Ordenanza Sobre Patente de Impuesto de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar, dictada por el Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

²⁴ Competencia prevista en el número 13 del artículo 156 de la Constitución.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Exp. N° 00-1204

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

El 4 de abril de 2000, se recibió en esta Sala el presente expediente, remitido por la Secretaría de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, contenido de la acción de nulidad interpuesta conjuntamente con acción de amparo y subsidiariamente medida cautelar innominada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 585 y 588, Parágrafo Primero, del Código de Procedimiento Civil, por los abogados Rómulo Omar López Márquez, Federico Araujo Medina, Rodolfo Plaz Abreu, Leonardo Palacios Márquez y Jesús Escudero Esteves, inscritos en el Inpreabogado bajo los núms. 25.860, 11.372, 12.870, 22.646 y 65.518, en representación de la **Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)**, inscrita originalmente en el Registro Mercantil llevado por el Juzgado de Comercio del Distrito Federal, Bajo el Nro. 387 el 20 de junio de 1930, y cuya última reforma estatutaria quedó asentada en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial

del Distrito Federal y Estado Miranda, el día 24 de octubre de 1996, bajo N° 6 Tomo 298-A Pro., contra el **Código III.1.1.21 del Clasificador de Actividades Económicas**, contenido en el **artículo 40 de la ORDENANZA SOBRE PATENTE DE IMPUESTO DE INDUSTRIA, COMERCIO, SERVICIO E ÍNDOLE SIMILAR**, dictada por el **CONCEJO DEL MUNICIPIO SAN CRISTÓBAL DEL ESTADO TÁCHIRA**, publicada en la Gaceta N° 49 de dicho Municipio del 29 de diciembre de 1995.

El 4 de abril de 2000, se dio cuenta en Sala del escrito y sus anexos, y se designó ponente al Magistrado HÉCTOR PEÑA TORRELLES.

Mediante decisión de fecha 29 de noviembre de 2000, esta Sala Constitucional, admitió la acción de nulidad interpuesta y declaró con lugar la solicitud de amparo constitucional, ordenando en consecuencia la notificación de la referida decisión al Presidente del Concejo Municipal del Municipio San Cristóbal del Estado

Táchira, a fin de que si lo estimase pertinente formulase oposición contra el mandamiento de amparo acordado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación.

El 18 de enero de 2001, fue notificado el ciudadano Fiscal General de la República de la decisión antes señalada; y el 26 de enero de 2001, los apoderados judiciales del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira hicieron formal oposición al amparo cautelar otorgado.

El 26 de enero de 2001, se designó Ponente al Magistrado Antonio García García, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 14 de febrero de 2001, una vez efectuadas las notificaciones ordenadas e interpuesta por los apoderados judiciales del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira formal oposición al amparo cautelar otorgado, la Secretaría de la Sala fijó para el día jueves 1º de marzo de 2001, a las once y treinta minutos de la mañana (11:30 am), la audiencia oral y pública de acuerdo a lo ordenado en la sentencia el 29 de noviembre de 2000 y a lo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

El 1º de marzo de 2001, siendo el día y la hora fijados por la Secretaría de esta Sala para que se llevara a cabo la audiencia oral, se dejó constancia de la presencia de los abogados: Alejandro Ramírez y Rodolfo Plaz Abreu,

representantes judiciales de la accionante; Henry Arturo Escalona Meléndez, apoderado judicial del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira; y Alicia Monagas en su carácter de representante del Ministerio Público, oportunidad en la que esta Sala confirmó el amparo constitucional acordado mediante sentencia del 29 de noviembre de 2000.

Por auto del 20 de febrero de 2002, el Juzgado de Sustanciación de esta Sala acordó librar el Cartel de emplazamiento a los interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual fue publicado y consignado por el abogado Alejandro Ramírez Van der Velde.

Recibidas las actuaciones en la Secretaría de la Sala, el 17 de diciembre de 2002 se fijó el quinto (5) día de despacho para el comienzo de la relación y, se designó ponente al Magistrado Antonio J. García García.

El 28 de enero de 2003, siendo la oportunidad fijada para que tuviera lugar el acto de informes compareció el abogado Rodolfo Plaz Abreu para consignar el respectivo escrito de informe.

El 8 de abril de 2003, se dijo “Vistos” en la presente causa.

Cumplida la tramitación legal del expediente pasa esta Sala a dictar sentencia, previas las siguientes consideraciones:

I

FUNDAMENTO DEL RECURSO

Los apoderados de la empresa accionante solicitaron la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad del

Código III.I.1.21 del Clasificador de Actividades Económicas, contenido en el artículo 40 de la Ordenanza sobre

Patente de Impuesto de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

Denunciaron los accionantes que con la inclusión de las empresas de telefonía en ese Código se pretende imponer un gravamen sobre las actividades de las telecomunicaciones, cuando el tributo correspondiente está reservado al Poder Nacional, en virtud de lo establecido en el artículo 136 de la Constitución de 1961. Por ello, afirmaron que el Municipio autor de la Ordenanza excedió los límites de su poder tributario, establecidos en los artículos 18, 31 y 34 del mismo Texto Fundamental.

Asimismo, los recurrentes denunciaron que el Municipio autor de la ordenanza impugnada violó el principio de territorialidad del tributo, y se excedió de sus competencias, las cuales están circunscritas al ámbito de *“los intereses peculiares de la entidad”* y *“las materias de la vida local”*. Asimismo, sostuvieron que se violó el principio de legalidad tributaria establecido en el artículo 224 de la Constitución de 1961 y desarrollado por los artículos 4 del Código Orgánico Tributario y 114 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Según expuso la parte actora, el numeral 22 del artículo 136 de la Constitución de 1961 reservó toda la materia de telecomunicaciones al Poder Nacional. En su criterio, se trata de *“una reserva general, referida al establecimiento y explotación del sistema de telecomunicaciones”* y que *“debe entenderse como una competencia exclusiva que abarca todo lo relacionado a la legislación, regla-*

mentación, ejecución, organización y supervisión con exclusión de cualquier otra instancia o entidad pública de base territorial, a las cuales por tal reserva, se encuentran impedidas de ejercer cualquier tipo de regulación de naturaleza normativa, o de control administrativo”.

Destacaron al efecto los recurrentes que la propia Ley de Telecomunicaciones emplea el término *“sistema”*, el cual sería *“equivalente al utilizado por el constituyente originario en la redacción del numeral 10° (sic) del artículo 136 de nuestra Carta Magna concerniente al ‘régimen’ y ‘administración’ de las minas e hidrocarburos, (...) lo cual abarca todo tipo de regulación y control administrativo, organizativo y de naturaleza tributaria”*. En apoyo de esa interpretación, en el recurso se citan extractos de sentencias del Máximo Tribunal, de los años 1953 y 1996, en las cuales se habría afirmado que la reserva de las telecomunicaciones tenía ese amplio alcance.

Además, los recurrentes sostuvieron que la Constitución de 1961 contenía normas que reiteraban la competencia del extinto Congreso de la República para legislar sobre las materias de la competencia nacional e incluso sobre cualquiera que le correspondiera al Poder Nacional *“por su índole o naturaleza”* (artículos 136, numerales 24 y 25; 139 y 162).

Asimismo, agregó la parte actora que el ordinal 8° del artículo 136 del Texto Fundamental de 1961, permitía al Poder Nacional crear tributos en materias que no se hubieren atribuido ni a Estados ni a Municipios. Según expusieron, *la “simple lectura del numeral (sic) 8° del artículo 136 pone*

de manifiesto que el constituyente originario reservó, en forma exclusiva, bajo la técnica de competencia exclusiva residual, los tributos en materia de telecomunicaciones a la esfera competencial del Poder Nacional, condicionada a la existencia de una ley formal que reserve total o parcialmente al Poder Nacional, la tributación que recaiga sobre los servicios de telecomunicaciones, tal como sucede en materia de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas”.

Igualmente, los representantes de la recurrente argumentaron que, de conformidad con el artículo 97 de la Constitución de 1961, el Poder Nacional podía reservarse “*servicios de interés público por razones de conveniencia nacional*”. Eso fue, según destacaron, lo que se hizo a través de la sanción de la Ley de Telecomunicaciones, reserva que abarca todos los aspectos relacionados con ese sector, inclusive el tributario. Por ello justifican que en esa ley se haya impuesto un gravamen sobre las actividades de explotación de las telecomunicaciones.

En todo caso, los recurrentes sostuvieron que el poder tributario de la República en materia de telecomunicaciones estaría fundado en la tesis de los poderes implícitos, ya que “*no puede concluirse (...) que la autoridad del Gobierno Federal (de la República), según la Constitución venezolana, se encuentra limitada a la que le ha sido literalmente conferida en dicho instrumento, pues aunque el Gobierno Federal es un Gobierno de poderes taxativamente enumerados, su autoridad no está minuciosamente descrita, y por ello se estima*

que ostenta no sólo de (sic) facultades expresa y específicamente concedidas, sino también los poderes que sean necesarios y adecuados para el ejercicio efectivo de dichas facultades”. Destacaron al efecto que esa tesis estaba contenida en el numeral 25 del artículo 136 de la Constitución de 1961.

Además de lo expuesto, señalaron los apoderados judiciales de la accionante, que la norma contenida en el artículo 113 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, no incluye lo referente a los servicios prestados en materia de telecomunicaciones entre los ingresos de los Municipios.

Por otra parte, indicaron los apoderados de la accionante que la incompetencia de los Municipios para gravar las actividades de telecomunicaciones se desprende del contrato de concesión celebrado entre la República de Venezuela, por órgano del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones (hoy Ministerio de Infraestructura), a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), y su representada, Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), suscrito el 14 de octubre de 1991 y autenticado en la misma oportunidad por ante la Notaría Pública Novena de Caracas, bajo en N° 58, Tomo 367. En ese contrato se habría establecido, según destacaron, el deber de la concesionaria de cumplir las normas de la Ley de Telecomunicaciones.

Con base en lo anterior, sostuvieron los apoderados judiciales de la accionante que el ejercicio por parte del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira de funciones atribuidas al Poder Nacional, violó las regulaciones contenidas en los artículos 118 y 119

de la Constitución de 1961, por lo que existiría una usurpación de funciones y consecuentemente una incompetencia de rango constitucional. Por ello, se estaría dentro del supuesto del artículo 46 de esa Constitución, según el cual las actuaciones del Poder Público que violen o menoscaben derechos constitucionales son nulos y los funcionarios que los ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa.

Para desvirtuar la competencia municipal en materia de telecomunicaciones, los recurrentes también pusieron de relieve que el poder de los Municipios se reduce al ámbito de los intereses propios de ámbito local, los cuales, si bien no son definidos, sí pueden diferenciarse de los nacionales o estatales. En tal virtud, cuando se dictó la Ordenanza impugnada se habría desconocido la distribución vertical del Poder Público, así como la repartición de competencias preceptuadas en la Constitución de 1961, invadiendo de esta manera competencias y ejerciendo potestades reservadas al Poder Nacional. Esa vulneración del Texto Fundamental se evidenciaría, según expuso la parte actora, en las normas que contiene la ordenanza sobre medidas de policía administrativa: autorizaciones y sanciones a las empresas que incumplan las obligaciones que en ella se imponen. Si bien esos poderes podrían ser ejercidos por los municipios en otros casos, sería inconstitucional hacerlo en la materia de telecomunicaciones.

Seguidamente, señalaron los apoderados de la accionante que con la Ordenanza impugnada se violó el principio de la igualdad ante las cargas públicas contenido en el artículo 223

de la Constitución de 1961. Al efecto sostuvieron que *“el régimen de tributación local, como manifestación del contenido más importante de la autonomía, debe estar orientado, en primer lugar a no constituir óbice a la economía financiera del Estado, en perjuicio de las demás entidades político-territoriales, ya bien sean los restantes Municipios, los Estados o la República; y, en segundo lugar, a evitar la sobreposición innecesaria de tributos, creando distorsiones insalvables en la economía nacional”*.

Los recurrentes pusieron de relieve la necesidad de que se respete el Poder Nacional en materia de telecomunicaciones, como forma de dar satisfacción al citado artículo 223 de la Constitución de 1961, ya que a través de los tributos nacionales el Estado obtiene *“los recursos necesarios para efectuar erogaciones en áreas socialmente prioritarias que propicien ‘el desarrollo de la economía’ y ‘una elevación del nivel de vida del pueblo’”*. Al efecto también destacaron el contenido del artículo 95 *eiusdem*, según el cual el Estado debe *“promover el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de los ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país”*. Todo ello porque, como se lee en el libelo, *“la tributación es un excelente instrumento de política fiscal, que permite acelerar el desarrollo económico y atender determinadas normas sociales”*.

En su escrito de informes, la parte actora repitió los alegatos ya resumidos por esta Sala, pero también actualizó sus denuncias, a la luz del nuevo Texto

Fundamental y de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Al respecto sostuvo que la reserva de la materia de telecomunicaciones permanece en la Constitución, ahora en el artículo 156, numeral 28. Ahora bien, reconoció que existe una nueva disposición –ausente en el texto de 1961– según la cual la *“potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras”* que se *“atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades”* (artículo 180).

Este artículo 180 podría –según expusieron los apoderados de CANTV– *“analizarse equivocadamente como una habilitación para los Municipios para gravar la actividad de telecomunicaciones”*. Sin embargo, los accionantes son del parecer que esa norma *“debe ser interpretada en concordancia con lo dispuesto en la parte final del artículo 178 de la Constitución”*, según el cual *“las actuaciones que correspondan a los municipios en la materia de su competencia no menoscaba las competencias nacionales o estatales que se definan en la Ley conforme a la Constitución”*.

Según los recurrentes, es necesario advertir que aunque se entienda que el artículo 180 de la Constitución significa que *“la reserva de la regulación de ciertas actividades o materias al Poder Nacional no implica una competencia exclusiva de la República para gravarlas y que, por tanto, los Municipios podrían exigir el pago del Impuesto a las Actividades Económicas sobre aquellas que tuvieran esa naturaleza, la imposibilidad para gravar aquellas materias rentísticas*

reservadas al Poder Nacional se mantiene”.

En efecto, según los recurrentes, *“la interpretación en contrario del contenido del artículo 180 de la Constitución”* obliga a afirmar que el poder tributario distinto y autónomo es sólo respecto de las potestades reguladoras nacionales y no del propio poder tributario nacional. Ello lo confirma, se aseveró en el libelo, la lectura del numeral 1 del artículo 183 del Texto Fundamental, que dispone que Estados y Municipios no pueden crear impuestos sobre las *“materias rentísticas de la competencia nacional”*. En el caso de las telecomunicaciones, la parte accionante insistió en que existe una reserva tributaria a favor de la República, por cuanto el legislador, a través de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así lo decidió.

Esa Ley Orgánica de Telecomunicaciones –añadió la recurrente– sería asimismo el desarrollo de la facultad del Poder Legislativo Nacional para dictar la normativa sobre coordinación y armonización de tributos, dispuesta en el numeral 13 del artículo 156 de la Constitución. Además, precisamente en esa ley nacional se estableció de manera expresa –y así lo destacó la parte accionante– que la actividad de telecomunicaciones no está sujeta ni a tributos estatales ni a municipales.

Para el recurrente, esa disposición de exclusión de impuestos estatales y locales es apenas una norma de *“carácter declarativo”*, toda vez que *“lo que hace es aclarar que al haberse reservado el Poder Nacional el gravamen a las telecomunicaciones, (...) no pueden los Municipios ni los Estados pretender establecer tributo alguno sobre la actividad, ni siquiera*

en aquellos casos en los que pudiera eventualmente subsumirse como hecho imponible de los atribuidos por la Constitución a dichos entes territo-

riales, como lo sería en el caso de los Municipios e Impuesto a las Actividades Económicas”.

II CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Para decidir la Sala observa:

La recurrente solicitó la nulidad del Código III.I.1.21 del Clasificador de Actividades Económicas, que forma parte del artículo 40 de la Ordenanza sobre Patente de Impuesto de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira. Ese Código se refiere al caso de la actividad de las *"Empresas de Teléfonos y Telefonía"*, a las que corresponde una alícuota impositiva del 2% anual y un mínimo tributable de 35 unidades tributarias.

El motivo de la demanda ha sido ya referido: que a los Municipios les está vedado exigir el impuesto a las actividades económicas a las empresas de telecomunicaciones, en virtud de que toda la regulación de ese sector -incluyendo los aspectos impositivos- corresponde al Poder Nacional, y debido a que se trata de una materia que excede el ámbito local, lo cual constituiría el límite para los gravámenes municipales. Así, aunque no existe norma expresa que prevea esa exclusión, los accionantes aseguraron que debe entenderse que la competencia de la República para dictar la normativa que rige el sector de las telecomunicaciones se extiende a todos los aspectos relacionados con él, incluido el tributario.

En tal sentido, la Sala estima oportuno precisar:

1. Desde hace unos años, en Venezuela se ha insistido en que la reserva legislativa que establece la Constitución a favor del Poder Nacional en materia de telecomunicaciones, implica necesariamente los aspectos tributarios, por lo que debe entenderse que sólo la República está constitucionalmente facultada para exigir impuestos a las empresas que se dediquen a ese sector. Sin embargo, no siempre existió tal concepción, como lo demuestra la siguiente reseña:

La Ley de Telégrafos y Teléfonos del año 1918 es la primera ley en la materia. Esa ley, que creó un impuesto de carácter nacional, contenía una disposición absolutamente contraria a la que hoy recoge la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 156: que podían coexistir el impuesto nacional con los municipales. Se dispuso en el artículo 22, que: “El impuesto nacional no excluye el derecho de las Municipalidades a cobrar a las mismas empresas patentes de industria y cualquier otro impuesto que les corresponda”

Nótese, entonces, que el legislador de 1918 no consideró que la existencia de un impuesto nacional específico que recayese sobre las empresas que explotaban el servicio de telecomunicaciones, implicase la negación de los tributos municipales por concepto de actividad industrial o comercial.

No se trataba de una situación de excepción: el mismo criterio sirvió de base, durante décadas, para aceptar las patentes municipales sobre ciertas industrias o comercios, como la de alcoholes o cigarrillos, pese a que a la vez existen impuestos nacionales específicos que gravan su producción o consumo.

La recurrente en esta causa –la empresa CANTV- fue precisamente concesionaria del servicio de telefonía a partir del año 1930, cuando la original concesionaria cedió en su favor el contrato que le unía con el Estado venezolano. En ese contrato de concesión, las partes reconocieron la existencia de los impuestos nacionales y locales, y se sometieron a las diversas leyes y ordenanzas que los creasen. Esas cláusulas contractuales fueron incluso invocadas luego por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en un fallo del 5 de octubre de 1970, con lo que es obvio que esa instancia jurisdiccional las entendió válidas.

La ley de 1918 fue sustituida por la Ley de Telecomunicaciones de 1936 y ésta por la ley del mismo nombre del año 1940, las cuales nada dispusieron sobre los impuestos municipales. Ese silencio no se entendió como una variación de la situación y se siguió considerando que la actividad de telecomunicaciones estaba sujeta tanto al pago del impuesto especial regulado en la ley nacional, como a la “patente” general a cargo de los municipios, y que es común a cualquier actividad económica, sea de telecomunicaciones o de otra clase.

En el año 1953 la Corte Federal y de Casación dictó un fallo relevante a estos efectos, pues en él se varió la

concepción, negándose la convivencia de impuestos nacionales y locales, con la base de que la “*Constitución Nacional (...) atribuye a la competencia nacional todo lo relativo a correos, teléfonos y comunicaciones inalámbricas y (...) de la misma consagra la autonomía municipal en lo que concierne al régimen económico fiscal y administrativo de la Municipalidad, sin otras restricciones que las establecidas por la Constitución*”, lo que le llevó a concluir que “*la autonomía municipal se encuentra restringida por la competencia del Poder Nacional y no puede gravar por conceptos de patentes de Industria y Comercio, actividades sobre las que pesa un impuesto nacional*”.

El fallo de la Corte Federal y de Casación no sólo negó los tributos simultáneos, sino que de él surgió un criterio que se ha repetido de tanto en tanto: la existencia de un poder tributario implícito a favor de la República para todas las materias que le correspondiese legislar.

Además de esas razones para excluir la tributación local, nació otra fundamentación teórica: que las empresas concesionarias de telecomunicaciones (o en sectores reservados al Estado) gozaban de una inmunidad fiscal, que les eximía de ciertos tributos, en concreto los locales.

No hubo jurisprudencia pacífica, sin embargo, por lo que se encuentran fallos contrarios al mencionado criterio de 1953. Destaca, por ejemplo, la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal, del 28 de mayo de 1962, en la que se declaró que la “*competencia que al Poder Nacional otorga la Constitución en lo relativo a telecomunica-*

ciones se justifica, principalmente, por razones de seguridad, control y estabilidad del servicio y no por motivos económicos y financieros, quedando siempre a salvo el derecho de la Municipalidad en cuanto a patentes industriales y comerciales”. En ese mismo fallo se sostuvo, además, que no existía inmunidad tributaria para la empresa concesionaria –argumento con cada vez más adeptos-, puesto que la concesión no le eliminaba su carácter de empresa y, por supuesto, su ánimo de lucro.

Ambos argumentos –la imposibilidad de coexistir impuestos nacionales y locales sobre una misma actividad, por un lado; y la inmunidad tributaria respecto de la tributación municipal, por el otro- se convertían en freno a la obtención de ingresos para los Municipios. Pero más que esos dos argumentos, el más delicado era aquel según el cual la República tenía un poder tributario implícito, que abarcaba todas las materias de la reserva legal.

Basta leer las normas sobre reserva legal, tanto en la actual Constitución como en las anteriores, para entender el motivo del riesgo de ese poder implícito. Esa lectura revela la gran cantidad de sectores que están enumerados, mucho más allá de telecomunicaciones, con lo que la República disfrutaría de un amplísimo poder.

Curiosamente, la tesis del poder implícito –que los recurrentes también invocaron en esta demanda- no se aplicaba a todos los sectores cuya regulación estaba a cargo de la República. Por ello, podría preguntarse cualquiera, válidamente, la razón por la que esa competencia implícita se predicaba

respecto de áreas como las telecomunicaciones, pero no en otras muchas, como bancos o seguros, en las que también existe reserva legal.

Esta Sala ha reseñado ya diversas leyes y algunas sentencias. En las leyes pudo notarse la diferencia de redacción (a veces con norma expresa reconociendo el tributo local; otras con silencio; en ningún caso con negativa). En los fallos sí pudo notarse evidente disparidad. Es esa evolución destaca luego la sanción, en 1965, de una nueva Ley relativa a las telecomunicaciones: la Ley que Regula la Reorganización de los Servicios de Telecomunicaciones.

Mediante esa Ley de 1965, entre otras cosas, se eximió a la empresa CANTV –la actual recurrente y única empresa prestadora del servicio en ese momento, lo que justificó que la norma se refiera a ella por su nombre- del pago de todos los impuestos nacionales. Como se observa, se trató de la norma opuesta al actual artículo 156 de la Ley de Telecomunicaciones, y que más adelante también se reseñará: no se excluyen los impuestos estatales y municipales, sino los nacionales. La razón de esa exclusión no puede ser otra que el hecho de que CANTV, inicialmente privada fue paulatinamente pasando a manos del Estado, si bien en la actualidad volvió a ser privatizada. Como la República no tenía interés en exigir impuestos a una sociedad que ella misma formaba, estimó conveniente prever la exención.

Ahora, al igual que las leyes de telecomunicaciones de 1936 y 1940, en esa ley de 1965 nada se dijo respecto de los tributos municipales. Por supuesto, ello pudo obedecer a dos criterios opuestos: que se entendiese

obvio que debían pagarlos; o que se estimase que el silencio equivalía a negativa, ya fuese por la inmunidad tributaria, por la imposibilidad de coexistencia de tributos o por otra causa. Cualquier afirmación sería elucubración. En todo caso, no puede perderse de vista que apenas tres años antes, el Máximo Tribunal había sostenido, ante otra ley que tampoco disponía nada sobre el particular, que ello no era motivo para excluir los tributos municipales.

Además, no puede esta Sala dejar de destacar que incluso años más tarde, a partir de 1981, el propio Estado entendió que las empresas públicas, como ya lo era la CANTV, no estaban excluidas tampoco del pago de todos los tributos nacionales, por lo que desde ese momento se les exigió el impuesto sobre la renta.

No puede negar la Sala, en todo caso, que persistieron las dudas sobre el poder tributario municipal, al menos en materia de telecomunicaciones, lo que dio lugar a litigios judiciales entre los Municipios y la CANTV, pero esta vez basados normalmente en la supuesta inmunidad fiscal. Como ejemplo puede citarse la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 5 de octubre de 1970, según la cual, *“la obligación de ‘contribuir a los gastos públicos’, mediante el pago de impuestos, tasas u otras contribuciones (...) no incumbe, en principio, al Estado ni a las demás entidades territoriales que lo componen”*, por lo que entendió *“contrario a la lógica que el Congreso grave con impuestos nacionales la actividad que desarrollen los Estados o las Municipalidades por intermedio de sus servicios públi-*

cos”, al igual que lo sería *“que las Asambleas Legislativas o los Concejos Municipales sometan a tributación, en sus respectivas jurisdicciones, los servicios públicos que en ellos establezca el Gobierno Nacional”*.

Como se observa, en ese momento –1970- es la inmunidad fiscal lo que prevalece, con lo que se demuestra que la exclusión tributaria ha tenido más de un supuesto motivo a lo largo de nuestra evolución jurídica. En este último fallo citado, el Máximo Tribunal justificó la inmunidad en el hecho de que *“la Empresa ya no actúa como concesionaria de un servicio de interés público sino como un instrumento del Estado, subordinado a la voluntad de los órganos superiores de éste”*.

Según la Sala, el hecho de que la CANTV hubiera nacido *“en virtud de un contrato de sociedad celebrado entre particulares y cuyas relaciones con el Estado están reguladas por las disposiciones de una ley y por las cláusulas de un contrato”*, no justificaba que las autoridades municipales la siguiesen considerando *“como una empresa privada, dedicada a una actividad industrial o comercial con fines lucrativos, supuestos estos indispensables para que le sea aplicable el impuesto establecido en la Ordenanza sobre patentes de Industria y Comercio”*. Lo mismo se sostuvo esa Sala en sentencia cercana a la mencionada: 23 de marzo de 1971.

Como puede notarse, ya carecía de importancia la existencia de poderes nacionales de tributación. Sólo la tenía la consideración de que las empresas públicas –así fuesen privadas *ab initio*– no estaban sometidas al ámbito de los impuestos. Ahora bien, ello no fue tan claro en la práctica, pues debe esta Sala

destacar que, aunque se afirmase la inmunidad fiscal de la CANTV, al menos respecto de los tributos municipales, en realidad ello sólo sucedía con la denominada “patente de industria y comercio”, y no con el resto de los tributos locales. Esa paradoja continúa hoy, pues aunque el artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones exime de tributos municipales –sin distingos- a las empresas dedicadas a ese sector, la Sala conoce que ellas sólo dejan de pagar el de actividades económicas y no el resto, los cuales satisfacen normalmente.

Ahora bien, la paulatina vuelta de la CANTV a manos privadas hizo que el argumento de la inmunidad dejase de tener valor. Por ello, en esta continua oscilación que esta Sala desea poner de relieve, se retomó el criterio de la Corte Federal y de Casación del año 1953.

La sentencia más conocida es la recaída en el caso de la demanda interpuesta por la empresa Telcel Celular, C.A., en la cual la Sala Político-Administrativa del Alto Tribunal sostuvo que *“ni la actividad de telecomunicaciones, ni ninguna otra de las comprendidas dentro de las atribuciones del Poder Nacional puede admitir regulación directa o inmediata a través de textos normativos subalternos a la Ley”*, lo que significaría que *“no pueden ni deben los órganos de la rama ejecutiva del Poder Público Nacional, ni los órganos ejecutivos y legislativos estatales o municipales mediante sus actos típicos y propios invadir tales esferas de actuación por haber sido éstas expresa y precisamente reservadas al órgano legislativo nacional”*. En el aspecto tributario,

se sostuvo concretamente que *“estando reservada la actividad antes mencionada al ámbito de la Ley y al Poder Nacional como también lo ratifican los artículos 1º y 4º de la Ley de Telecomunicaciones, resulta incontestable afirmar que toda su regulación, incluyendo la determinación del pago de tributos así como el régimen para su imposición, debe igualmente quedar plasmada en el texto legislativo”*.

Puede verse cómo la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia partió de la idea de que *“la actividad de prestación del servicio de telecomunicaciones”* estaba reservada al Poder Nacional, y de allí extrajo consecuencias.

En todo caso, sin entrar aún en el asunto de fondo, debe esta Sala ahora hacer algunas observaciones con ocasión de las afirmaciones contenidas en ese fallo del caso Telcel Celular: en primer lugar, en realidad la reserva no era para la prestación del servicio, sino para la regulación del mismo; en segundo lugar, en el fallo se sostuvo que por ordenanzas no podía crearse tributos en áreas reservadas a la ley, al ser aquellas de rango sub-legal, pero ya esta Sala ha tenido ocasión de aclarar que el rango de las ordenanzas es legal, por cuanto los Concejos Municipales hacen uso directo de una facultad contenida en la Constitución.

Entrando ya en otras consideraciones respecto de ese fallo, la Sala observa que en él se lee que se debatía acerca de cuál era el nivel del Poder Público encargado de establecer el marco jurídico regulatorio de las telecomunicaciones, lo cual no resulta cierto. Además, la referida Sala olvidó que los municipios, al crear tributos,

no regulan la materia de telecomunicaciones: simplemente ejercen su poder tributario originario. Sin decirlo, la Sala Político-Administrativa asumió como propio el criterio del poder tributario implícito respecto de las materias de reserva legal.

Desde el caso “Telcel Celular”, se produjo la convicción de que los Municipios no podían exigir la denominada patente de industria y comercio, si bien ello no fue impedimento suficiente para que algunas ordenanzas lo previesen.

Ante una situación de incertidumbre tan evidente, el Constituyente de 1999 pretendió resolver el problema, si bien no se hizo referencia al caso concreto de las telecomunicaciones. Lo hizo en lo que se aprobó como artículo 180, en el que se dispuso:

“La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades. Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes políticos territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”.

Puede observarse que este artículo tiene dos disposiciones claramente distinguibles, si bien el conocimiento de los antecedentes que la Sala ha resumido en este fallo permite descubrir que fueron ambas pensadas con la vista dirigida hacia la experiencia de las telecomunicaciones y en especial

el caso de la CANTV, recurrente en esta causa.

Esas dos disposiciones son: en primer término, la separación entre potestades tributarias y potestades reguladoras, con lo que se pretendió frenar el exceso de la tesis de los poderes fiscales implícitos; en segundo término, la limitación de las inmunidades fiscales, a fin de no incluir en ella más que a entes territoriales, pero no a sus concesionarias. Así, dos de los principales argumentos que sirvieron de base a la eximente de pago a favor de la CANTV –y ahora de las otras empresas que operan en el sector– son negados por la propia Constitución.

Ahora, aun con ese artículo constitucional, la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia insistió sobre la imposibilidad de exigir el ahora llamado impuesto sobre actividades económicas a las empresas de telecomunicaciones. Uno de los fallos en que ello sucedió es el del 19 de junio de 2002, en el que se sostuvo que “*la determinación y posterior exigencia del (...) tributo en materia de patente de industria y comercio (...) constituye una violación al principio de la reserva legal que amparaba constitucionalmente al Poder Nacional y, por ende, una invasión su potestad regulatoria y tributaria en materia de telecomunicaciones, según lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 136 de la Constitución de 1961, en concordancia con sus artículos 18 y 34 eiusdem*”.

Incluso esta misma Sala Constitucional y en este mismo caso que ahora se decide en cuanto al fondo, hizo su particular pronunciamiento

acerca del aspecto que se ha venido reseñando, si bien sólo a efectos de acordar una tutela cautelar. En su oportunidad –29 de noviembre de 2000- la Sala admitió que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179, numeral 2 de la Constitución vigente, los Municipios tendrán dentro de sus ingresos, los impuestos derivados *"sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución"*, de lo cual, *"se evidencia que los Municipios pueden gravar a través de una Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio, las actividades económicas desarrolladas por cualquier persona dentro de su jurisdicción"*. Sin embargo, a la vez advirtió que *"se desprende de la mencionada norma que los Municipios pueden ejercer tal facultad, siempre y cuando se mantengan dentro de las limitaciones establecidas en la Constitución"*.

La Sala, para determinar esas limitaciones al poder tributario municipal se basó en una serie de disposiciones para afirmar que, en una primera revisión del caso podía pensarse en la existencia de *fumus boni iuris* a favor de las empresas de telecomunicaciones que negasen el poder impositivo municipal.

En primer lugar, esta Sala recordó *"que el principio de reserva legal en materia de tributos a las actividades de las telecomunicaciones se encontraba contenido en el artículo 136 ordinales 8º, 22º, 24 y 25º (sic) de la Constitución de 1961"*. Dichos numerales disponían como competencia del Poder Nacional:

"(...)

8. La organización, recaudación y control de los impuestos a la renta, al capital y a las sucesiones y donaciones; de las contribuciones que gravan la importación, las de registro y timbre fiscal y las que recaigan sobre la producción y el consumo de bienes que total o parcialmente la ley reserva al Poder Nacional, tales como las de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas; las de minas e hidrocarburos y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidos a los Estados y a los Municipios, que con carácter de contribuciones nacionales creare la ley;

(...)

22. El correo y las telecomunicaciones;

(...)

24. (...) la legislación (...) relativa a todas las materias de la competencia nacional;

25. Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Nacional o que le corresponda por su índole o naturaleza".

A continuación la Sala, al acordar la medida de suspensión de la Ordenanza impugnada, destacó que esas competencias establecidas en el Texto Fundamental de 1961 *"permanecen inalteradas en su esencia en el artículo 156, numerales 12, 28, 32 y 33 y en el artículo 187, numeral 1 de la Constitución de 1999"*, en los que se dispone:

"Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y

minas; de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios; de los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco; y de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la ley.

(...)

28. El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético.

(...).

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarias y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

33. Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza”.

A continuación destacó esta Sala el texto del artículo 187, numeral 1:

“Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.

(...)”.

En la continuación de la fundamentación normativa de la que se desprendería el *fumus boni iuris*, la Sala invocó el artículo 31 de la Constitución de 1961 establecía entre los ingresos de los Municipios:

“Artículo 31. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

1° El producto de sus ejidos y bienes propios;

2° Las tasas por el uso de sus bienes o servicios;

3° Las patentes sobre industria, comercio y vehículos, y los impuestos sobre inmuebles urbanos y espectáculos públicos;

4° Las multas que impongan las autoridades municipales, y las demás que legalmente le sean atribuidas;

5° Las subvenciones estatales o nacionales y los donativos; y

6° Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que crearen de conformidad con la ley”.

El contenido del artículo antes transcrito, lo recoge el 179 del Texto Fundamental vigente en los siguientes términos:

"Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

1. Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.

2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones

establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos; juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.

3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.

4. Los derivados del situado constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales.

5. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que les sean atribuidas.

6. Los demás que determine la ley".

Por último, para ese momento, *"recién promulgada Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.970, de fecha 12 de junio de 2000"*, que señala en su artículo 156 que *"[de] conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la actividad de Telecomunicaciones no estará sujeta al pago de tributos estatales o municipales"*.

Con base en todas esas disposiciones, esta Sala ordenó suspender cautelarmente la Ordenanza impugnada, en lo relativo al pago del impuesto sobre actividades económicas para empresas dedicadas a la telefonía, advirtiéndose, como es natural, que ello no implicaba un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Ese mandamiento se produjo al estimarse que existía *"una presunción*

grave de violación del derecho que tiene la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, contenido en el artículo 112 de la Constitución vigente, en virtud de que el régimen legal relativo a la materia de las telecomunicaciones, corresponde establecerlo al Poder Nacional, tal y como se desprende del principio de la reserva legal establecido en la norma contenida en el artículo 156 numerales 12, 28, 32 y 33 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

Asimismo, la Sala sostuvo que:

"(...) los Municipios gozan de una potestad tributaria constitucional, que se encuentra limitada y debe ejercerse de acuerdo a lo previsto en la propia Constitución y las leyes. Por ello, la creación y aplicación del impuesto mediante la Ordenanza Municipal de Impuesto sobre Patente de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar [...para el caso de las empresas de telefonía] no se encuentra dentro de las potestades asignadas a los entes municipales ni en la Constitución de 1961 ni tampoco en el Texto Fundamental vigente; motivo por el cual, esta Sala Constitucional considera, que la creación, determinación y posterior exigencia del referido tributo, podría constituir una infracción al principio de la reserva legal previsto actualmente en el artículo 156 numerales 12, 28, 32 y 33, de la vigente Carta Fundamental en materias de gravamen relativo a la actividad de las telecomunicaciones".

Además, observó en su momento esta Sala que de anularse en definitiva la norma *"el Municipio San Cristóbal del Estado Táchira habría obtenido de*

la parte accionante un pago ilegítimo, y ello configuraría una violación a sus derechos denunciados, ya que podría mermar de manera significativa el patrimonio de la accionante, afectando el normal desarrollo de su actividad lucrativa, con lo cual podrían acarrearle daños irreparables por la sentencia definitiva, y ello podría ocasionar la imposibilidad de prestar un servicio de calidad a la comunidad, por lo cual, siendo el mencionado servicio telefónico esencial para la población, se podría causar eventualmente un daño irreparable tanto a la compañía accionante, como a los usuarios de tal servicio, si la mencionada empresa paraliza sus actividades en la jurisdicción del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira”.

No sólo eso, sino que la Sala consideró que *“la dificultad de obtener el reintegro de cantidades pagadas posiblemente de manera indebida, representa un perjuicio que difícilmente podrá ser reparado por la sentencia que decida la acción principal. Además, el pago de un tributo que pudiera resultar exagerado y desproporcionado, supone el hecho de efectuar un pago que representa un sacrificio o un esfuerzo económico, que puede significar un desequilibrio patrimonial que justifica en este estado de la causa la suspensión de la normativa impugnada”.*

2. Ahora bien, llegada ahora la oportunidad para sentenciar el fondo de la controversia, y analizado el caso con el detenimiento que requiere tal pronunciamiento, se observa:

Ante todo debe reiterarse la jurisprudencia constante de esta Sala, en el

sentido de que no puede discutirse la validez de la creación municipal de impuestos a las actividades económicas que se lleven a cabo en la jurisdicción de cada ente local, por cuanto la Constitución reconoce ese poder. Así lo hace el vigente Texto Fundamental y lo hacía también el de 1961, si bien el actual corrigió una imprecisión terminológica que causó ciertos trastornos para la debida inteligencia de la figura: lo que antes se llamó *“patente sobre industria y comercio”* –nombre que no reflejaba su carácter de imposición permanente- pasó a ser calificado como *“impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar”*.

Esos impuestos sobre actividades económicas –y aquellas patentes de industria y comercio, que siguen llamándose así en los municipios que no han adaptado sus ordenanzas a la nueva Constitución- forman parte de los *“ingresos propios”* de las entidades locales y su *“creación, recaudación e inversión”* les corresponde exclusivamente, como manifestación de su autonomía, conforme lo demuestra la lectura conjunta de los artículos 168 y 179 de la vigente Constitución.

En tal virtud, hacen bien las partes en no desconocer la existencia de un impuesto que integra ya la tradición venezolana y que constituye la principal fuente de ingresos locales, de la cual suelen depender. Lo que discuten los impugnantes es que ese tributo sea exigible cuando la actividad económica guarda relación con la telefonía.

No cabe duda a esta Sala, pues, de que el ordenamiento venezolano

concede especial relevancia al impuesto por ejercicio de actividades económicas en territorio municipal al punto de conferirle rango constitucional. Por tanto, las limitaciones al ejercicio de la competencia para crear, recaudar e invertir tal impuesto también deben tener ese rango. Es precisamente lo que afirmaron los demandantes: que el límite que denunciaron infringido está establecido en la propia Constitución, por cuanto es ella la que prevé la posibilidad de que el Poder Nacional se reserve la competencia en materias como las telecomunicaciones.

Ahora bien, esta Sala acepta que el Poder Nacional se reservó la **legislación** sobre telecomunicaciones, en el artículo 156, numeral 28, de la Constitución, redactado así:

“Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 28. El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético”.

En virtud de lo expuesto, tienen razón los demandantes al afirmar que los municipios no podrían **legislar** sobre las telecomunicaciones.

Sin embargo, esta Sala (por sentencia N° 285 del 4 marzo de 2004, caso: “Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia”), dejó sentado que no pueden confundirse las potestades de **regulación** con las de **tributación**. Lo hizo al interpretar el primer párrafo del artículo 180 de la Constitución, según el cual:

“La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades regulado-

ras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades”.

En esa oportunidad la Sala declaró, con carácter vinculante, que ese artículo vino a dar fin a la discusión sobre las competencias tributarias implícitas, a las que hace continua mención la parte actora. Para la Sala, la norma es clara: la potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras atribuidas al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades. Con esa disposición se dejan a salvo las potestades tributarias locales. Por supuesto, ello obliga a precisar, entre las potestades nacionales cuáles son exclusivamente reguladoras.

El artículo 180 –y así lo destacó la Sala– constituye una de las novedades constitucionales de 1999: la expresa distinción entre potestades tributarias y potestades reguladoras y surgió para buscar remediar el problema de la tributación en las telecomunicaciones, ya suficientemente relatado en las páginas precedentes.

Como es sabido, los municipios cuentan en nuestro ordenamiento con un poder tributario originario, a la vez que la República goza de la exclusividad del poder normativo en un buen número de materias, enumeradas en el artículo 156 de la vigente Constitución. Al vincular ambos aspectos la situación ha sido tradicionalmente la siguiente: que los poderes normativos de la República han absorbido los poderes tributarios locales.

Para la Sala, la previsión de la primera parte del artículo 180 de la Constitución podría haber sido

innecesaria, si siempre se hubiera entendido de manera pacífica la separación de potestades, pero lo cierto es que no fue así.

Como la presente demanda se fundamenta en el hecho de que los Municipios no pueden exigir tributos en materias cuya regulación sustantiva corresponde al Poder Nacional –como las telecomunicaciones- y dado que ello fue rechazado por esta Sala al interpretar el artículo 180 de la Constitución, se hace imperioso desestimar la denuncia de los demandantes, relativas a la inconstitucionalidad de la ordenanza impugnada.

No puede desconocer la Sala que los Municipios pueden gravar cualquier actividad económica que se desarrolle en su jurisdicción, salvo que lo prohíba expresamente la Constitución, que no es el caso de autos. No existe norma constitucional alguna que asigne la tributación al sector de las telecomunicaciones a la República.

La conclusión contraria había sido la regla en Venezuela, pero ello ocurría antes de la transformación que significó la vigente Constitución, que contiene la disposición del artículo 180, según el cual no deben confundirse potestades normativas y tributarias. No tiene reparo la Sala en insistir en que el origen de esa norma fue, en gran medida, el caso de las telecomunicaciones, pues el poder nacional para legislar sobre la materia fue siempre entendido como comprensivo del poder para gravar. Ya no es así, y de esa manera lo indica expresamente el Texto Fundamental, lo cual fue corroborado por esta Sala.

Por ello, la Sala se aparta en este caso de lo que ha sido jurisprudencia del Máximo Tribunal, tanto la Corte

Suprema de Justicia como este Tribunal. Incluso en este caso la medida cautelar fue otorgada a favor de la parte actora, cuando en esta ocasión, en la que se resuelve el fondo, se sostiene lo contrario. No es descuido de la Sala: se trata de una consecuencia inevitable de la entrada en vigencia de la actual Constitución venezolana.

Lo Municipios, por tanto, deben ver garantizados por todos los medios sus ingresos tributarios, y debe tanto el legislador como el juez respetarlos, pues con ello se respetan los mandatos constitucionales. Sólo una exclusión expresa podría negar el impuesto municipal sobre ciertas actividades lucrativas, como podría ser el caso de lo que establece el número 12 del artículo 156 de la Carta Magna, que para nada menciona el caso de las empresas de telecomunicaciones. Ese numeral contiene una atribución residual de poder tributario a la República, pero no es aplicable al caso de autos, pues se basa en la inexistencia de poder tributario local. Como se ha visto, en este caso sí existe poder local –el impuesto a las actividades económicas-, por lo que no puede refugiarse la República en una competencia residual.

Para la Sala, son razones de justicia e igualdad las que además exigen esta solución, al no ser correcto que ciertas empresas escapen del poder tributario municipal, mientras que la mayoría sí debe sujetarse a él. Si todos actúan en el territorio de un ente local cualquiera, con lo que se aprovechan de sus obras o de sus servicios, no hay motivo para justificar su inmunidad.

A estos efectos, poco importa –que es un aspecto al que sí da importancia la parte demandante- que la actividad desarrollada por la empresa exceda del

territorio local. En Venezuela no existe tal límite, aunque en tales casos sí se hace imprescindible que la legislación nacional de armonización tributaria –ausente hasta el momento entre nosotros- determine unos parámetros a fin de moderar el poder tributario local y evitar excesos impositivos.

Es necesario, pues, que la Asamblea Nacional ejerza la competencia prevista en el número 13 del artículo 156 de la Constitución, y con ello armonice la tributación local, al menos en lo referido al impuesto más importante de todos, fuente principal de ingresos municipales, como es el que grava las actividades lucrativas.

Armonizar, y no excluir, es lo que debe prevalecer en la materia. Los posibles excesos locales no se pueden evitar a través de la negación del poder tributario de las entidades menores, sino mediante el establecimiento de determinados factores que permitan distribuir el poder entre los diferentes municipios que tengan en principio derecho a exigir el impuesto. Algo similar a lo ocurrido, si bien ello fue por vía jurisprudencial, con la figura del establecimiento permanente, que sirvió para precisar a qué municipios correspondería gravar. No es labor de la Sala fijar ahora esos factores de conexión, por lo que se insiste en la posibilidad de que la Asamblea Nacional lo haga, en ejercicio de sus potestades constitucionales.

En fin, como en todo lo que guarde relación con los tributos, la prudencia debe ser la guía, pues debe evitarse incurrir en el error de sobrecargar a los contribuyentes con exigencias tributarias que tal vez le aconsejen trasladarse de lugar. Por ello, la doctrina ha advertido de la necesidad de impedir los casos de tributación excesiva, sin que ello implique la prohibición a los entes territoriales para constreñir al pago de los tributos que constitucional o legalmente le correspondan.

Por lo expuesto, la Sala desestima la presente demanda, si bien insta a la Asamblea Nacional a armonizar el tributo al que se refiere esta decisión. Asimismo, mientras persista la situación de inexistencia de legislación nacional armonizadora, exhorta a las entidades locales a estudiar con seriedad el problema, a fin de evitar la fijación de alícuotas que resulten excesivas.

Está consciente la Sala de la vigencia del artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Ahora, en vista de que éste se encuentra actualmente impugnado ante esta Sala, en un proceso que está cercano a su fin, resulta preferible abordar el análisis del caso en la sentencia definitiva que en él deberá dictarse, la cual tendría carácter erga omnes, mientras que la presente decisión sólo tiene alcance para el caso del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

III DECISION

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de

la República, por autoridad de la Ley, declara: **SIN LUGAR** el recurso interpuesto por los abogados Rómulo Omar López Márquez, Federico

Araujo Medina, Rodolfo Plaz Abreu, Leonardo Palacios Márquez y Jesús Escudero Esteves, en representación de la **Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)**, contra el **Código III.I.1.21 del Clasificador de Actividades Económicas**, contenido en el **artículo 40 de la ORDENANZA SOBRE PATENTE DE IMPUESTO DE INDUSTRIA, COMERCIO, SERVICIO E ÍNDOLE SIMILAR**, dictada por el **CONCEJO DEL MUNICIPIO SAN CRISTÓBAL DEL ESTADO TÁCHIRA**, publicada en la Gaceta N° 49 de dicho Municipio de fecha 29 de diciembre de 1995.

Como consecuencia de esta decisión, queda **REVOCADO** el ampa-

ro cautelar concedido por esta Sala mediante el fallo del 29 de noviembre de 2000.

Se **INSTA** a la Asamblea Nacional a hacer uso de su competencia de armonización tributaria, prevista en el número 13 del artículo 156 de la Constitución, a fin de establecer los parámetros necesarios para determinar el alcance del poder impositivo de las diferentes entidades locales en casos como el de autos. Para ello, se **ORDENA** enviar copia certificada de la presente decisión a ese órgano parlamentario.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Cúmplase lo ordenado. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada, en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en Caracas, a los 03 días del mes de agosto de dos mil cuatro (2004). Años: 194° de la Independencia y 145° de la Federación.

El Presidente,
Iván Rincón Urdaneta

El Vicepresidente,
Jesús Eduardo Cabrera Romero

Los Magistrados,
Antonio J. García García
Ponente

José M. Delgado Ocando
Pedro Rafael Rondón Haaz

El Secretario
José Loenardo Requena Cabello

Exp. 00-1204
AGG/

Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa de la mayoría que suscribió la decisión que antecede; en

consecuencia, salva su voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La sentencia de la cual se disiente declaró sin lugar la demanda de nulidad que, por razones de inconstitucionalidad, se interpuso contra la Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira. El debate que se planteó en el caso de autos se circunscribió a la determinación de si esa ordenanza municipal puede o no gravar las actividades de telecomunicaciones.

Ahora bien, y en primer lugar, este voto salvante advierte que el fallo que antecede adolece del vicio de inmotivación, pues en el mismo no se analizaron ni tomaron en cuenta todos los argumentos que fueron traídos a juicio. Así, el único argumento de las partes que la Sala analiza y desvirtúa es el relativo a que la Constitución –tanto en el texto derogado como en el vigente– establece que la regulación de la materia de telecomunicaciones corresponde al legislador nacional y que, por vía de consecuencia, también corresponde a esta instancia político-territorial la potestad tributaria respecto de tales materias reservadas. En ese sentido, la Sala sentenció (página 30 de la decisión) que:

“...como la presente demanda se fundamenta en el hecho de que los Municipios no pueden exigir tributos en materias cuya regulación sustantiva corresponde al Poder Nacional –como las telecomunicaciones– y dado que ello fue rechazado por esta Sala al interpretar el artículo 180 de la Constitución, se hace imperioso desestimar la denuncia de los demandantes relativa a la inconstitucionalidad de la Ordenanza impugnada”.

Con tal decisión, la Sala omitió todo pronunciamiento relativo al resto de los argumentos sobre los que se sostenía la demanda de nulidad, pronunciamiento que exige, de manera imperativa, el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil respecto de cualquier sentencia.

Ciertamente, y según se dijo anteriormente, el primer argumento que fundamentó la demanda, según se desprende de la narrativa de la decisión, era que, bajo el imperio de la Constitución de 1961, la regulación de la materia de telecomunicaciones era de reserva legal nacional, de conformidad con el artículo 136, cardinal 22, y que de allí se derivaba el poder tributario que, en esa materia, también tenía el legislador nacional, de conformidad con el cardinal 8 de la misma norma. No obstante, de la propia narrativa del fallo se desprende que no era ese el único argumento de la parte demandante: antes por el contrario, se argumentó también: (i) que, de conformidad con el principio de territorialidad del tributo, los impuestos municipales se limitan a materias y actividades propias de la vida local; (ii) que, de conformidad con el principio de igualdad ante las cargas públicas, no debe existir una “*superposición innecesaria de tributos*” que creen distorsiones innecesarias en la economía; (iii) con la adaptación de tales argumentos a la vigencia de la Constitución de 1999, que se mantiene la reserva legal nacional respecto de la regulación del sector de las telecomunicaciones; (iv) que si bien el artículo 180 constitucional distingue entre la potestad de regulación y la potestad de tributación de los entes político-territoriales, ello ha de anali-

zarse a la luz del artículo 178 *eiusdem*, lo que lleva a la conclusión de que el Municipio no puede gravar materias rentísticas nacionales; y (v) que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones armonizó los tributos en esta materia y, en consecuencia, prohibió la tributación municipal respecto de las actividades que están reguladas por ella.

Salvo en lo que se refiere al primer argumento, la sentencia calla respecto del análisis del resto de los alegatos en los que se fundamentó la demanda, lo que, se insiste, la vicia de inmotivación.

2. En segundo lugar, considera este voto salvante que, si se hubieran analizado con detenimiento, como en efecto correspondía, todos los argumentos que sustentaban la pretensión de nulidad en el caso de autos, se habría llegado a la conclusión de que, efectivamente, la normativa que se impugnó es contraria a los más elementales principios constitucionales en materia tributaria, por las siguientes razones:

2.1 El artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone:

“De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la actividad de Telecomunicaciones no estará sujeta al pago de tributos estatales o municipales”.

El contenido y vigencia de esa norma resultaba claramente determinante respecto de la resolución de este caso concreto, pues se trata de una Ley nacional que preceptúa, sin excepción alguna, la no sujeción de la actividad de telecomunicaciones al

pago de tributos municipales, *de conformidad con la Constitución*.

Ahora bien, según se lee en su página 33, el fallo que antecede estableció que: “*Está consciente la Sala de la vigencia del artículo 156 Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Ahora, en vista de que éste se encuentra actualmente impugnado ante esta Sala, en un proceso que está cercano a su fin, resulta preferible abordar el análisis del caso en la sentencia definitiva que en él deberá dictarse, la cual tendría carácter erga omnes, mientras que la presente decisión sólo tiene alcance para el caso del Municipio San Cristóbal del estado Táchira*”.

En criterio de quien disiente, el pronunciamiento de la mayoría reconoce, implícitamente, la inconstitucionalidad del artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y de allí, precisamente, que declara la constitucionalidad de la Ordenanza que se impugnó. Tal como señala la decisión en el párrafo que se citó, está pendiente por decisión, ante esta Sala, una demanda de nulidad por inconstitucionalidad de esa norma legal, en el expediente n° 03-1099 (caso Said Antonio Bijani).

Ahora bien, mal puede la Sala sostener tal postura sin plantearse, al menos, una autocuestión de inconstitucionalidad respecto de esa norma legal, pues, de lo contrario, la Sala estaría –como en efecto sucedió– adelantando su criterio sobre la constitucionalidad de una ley nacional, sin que antes se siguiera el procedimiento debido para esa declaratoria, o bien sin que antes se acumularan tales demandas para que así no se incurriera en contradicciones o, como sucedió, sin

que se prejuzgara sobre materias relacionadas con el caso.

De manera que quien disiente considera que, con la decisión de la que se discrepa, se vació de contenido esa demanda, pues la Sala ya estableció su criterio antes de su sentencia, sin previo proceso, en ese caso. Incluso, tanto es que se vacía de contenido la demanda, que esta decisión participa en aquel debate y analiza la evolución de la *legislación nacional* (desde 1918 hasta el año 2000) en materia de tributación municipal frente a las actividades de telecomunicaciones (páginas 11-21 de la sentencia), análisis de adecuación de esa normativa legal ajeno al debate de constitucionalidad que se planteó en este caso. Asimismo, con este pronunciamiento la Sala se contradujo respecto del criterio que asumió en el fallo n° 2554 de 24-9-03, mediante el cual se desestimó la medida cautelar que se pidió en dicha demanda de nulidad del artículo 156 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la cual se estableció lo siguiente:

“...Ello explica que, por ejemplo, esta Sala conozca en la actualidad de recursos contra Ordenanzas que prevén el sector de las telecomunicaciones como uno de los que pueden ser gravados en el ámbito local, a la par que existe este caso, en el que se plantea precisamente lo contrario. Asimismo, cursan ante la Sala demandas similares, pero referidas a los otros dos sectores económicos que han generado dudas: el de producción de bebidas alcohólicas y –nada menos- el de hidrocarburos, fuente principal de ingresos en Venezuela. Asimismo esta Sala tramita en la actualidad procesos en los que se pretende un pronunciamiento, por vía de interpretación, acerca del alcance

del artículo 180 de la Constitución, que es la base de la presente impugnación.

Ahora bien, esta Sala, **a fin de eliminar por completo la incertidumbre que hoy existe, y con ánimo de producir una jurisprudencia coherente, considera que lo recomendable es atender esos casos en conjunto, si bien no es posible acumularlos todos –algunos sí lo están ya-, y fijar una posición uniforme sobre el reparto del poder tributario entre República y Municipios.** Siendo así, constituiría una ligereza hacer pronunciamientos previos sobre un aspecto que lo que requiere con rapidez es de una decisión de fondo”.

De manera que este voto salvante considera que mal pudo la Sala determinar la constitucionalidad de la Ordenanza sin el previo análisis de constitucionalidad de la Ley, pues de ello dependía la constitucionalidad de esa norma municipal. En efecto, no es la constitucional la norma que está llamada a la reglamentación o determinación, con especificidad, de cuáles materias están incluidas o excluidas de la tributación municipal, sino que ello corresponde a la Ley, la cual deberá, evidentemente, circunscribirse a los parámetros constitucionales en este sentido.

En este caso el legislador nacional bien podía excluir a las telecomunicaciones de los tributos municipales, como en efecto se hizo, en desarrollo del artículo 156, cardinal 12, de la Constitución de 1999, según el cual es competencia del Poder nacional la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos, tasas y rentas “*no atribuidas a los Estados y los Municipios por esta Constitución y la ley*”. De manera que la Constitución habilita a la Ley para

que determine que ciertas actividades están o no incluidas en el ámbito de la potestad tributaria municipal, en tanto Ley de armonización a la que se refiere el cardinal 13 del mismo artículo 156 constitucional. En consecuencia, la Ordenanza debía adaptarse a esa exclusión legislativa y de allí que mal pudo la Sala determinar la constitucionalidad de la Ordenanza sin el previo análisis de la adecuación del artículo 156 Ley Orgánica de Telecomunicaciones al Texto Fundamental, pues ésta era cuestión prejudicial frente a aquélla.

2.2 La sentencia que antecede se fundamenta en el único argumento, según se dijo ya, de distinción entre las potestades de regulación y de tributación que se desprende del artículo 180 de la Constitución, argumento de la decisión que anteriormente se transcribió.

Para quien disiente ese argumento es irrelevante para la solución del caso de autos, pues el problema nodal no es que un ente político-territorial tiene la potestad de regulación de determinada materia (en este caso telecomunicaciones) mientras que otro cuenta con la potestad de tributación sobre la misma. La discusión fundamental se refiere a la **distribución de la competencia tributaria entre la República y los Municipios respecto de la actividad de telecomunicaciones** (artículos 179 y 156, 12 de la Constitución de 1999).

En efecto, el contenido del artículo 180 constitucional no es fundamento, en modo alguno, para que se sostenga que los Municipios pueden gravar las actividades de telecomunicaciones. El hecho de que la potestad tributaria

municipal sea autónoma de las potestades reguladoras de los demás entes político-territoriales no quiere decir que el Municipio puede pechar *todas* las actividades económicas que su libre arbitrio así lo disponga. Es evidente que esa norma ha de analizarse a la luz de los límites de la potestad tributaria municipal.

Ahora bien, el fallo que precede sostiene lo contrario, cuando afirma que el Municipio puede pechar cualquier actividad económica, salvo que ello esté expresamente prohibido en la Constitución. En concreto, en la página 31 de la sentencia se lee que: *“no puede desconocer la Sala que los Municipios pueden gravar cualquier actividad económica que se desarrolle en su jurisdicción, salvo que lo prohíba expresamente la Constitución, que no es el caso de autos. No existe norma alguna que asigne la tributación al sector de las telecomunicaciones a la República”*.

Este voto salvante considera que tal apreciación de la Sala es contraria a uno de los más elementales principios que informan nuestro Texto Constitucional, como lo es el principio de la legalidad.

En efecto, el principio de legalidad, pilar fundamental de todo Estado de Derecho, se encuentra reconocido en nuestra Constitución en su artículo 137 de la siguiente manera: *“La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*.

Dicha norma refleja, en el ámbito del ordenamiento constitucional venezolano, lo que ha sido la concepción moderna del Estado de Derecho, la cual postula que toda acción singular

del poder debe estar justificada en una norma previa y expresa. De allí surge ese *principio de legalidad*, el cual implica el sometimiento de los órganos del Poder Público a la Ley –en sentido lato- y al Derecho, a cuya ejecución ve limitadas sus posibilidades de actuación. Se trata, así, de la superación de la concepción liberal que en su origen tuvo este principio –vinculación negativa de la legalidad-, conforme al cual ésta operaba como límite externo de la libre determinación o actuación pública. Es decir, que los órganos del Poder Público podían realizar todo lo que no estuviera expresamente prohibido. En contraposición, no hay duda alguna de que el principio vigente del modelo actual de constitucionalismo occidental, es que el Poder Público *sólo actúa legítimamente cuando exista fundamento jurídico suficiente de su actuación, y por tanto, sólo pueden ejercer las potestades que se encuentren expresamente atribuidas* (en este sentido, véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, pp. 438 y ss.; y en Venezuela Moles Caubet, Antonio, “Estado y Derecho (Configuración jurídica del Estado)”, en su obra *Estudios de Derecho Público*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 75 y ss.).

Por tanto, en el caso que nos ocupa es un argumento falaz el que pretende sostener que el artículo 179, cardinal 2, de la Constitución de 1999, permite al Municipio gravar todas las actividades económicas *no expresamente prohibidas* por la norma constitucional; antes por el contrario, de con-

formidad con el principio de legalidad (artículo 137 *eiusdem*), el ejercicio de la potestad de tributación de los entes locales sólo procede respecto de las materias que están *expresamente atribuidas* por la norma constitucional, más aún si se tiene en cuenta que la tributaria es una potestad eminentemente ablativa.

Tal atribución expresa se determina, en este caso, en atención a un análisis concatenado de los artículos 156, cardinal 12, y 179, cardinal 2, de la Constitución, los cuales regulan las competencias exclusivas del Poder nacional y del Poder municipal –respectivamente- en materia tributaria, y del artículo 178 *eiusdem*, que regula las competencias del Municipio.

En efecto, el artículo 156, cardinal 12, preceptúa que:

“Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas; de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios; de los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco; y **de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la ley**”.

Por su parte, el artículo 179, cardinal 2, de la Constitución regula la potestad tributaria originaria de los Municipios; no obstante, no determina, con precisión, cuáles materias pueden

ser gravadas por éstos, sino que, de manera genérica, establece que, entre los ingresos de los Municipios, se encuentran “*los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución*”, limitaciones cuya determinación deriva del análisis de esa norma constitucional concatenadamente con la que contiene el artículo 178 *iusdem*, según el cual “*Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asignen esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas: (...)*”.

De allí que, como lo afirman autorizados representantes de la doctrina tributarista venezolana, la potestad tributaria municipal se circunscribe a “*...un ámbito reducido, típicamente representado por las capacidades contributivas reveladoras de poca movilidad con presencia local y regional y por tributos basados en el principio del beneficio*” (ROMERO-MUCI, Humberto, “La distribución del Poder Tributario en la nueva Constitución”, obra colectiva *La tributación en la Constitución de*

1999, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001, p. 36). En el mismo sentido se ha señalado que, en Venezuela el impuesto de patente de industria y comercio (ahora de actividades económicas) “*es un impuesto territorial, lo que significa que la actividad debe desarrollarse o cumplirse dentro de la jurisdicción territorial del Municipio, lo que algunos han denominado el sustento territorial del impuesto*”; sustento territorial que exige que “*la actividad debe haberse ejercido efectivamente y de una manera tangible y física, en el territorio municipal del Fisco Municipal correspondiente*” (Evans Márquez, Ronald, “Introducción al régimen impositivo municipal venezolano”, Mc Graw Hill, 2000, p. 97 y ss., quien a su vez sigue el criterio de reconocidos autores extranjeros, como son Fonrouge y Bulit).

Por tanto, el Municipio grava aquellas actividades propias de la vida local, salvo disposición expresa que abarque, además, la posibilidad de que se pechen actividades que excedan de ese ámbito, caso en el cual será de aplicación el precepto del artículo 180 de la Constitución; en otros términos, las actividades económicas que al Municipio corresponde pechar son aquellas determinables, objetiva y territorialmente, en el ámbito municipal, esto es, que se generan y perfeccionan en un determinado Municipio (con independencia de que la misma situación se repita en otros Municipios), y no aquellas actividades que exceden del ámbito local, como por ejemplo, aquellas que se ejercen en un sistema de redes (electricidad, gas e hidrocarburos) o bien las actividades que se prestan en un determinado lugar

pero que, ante su alcance nacional, su contraprestación es materia de operaciones desligadas al ámbito municipal (Ej. actividades bancarias y de telecomunicaciones) y de allí la imposibilidad –jurídica y práctica- de gravarlas en un determinado Municipio. No es únicamente que los efectos de la actividad tenga repercusión extramunicipal –pues prácticamente cualquier actividad económica municipal tiene trascendencia fuera de ese territorio- es que el perfeccionamiento de la actividad no sea determinable en un Municipio, caso en el cual surge esa imposibilidad práctica de pechar la actividad en el Municipio, pues no hay forma para la determinación de la base imponible de una actividad que se realizó fuera del Municipio (ejemplo, banca o telecomunicaciones). A esas actividades que están territorialmente definidas son a las que se refiere el artículo 179, cardinal 2, de la Constitución. Asimismo, se insiste en que, como excepción y siempre que haya norma expresa que así lo disponga, los entes locales podrán imponer tributos a otras actividades, caso en el cual será de aplicación el artículo 180 constitucional.

En consecuencia, la potestad de gravar las actividades económicas que exceden del ámbito local o municipal, a las que antes se hizo mención, corresponde al Poder Público Nacional, en atención a la competencia residual que le otorga el artículo 156, cardinal 12, que antes fue transcrito.

Es por ello que, para quien disiente, erró la sentencia de la mayoría cuando estableció (páginas 31-32) que “*Sólo una exclusión expresa podría negar el impuesto municipal sobre ciertas*

actividades lucrativas, como podría ser el caso de lo que establece el número 12 del artículo 156 de la Carta Magna, que para nada menciona el caso de las empresas de telecomunicaciones. Ese numeral tiene una atribución residual de poder tributario a la República, pero no es aplicable al caso de autos, pues se basa en la inexistencia de poder tributario local”, pues, por el contrario, se insiste, no hay en este caso, en relación con el gravamen sobre actividades de telecomunicaciones, poder tributario municipal, pues éste no está expresamente establecido por la Constitución y, además, es ajeno a las actividades que, por su naturaleza, son gravadas por el Municipio, esto es, las actividades que están circunscritas a ese ámbito local.

2.3 Quien disiente discrepa también de la opinión de la mayoría cuando señala (página 32) que “*son razones de justicia e igualdad las que además exigen esta solución, al no ser correcto que ciertas empresas escapen del poder tributario municipal, mientras que la mayoría sí debe sujetarse a él. Si todos actúan en el territorio de un ente local cualquiera, con lo que se aprovechan de sus obras o de sus servicios, no hay motivo para justificar su inmunidad*”.

A este respecto debe señalarse que la jurisprudencia reiterada de la Sala (ss. Nos. 536, de 8-6-00; y 2436, de 29-8-03, entre otras muchas) ha establecido que la invocación del derecho a la igualdad y a la no discriminación frente a otros sujetos de derecho, supone que quien lo alegue se encuentren en una misma situación de hecho frente a aquellos, esto es, que no puede

argumentarse la igualdad entre desiguales, y de allí que, en tales sentencias, se ha sostenido que “Entiende la Sala que el principio de igualdad ante la ley impone el otorgamiento de trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad, y trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad”.

Por tanto, mal puede sostener la Sala que existe desigualdad de trato tributario por parte del Municipio frente al ejercicio de actividades económicas jurídicamente desiguales: actividades territorialmente municipales y actividades territorialmente nacionales, las cuales evidentemente, deberán contribuir a los gastos públicos, pero en el ámbito nacional y no en el municipal.

2.4 Asimismo, advierte quien suscribe como disidente que se trata de una sentencia condicionada, aspecto que también proscribe el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil que antes se citó. En efecto, preceptúa la decisión que, para que se dicten ordenanzas municipales que graven actividades que excedan del ámbito local, será necesario que la Asamblea Nacional dicte una Ley de armonización tributaria que es la que determinaría el buen ejercicio de estas competencias locales y, en consecuencia, -se señala en el fallo-:

“...la Sala desestima la presente demanda, si bien insta a la Asamblea Nacional a armonizar el tributo a que se refiere esta decisión. Asimismo, mientras persista la situación de inexistencia de legislación nacional armonizadora, exhorta a las entidades locales a estudiar con seriedad el problema, a

fin de evitar la fijación de alícuotas que resulten excesivas”.

Tales exhortos del pronunciamiento de la mayoría no tienen valor jurídico alguno, pues exceden de la potestad jurisdiccional de la Sala, la cual debe limitarse a la aplicación del derecho para la resolución del caso concreto. En consecuencia, mal puede condicionarse la operatividad práctica de la sentencia, por vía de exhorto, a la conducta de los legisladores nacional y municipales.

Asimismo, si la mayoría sentenciadora consideraba que la falta de Ley nacional repercute en este caso y que, hasta cuando ésta no se dicte no pueden los Municipios dictar sus respectivas Ordenanzas, pues ello amenazaría el equilibrio armónico del sistema tributario nacional, la Sala debió ejercer el “control difuso por omisión”, el cual es una potestad que, según se estableció y aplicó en sentencia de 6-11-03 (caso Ley Orgánica de Régimen Municipal), la Sala ejerce de oficio y de manera incidental, para la determinación y declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa, en el marco de cualquier proceso que se sustancie ante ella, de conformidad con los artículos 335 y 336 de la Constitución de 1999. A través de esa vía, la Sala habría podido ordenar a los Municipios se abstengan de dictar sus respectivas Ordenanzas hasta cuando se expida la ley nacional de armonización tributaria, pero en modo alguno podía condicionar esta sentencia al “exhorto” de la actuación de los Poderes Públicos.

2.5 En conclusión, quien disiente considera que debió estimarse la

demanda de nulidad de la Ordenanza que se impugnó, pues ciertamente se encuentra viciada de inconstitucionalidad cuando inobservó los principios tributarios y de distribución político-territorial de competencias que preceptúa nuestro Texto Funda-

mental, además de que contradice la legislación nacional vigente en la materia.

En los términos que anteceden, queda expuesto el criterio de este disidente.

Fecha *ut supra*.

El Presidente,
Iván Rincón Urdaneta

El Vicepresidente,
Jesús Eduardo Cabrera Romero

José Manuel Delgado Ocando
Magistrado

Antonio José García García
Magistrado

Pedro Rafael Rondón Haaz
Magistrado Disidente

El Secretario,
José Leonardo Requena Cabello

PRRH.sn.ar.
Exp. 00-1204

RECENSIÓN

Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada

María Pérez Pereira*

- RAMOS HERRANZ, Isabel *Marcas versus nombres de dominio en Internet*, Iustel, Madrid, 2004, 351 págs.

El desarrollo de la actividad empresarial a través de la Red exige, en numerosas ocasiones, disponer de “un lugar en el mundo” (digital) que permita la identificación de los sujetos que actúan y desde donde se puedan prestar los servicios ofrecidos. Para poder ubicarse en un “lugar en el mundo digital”, se hace indispensable la utilización de nombres de dominio.

En esta obra, segunda monografía de la Profesora Ramos Herranz, se aborda una de las cuestiones más importantes que posibilitan el desarrollo de la actividad mercantil a través de Internet: los nombres de dominio y su estrecha relación con las marcas. El estudio, exhaustivo y riguroso que caracteriza a la autora, tiene como punto de partida el análisis del concepto de nombre de dominio, así como la organización y funciones desarrolladas por las entidades registrantes de nombres de dominio, sin olvidar en ningún momento las normas reguladoras de esta materia ni la tipología o niveles de nombres de dominio; a modo de introducción se acerca al lector novel a los aspectos básicos de los nombres de dominio.

La posible calificación del nombre de dominio como signo distintivo de la propiedad industrial se aborda por la autora en el segundo de los seis capítulos; lo que supone un gran esfuerzo creador, dado que tal calificación no ha sido todavía tratada en profundidad por la doctrina española y se trata de uno de los aspectos más conflictivos vinculados a los nombres de dominio. En un tercer bloque de contenido, se analiza en detalle la posibilidad de utilizar marcas como nombres de dominio, tanto desde la perspectiva de la permisibilidad como de la prohibición. Ramos Herranz, se refiere en primer lugar a las distintas situaciones en las que se permite utilizar las marcas como nombres de dominio, tanto si éste es genérico como si se trata de un nombre de dominio territorial; ahora bien, tal y como señala la autora, dado que las marcas genéricas no se pueden proteger por el Derecho de marcas, no debiera existir conflicto alguno “*entre titulares de marcas genéricas (que no gozarán de protección como tales) y titulares de nombres de dominio*”.

Es objeto de reflexión, entre otros múltiples aspectos, la posible utilización de una licencia de marca como nombre de dominio (tema escasamente tratado

* Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid.

hasta el momento); en este sentido, habrá que tener presente si existe o no consentimiento para tal utilización, y, en caso positivo, si nos encontramos ante un consentimiento expreso o tácito, dado que aquí entra en juego directamente si nos encontramos ante una licencia en exclusiva o no, dado que el problema principal es el ámbito territorial que se abarcaría.

Ramos Herranz profundiza en las prohibiciones de uso de marcas como nombres de dominio en el capítulo cuarto. Se centra en la posibilidad de que exista riesgo de confusión o asociación, además de la prohibición de utilización de la marca ajena; sin dejar de lado las prohibiciones derivadas del incumplimiento de los límites establecidos en la licencia de marca. Partiendo de la teoría general del Derecho de marcas, se estudian los riesgos de confusión y asociación entre nombres de dominio y marcas; tales riesgos han generado situaciones de conflicto, especialmente al haberse creado nuevos dominios genéricos, al desarrollarse buscadores de Internet, dado que, según afirma la autora, *“el riesgo de confusión entre nombres de dominio y marcas se incrementa, sean los titulares de marcas a la vez titulares de nombres de dominio o no, ya que los buscadores incluirán en los resultados de la búsqueda denominaciones idénticas y similares”*. También pueden generarse conflictos en casos en los que se registre un nombre de dominio por uno de los titulares de marcas idénticas registradas en clases distintas.

Un cuarto bloque temático tiene como contenido estudiar los problemas que se han planteado a consecuencia de las actividades realizadas por los “cybersquatters” o “piratas de nombres de dominio”; en este caso, la autora estudia con detenimiento las soluciones ofrecidas por tribunales judiciales norteamericanos, británicos y franceses, sin olvidar las soluciones aportadas por los tribunales españoles, aplicando la ley de marcas, o, ley de competencia desleal.

El último capítulo de esta obra se dedica a profundizar en las posibilidades existentes para solucionar los conflictos que se planteen entre marcas y nombres de dominio, estableciendo como premisa inicial, las medidas que se puedan adoptar con carácter previo al registro del nombre de dominio, o con posterioridad a tal registro. La autora tiene en cuenta en su estudio no solamente la solución que se da en el ordenamiento jurídico español, sino lo que sucede en otros países así como las propuestas y proyectos de numerosos organismos, tanto internacionales (OMPI/WIPO, INTA,...) como estatales (Reino Unido, Perú,...).

La monografía se complementa con un valiosísimo apéndice en el que se recogen los datos básicos de las resoluciones judiciales y extrajudiciales a las que se refiere la autora a lo largo del libro, así como los de diversos documentos de interés. Estamos ante una excelente monografía, no sólo por el tema tratado, sino por la rigurosidad del trabajo realizado, que tanto lectores que desconozcan la materia como expertos en nombres de dominio valorarán muy positivamente. De los principales elementos que diferencian a esta obra de otras que tratan los nombres de dominio, podríamos citar, la presencia de documentación y resoluciones de numerosos países, el tratamiento de temas novedosos y el enfoque desde una perspectiva jurídica seria.

ÍNDICE ACUMULADO

ARTICULOS

CONFERENCIAS

LEGISLACIÓN

NACIONAL

INTERNACIONAL

RESEÑA LEGISLATIVA

CRÓNICA JURÍDICA



JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS

SENTENCIAS

RECENSIÓN

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA
ESPECIALIZADA

ARTICULOS

- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.
- El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 121-145
- ALVÁREZ CABRERA, Carlos.
- Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.
- ARIAS DE RINCÓN, María Inés.
- La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **2**, (Enero/Junio 2003), 131-150.
- ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela. **1**, (2002), 111-128.
- BARZALLO, José Luis.
- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.
- CÁRDENAS, Gilberto.
- Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 93-110.
- CREMADES, Javier y SANMARTIN, Javier.
- España: La nueva Ley General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 7-16
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando y GARCÍA PÉREZ, Rafael.
- La tensión entre las restricciones a la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información y los derechos fundamentales y libertades públicas. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 151-165.
- GARRO, Alejandro M., PERALES VISCASILLAS, Pilar y PÉREZ PEREIRA, María.
- Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC), **5**, (Julio/Diciembre 2004), 17-40
- GRAHAM, James A.
- *La Uniform Dispute Resolution Policy*: Una tentativa de calificación. **2**, (Enero/Junio 2003), 151-159.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquivar sin despellejar? **2**, (Enero/Junio 2003), 21-41.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael.
- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. **1**, (2002), 9-23.
- IRIARTE AHON, Erick.
- Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. **2**, (Enero/Junio 2003), 103-129.
- LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-learning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.
- OLIVER LALANA, A. Daniel.
- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
- LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.
- MACHTA CHENDI, Zulay.
- El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 41-80
- MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.

- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILÁ, Josep Luis.
- Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo. **1**, (2002), 53-71.
- PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar.
- Sobre la perfección del contrato en España: el “popurri” de los “nuevos” artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. **2**, (Enero/Junio 2003), 7-19.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.
- Reflexiones sobre la contratación informática. **4**, (Enero/Julio 2004), 11-21
- PÉREZ PEREIRA, María.
- Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos. **1**, (2002), 33-51.
- PLAZA SOLER, Juan Carlos.
- Los correos electrónicos comerciales no solicitados en el Derecho español, europeo y estadounidense. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 73-98.
- RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola.
- El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. **2**, (Enero/Junio 2003), 61-80
- REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos.
- Las Bases de Datos de Perfiles de ADN y su (des) Protección en Europa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 147-157
- RICO CARRILLO, Mariliana.
- Firmas electrónicas y criptografía. **2**, (Enero/Junio 2003), 81-101.
- SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.
- La Directiva europea sobre comercio electrónico. **1**, (2002), 73-91.
- SALGUEIRO A., José Ovidio.
- La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela. **1**, (2002), 25-32.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús.
- Monopolio y competencia en el Derecho comunitario europeo de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 129-146.
- SANTANDER RENGIFO, Antonio.
- Una nueva vieja propuesta: la oferta al público por internet bajo la lupa de la Doctrina del Derecho Civil. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 81-120.
- SARMIENTO, María Gabriela.
- Anteproyecto de Convención sobre la Contratación Electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 99-125.
- SOTO, Alberto.
- Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.
- VARGAS LEAL, Luis.
- Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. **4**, (Enero/Julio 2004), 23-62
- WACHOWICZ, Marcos y REZENDE, Denis Alcides.
- La Tecnología de la Información y sus impactos en la propiedad intelectual. **2**, (Enero/Junio 2003), 43-59.

CONFERENCIAS

- ÁLVAREZ CABRERA, Carlos S.
- Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. **4**, (Enero/Julio 2004), 93
- AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- El testamento electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 193
- ARAUJO - JUÁREZ, José.
- El nuevo “modelo de regulación” de las telecomunicaciones en Venezuela. **4**, (Enero/Julio 2004), 65-91
- ARRIETA ZINGÜER, Miguel.
- Tributación e Internet. **4**, (Enero/Julio 2004), 145
- BRANDT GRATEROL, Leopoldo.
- Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 165
- ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. **4**, (Enero/Julio 2004), 187
- PÉREZ PEREIRA, María.
- España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. **4**, (Enero/Julio 2004), 177
- REMOLINA ANGARITA, Nelson.
- Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. **4**, (Enero/Julio 2004), 109

LEGISLACIÓN

II.1. Nacional

Decretos

- Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela. **1**, (2002), 185-188.
- Decreto N° 1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.
- Decreto N° 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.
- Decreto N° 1.095 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de apertura de los servicios

de telefonía básica. **2**, (Enero/Junio 2003), 209-245.

- Decreto N° 2.189 de 13 de diciembre de 2002 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **2**, (Enero/Junio 2003), 255-280.
- Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **1**, (2002), 255-273.
- Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 301-322.

Leyes

- Ley especial contra los Delitos Informáticos. **1**, (2002), 275-285.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **1**, (2002), 189-253.

Resoluciones

- Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.215 de 8 de junio de 2001. **2**, (Enero/Junio 2003), 247-254.
- Resolución N° 400 de fecha 20 de febrero de 2004, Normas para el Registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 253-255.
- Resolución N° 401 de fecha 20 de febrero de 2004, Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 257-261.
- Resolución N° 408 de fecha 9 de marzo de 2004, Condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 263-266.

II.2. Internacional

Directivas

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003),

- 197-211.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242.
- Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.

Leyes Modelo

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con la guía para su incorporación al Derecho Interno. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 181-190.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 191-196.

Legislación española

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 219-261.
- Ley 59/2003, de firma electrónica. **4**, (Enero/Julio 2004), 263-300.
- Ley 32/2003, de 3 denoviembre, General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 161-252.

RESEÑA LEGISLATIVA

- ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y

Televisión. **2**, (Enero/Junio 2003), 283-309.

CRÓNICA JURÍDICA

- ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- La Informática forense como medio de prueba. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

- Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
- El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas: *Power Line Communications* (PLC). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

JURISPRUDENCIA

ARRIETA ZINGÜER, Miguel.

- La gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 269-275.

RICO CARRILLO, Mariliana.

- Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales. **1**, (2002), 289-319.
- La notificación por medios electrónicos. Comentario a la sentencia de 01 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **2**, (Enero/Junio 2003), 313-314.
- El valor jurídico de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 271-273.

URSO CEDEÑO, Giuseppe.

- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Con-

sumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 325-329

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 sobre el reconocimiento del valor jurídico de la información contenida en el sitio web del Tribunal. **1**, (2002), 320-323.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 01 de febrero de 2000. **2**, (Enero/Junio 2003), 315-337

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 19 de agosto de 2002. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 275-277.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 05 de agosto de 2003. **4**, (Enero/Julio 2004), 331-338

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03 de agosto de 2004. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 277-305

RECENSIÓN

PÉREZ PEREIRA, María. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada

- BARRAL VIÑALS, Immaculada (Coord.) *La regulación del comercio electrónico*. Edt. Dykinson, Madrid 2003, 207 págs. **3**, (julio/Diciembre 2003), 281-282.
- BRANDT GRATEROL, Leopoldo. *Páginas web: condiciones, políticas y términos legales*. Editorial

Legis, Caracas, 2001, 358 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 283-284.

- RAMOS HERRANZ, Isabel: *Marcas versus nombres de dominio en Internet*. Iustel, Madrid, 2004, págs, 351. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 309-310.
- RICO CARRILLO, Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. Edt. Legis, Caracas, 2003, 277 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 285.

- RICO CARRILLO, Mariliana. Selección
y comentarios sobre bibliografía
Jurídica especializada
- BRICEÑO, Francisco (Coord.):
*Aspectos legales del comercio
electrónico*, Cavecom, Caracas,
2004, 294 págs. 4, (Enero/Julio
2004), 341-245

Normas para la presentación de artículos a ser publicados en la Revista Derecho y Tecnología

1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación.
2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente Windows™ 3.0 o superiores. Los gráficos o imágenes que contenga el artículo deben estar especificados con los formatos o extensiones en que se hicieron (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, y otros), asimismo, las ilustraciones deben estar numeradas y a continuación del texto (no se aceptarán las que se encuentren al final del artículo). Las revistas podrán decidir no incluirlas, previa comunicación al autor o autores, si éstas no llenan los requisitos técnicos para su reproducción.
3. El texto del artículo debe redactarse tomando en cuenta los siguientes parámetros:
 - 3.1. La primera página debe contener:
 - a) Título del artículo
 - b) Nombre del autor o autores
 - c) Título académico y afiliación institucional
 - d) Dirección del autor y correo electrónico
 - e) Síntesis curricular no mayor a diez (10) líneas
 - 3.2. La segunda página debe contener un resumen no mayor de ciento cuarenta (140) palabras, concentrándose en los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones. Al final del mismo se deben incluir las palabras claves en un número no mayor a cinco (5).
 - a) El resumen y las palabras claves deben venir redactadas en español e inglés
 - b) Se podrán aceptar artículos redactados en inglés, francés u otros idiomas sólo en casos especiales, debiendo contener las palabras claves en español e inglés.
 - 3.3. El texto del artículo debe estructurarse en secciones debidamente identificadas, siendo la primera la introducción (o reseña de los conocimientos existentes, limitada estrictamente al tema tratado en el artículo). Las secciones deben identificarse sólo con números arábigos. Cada artículo antes de la primera sección o sección introductoria, debe tener un sumario en el que se enumeren los temas que se van a desarrollar (las secciones en las cuales fue dividido el trabajo).
 - 3.4. Si parte del material trabajado (textos, gráficos e imágenes utilizados) no son originales del autor o de los autores, es necesario que los mismos estén acompañados del correspondiente permiso del autor (o de los autores) y el editor donde fueron publicados originalmente, en su defecto, se debe indicar la fuente de donde fueron tomados.
 - 3.5. En las referencias bibliográficas se debe utilizar el sistema de cita formal,

haciendo la correspondiente referencia en las notas a pie de página, las cuales deben ser enumeradas en números arábigos, siguiendo un orden correlativo.

4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a doble espacio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.
5. Los artículos se deben remitir en un archivo adjunto, a la dirección electrónica derechoytecnologia@ucac.edu.ve con copia a mrico@ucac.edu.ve
6. Los autores deberán firmar una autorización (en un formato que remitirá a tal efecto) donde se especifica el derecho que tiene la revista, y por ende, la Universidad Católica del Táchira, de reproducir el artículo en este medio de comunicación, sin ningún tipo de retribución económica o compromiso de la Universidad con el autor o los autores, entendiéndose éste como una contribución a la difusión del conocimiento y/o desarrollo tecnológico, cultural o científico de la comunidad o del país en el área en que se inscribe.
7. Cuando se envíen textos que estén firmados por más de un autor, se presumirá que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.
8. Se reserva el derecho de hacer las correcciones de estilo que se consideren convenientes, una vez que el trabajo haya sido aceptado por el Consejo de Redacción para su publicación.
9. Los artículos serán analizados por un Comité de Árbitros y por un Consejo de Redacción. El cumplimiento de las normas no garantiza su publicación, si el trabajo no es aprobado por estas instancias.
10. La Universidad Católica del Táchira, el editor y el Consejo de Redacción de la revista, no se responsabilizarán de las opiniones expresadas por los colaboradores en sus respectivos artículos.

Rules the introduction of articles to be published on the Revista Derecho y Tecnología

1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means.
2. Articles must be redacted in editor programs that work in Windows™ 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, and others), in the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The magazines could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if they do not fulfil the technical requirements to their publication.
3. The text of the article must be redacted considering the following parameters:
 - 3.1. The first page must have:
 - a) Title of the article
 - b) Author or authors name
 - c) Academic title and institutional affiliation
 - d) Author address and e-mail
 - e) Resume no longer than 10 lines
 - 3.2. The second page must have an abstract no longer than one hundred and forty words (140), focusing on the goals, methodology, results and conclusions. At the end, the key words must be included in a maximum number of five (5).
 - a) The abstract and the key words must be translated in Spanish and English.
 - b) Articles in English, French and other languages could be accepted, just in special cases. In all cases they must have the key words in Spanish and English.
 - 3.3. The text article must be structured in clearly identified sections, being the first the background (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified only with Arabic numeral. Each article, before section one or background, must have a summary where appear numbered the subjects to be discuss on the paper (sections the article was divided).
 - 3.4. If part of the material (text, graphics, images) is not original of the author or authors, is necessary that this material to be authorized by the original author (or authors) and the editor where were first published, in lack of this, the source where they were taken must be indicated.
 - 3.5. The formal citing system must be used for the bibliographic references, doing the right reference at the foot of the page numbered in Arabic numeral, following a correlative order.

4. Articles must have a maximum extension of forty (40) sheet or pages written in double space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be always Times New Roman 12.
5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: derechoytecnologia@ucatan.edu.ve with copy to mrco@ucatan.edu.ve
6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the Revista Tachirensis de Derecho as well as the Universidad Católica del Táchira, to publish the article on this divulging means, without any economic retribution or commitment of the University with the author or authors, understanding the article is a contribution to the divulging of knowledge and technological development, cultural or scientific of the community or the country in the area where it is registered.
7. When articles are sign by more than an author, it would be presumed that all authors have been check and approved the original text sent.
8. The right of change of stylus that are considered convenient is reserved, once the article have been accepted by the Redaction Council for its publication.
9. An Arbitral Committee and a Redaction Council will analyze the articles. The observance of the norms do not guarantee the publication of the article if this is not approved by these instances.
10. The Universidad Católica del Táchira, the editor and the Redaction Council of the magazine, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

DERECHO Y TECNOLOGÍA

**CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

5/2004

Revista de Derecho y Tecnología, Julio / Diciembre 2004,
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó
de imprimir en el mes de octubre de 2005, en los talleres de
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de 500 ejemplares.
San Cristóbal - Venezuela

