

DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL TACHIRA

1/2002

Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado



Universidad Católica del Táchira
San Cristóbal - Venezuela

Revista Derecho y Tecnología

Director

Mariliana Rico Carrillo

Consejo de Redacción

Rafael ILLESCAS ORTIZ (Universidad Carlos III de Madrid); Leopoldo BRANDT GRATEROL (Universidad Católica Andrés Bello); Antonio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid); José Ovidio SALGUEIRO A. (Universidad Católica Andrés Bello); Miguel ARRIETA ZINGUER (Universidad Católica del Táchira); Fernando MARTÍN COBISA (Universidad Carlos III de Madrid); Fernando MARESCA (Universidad de Buenos Aires); Apolonia MARTÍNEZ NADAL (Universidad de las Islas Baleares); María PÉREZ PEREIRA (Universidad Carlos III de Madrid). Emilio SUÑE (Universidad Complutense).

Diseño Gráfico

Nina Gabriela Vásquez

Montaje

Edy Marleni Lozano

Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209

ISSN: 1317-9306

Revista Derecho y Tecnología

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@cantv.net

Distribución:

Fundación Editorial UCAT
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela



ÍNDICE

DOCTRINA

Artículos

Rafael ILLESCAS ORTIZ: La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho de Comercio Electrónico	9
José Ovidio SALGUEIRO A.: La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela	25
María PÉREZ PEREIRA: Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos	33
Apolonia MARTÍNEZ NADAL y Josep Luis FERRER GOMILÁ: Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo	53
Víctor Alberto SALGADO SEGUÍN: La Directiva Europea sobre Comercio Electrónico	73
Gilberto CÁRDENAS: Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones	93
Miguel ARRIETA ZINGUER: Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela	111
Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: Monopolio y competencia en el Derecho comunitario europeo de las telecomunicaciones	129
Fernando MARESCA: Protección jurídica del software: un debate abierto	147
Mónica LASTIRI SANTIAGO: Autorregulación publicitaria	157

Legislación

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	185
Ley Orgánica de Telecomunicaciones	189
Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas	255
Ley especial contra los Delitos Informáticos	275

Jurisprudencia

Mariliana RICO CARRILLO: Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales	289
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	320

Presentación

El desarrollo de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información, implica la aparición de nuevas necesidades de investigación en el ámbito jurídico y en el campo de las ciencias en general; la popularización de servicios como Internet y la apertura del mercado de las telecomunicaciones, evidencian día a día una mayor demanda de conocimientos.

En el marco de la revolución tecnológica que estamos viviendo, el Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías de la Universidad Católica del Táchira, se complace en presentar la revista *Derecho y Tecnología*, publicación que pretende cubrir los requerimientos de estas áreas del conocimiento, contando con la participación de investigadores nacionales e internacionales de destacada trayectoria dedicados al estudio de estas materias.

Derecho y Tecnología es una revista de carácter multidisciplinario, orientada hacia el estudio de los avances tecnológicos y jurídicos en general, con especial énfasis en las modificaciones que produce la aplicación de la tecnología en el campo del Derecho, fenómeno que exige una redefinición de las clásicas instituciones jurídicas y es causa de importantes innovaciones en la forma de llevar a cabo los procedimientos.

Con esta iniciativa, la Universidad Católica del Táchira abre una vez más sus puertas a la investigación, invitando a quienes incursionan en el sector académico y profesional relacionado con estas áreas, a participar activamente en la consolidación de este proyecto, con la finalidad de proporcionar un medio adecuado de difusión que finalmente redundará en beneficio de la colectividad en general.

Mariliana Rico Carrillo

DOCTRINA

La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del Comercio Electrónico

Rafael Illescas Ortiz*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consagración inicial del principio. 3. La equivalencia se predica de las declaraciones de ciencia y de voluntad, prenegociales y negociales. 4. El “mensaje de datos”, objeto de la regla de la equivalencia funcional. 5. Concretas aplicaciones legales. 6. Las excepciones.

1. Introducción

Varios son los principios básicos sobre los que se fundamenta el Derecho del Comercio Electrónico (en adelante C-E). De una manera expresa o mediante una tarea inductora a partir de las disposiciones vigentes en la materia, se llega a afirmar la existencia de cinco de dichos principios fundamentales en orden a disciplinar el C-E. Tal afirmación se produce ciertamente sin ánimo excluyente de algún otro más, por otra parte. Sin ánimo tampoco de negar que algunos de los mismos no son en modo alguno patrimonio exclusivo del Derecho del C-E aun cuando sea muy recomendable predicarlos del mismo en estos albores disciplinatorios del Derecho del C-E.

Los principios en cuestión son los siguientes: principio de equivalencia funcional, de neutralidad tecnológica, de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, de buena fe y de libertad contractual o de pacto.

Ocasión previa ha existido para extenderse sobre todos y cada uno de ellos con cierto detenimiento¹. Conviene ahora limitar nuestro estudio a uno de los más caracterizados y caracterizadores de entre dichos principios: el que he denominado principio de equivalencia funcional. Contribuyo de esta manera, y en la medida de mis limitados recursos, al nacimiento de una nueva revista jurídica iberoamericana, dedicada al estudio de las interacciones entre el Derecho

* Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. rillesca@der-pr.uc3m.es

¹ Sobre los principios aludidos puede consultarse ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 33 y ss.

y la Técnica, una de las cuestiones cruciales que el presente y el futuro tienen planteada tanto a los juristas como a los investigadores y tecnólogos en ciencias aplicadas. No puedo sino congratularme, así pues, de la feliz iniciativa de la Universidad Católica del Táchira y agradecer la invitación que me ha sido cursada por sus responsables para participar en su efemérides inaugural.

2. Consagración inicial del principio

La sólida y primigenia afirmación de la regla de la equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos o autógrafos –manuales en general–, e incluso orales, constituye el núcleo del Derecho del C-E. También lo es del Derecho Electrónico en sentido amplio si bien consideraciones generales, no es oportuno realizar ahora. Sin una regla como la formulada sencillamente el Derecho del C-E no podría existir. Sin una tal regla, en efecto, carecerían de validez y eficacia para el Derecho los actos negociales, prenegociales y postnegociales de lo que la técnica primero y la práctica jurídica después ha venido a denominar C-E, y ello en sus dos vertientes ya clásicas: la algo más antigua que comprende las relaciones jurídico-electrónicas entre empresarios (el denominado C-E B2B o *business to business* en lengua inglesa o EaE, empresario a empresario en lengua española) y la más reciente comprensiva de las relaciones entre empresario y consumidor (B2C o *business to consumer* en lengua inglesa o EaC o empresario a consumidor en lengua española). La negación de la equivalencia supondría, sin más, reducir los soportes de la voluntad negocial al oral, el escrito y el gestual o *facta concludentia* en la clásica terminología latina; también supondría aislar el campo del Derecho a las innovaciones habidas desde que los humanos inventamos la escritura. Todo ello es rechazable: la innovación jurídica abarca no sólo nuevos contratos y nuevas leyes sino también nuevos soportes y medios de comunicación.

En orden a la instrumentación jurídica de estos últimos se formula el principio estudiado.

La expresión utilizada para referirse a tal principio –“equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos”– adquiere carta de naturaleza originariamente en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (en adelante DUCI) a mediados de la última década del pasado siglo y milenio. Lo hizo concretamente con ocasión de las tareas de elaboración de la “Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico”² (en adelante LMCUCE), culminadas en 1996. La Ley Modelo constituye con todas sus limitaciones el primer gran texto jurídico –sistemático y completo, nacional o

2 La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico fue aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria, de 16 de diciembre de 1996. Un nuevo artículo 5 *bis* fue añadido a la Ley Modelo en el año 1988 a través de la correspondiente decisión de la Comisión en su 31º período de sesiones. Su texto íntegro impreso responde a la siguiente cita: NACIONES UNIDAS, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo*

uniforme– que formula una disciplina integral del C-E cuyo reconocimiento y utilidad no cesan de ser comprobados con regularidad³. Tales son las razones determinantes de que se sigan de cerca sus pasos en orden al estudio de los principios básicos de la disciplina en cuestión. No es sin embargo en el cuerpo dispositivo de la Ley Modelo donde la expresión de la equivalencia funcional se consagra y su contenido se explicita con cierto detalle.

En efecto, la aparición inicial y primera formulación positiva de la regla tuvo lugar con anterioridad a la culminación de los trabajos de redacción de la LMCUCE: se produjo en el artículo 11.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995, el cual constituye uno de los escasos preceptos de la Convención que aluden a tales instrumentos –las garantías independientes y sus similares cartas de crédito contingente– cuando se emiten electrónicamente⁴. Desde la Convención la expresión típica y el principio que encierra se incorporan al texto complementario de la propia LMCUCE simultáneamente publicado con ella un año más tarde y denominado “Guía para la incorporación al derecho interno de la LMCUCE”⁵. Sin llegar a formular expresamente el contenido de la regla, el criterio del “equivalente funcional” es ampliamente descrito en el texto de la citada Guía. A partir esta recepción de la expresión, puede decirse que su aceptación se generaliza y que su trascendencia como base fundamental del régimen jurídico del C-E queda constatada.

artículo 5 bis aprobado en 1988, Naciones Unidas, Nueva York, 1999. Su texto completo en todos los idiomas oficiales de Naciones Unidas así como el de la Guía jurídica para su incorporación puede encontrarse en el sitio web de CNUDMI a saber, www.uncitral.org. Un resumen aceptable de la LMCUCE en MORINO NAVARRETE, *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 19 y ss. CNUDMI es la abreviatura de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; UNCITRAL es la abreviatura de la denominación inglesa de la Comisión –United Nations Commission for International Trade Law–. La Comisión es universalmente conocida por su abreviatura inglesa; no obstante, en el texto se emplean ambos acrónimos dado el idioma español del presente estudio. En reconocimiento a tales circunstancias con frecuencia se simultanean ambas abreviaturas. Información sobre UNCITRAL y su tarea así como sobre los textos jurídicos por la Comisión elaborados, administrados o en progreso se encuentran en su ya mencionado sitio web.

³ El reconocimiento de la utilidad de la Ley Modelo en el ámbito iberoamericano es analizado, recientemente, de modo general así como con pormenor de países, por SILVEIRA, Mariana C., Repercusiones del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América Latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable, “*Revista de la Contratación Electrónica*”, nº 18, 2001, Págs. 5 y sgtes.

⁴ La Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de 1995 entró en vigor el día 1 de enero de 2000, de ahí que se aluda a la acogida –mejor que formulación– positiva primaria del principio. El citado precepto de la Convención establece que “La promesa podrá disponer, o el garante/emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante emisor del documento que contenga la promesa, o *algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución, de haberse emitido la promesa en forma que no sea sobre papel*, será necesaria para la extinción del derecho a reclamar el pago ...” (énfasis añadido).

⁵ NACIONES UNIDAS, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996*, Naciones Unidas, Nueva York, 1997.

El significado de la regla de la equivalencia funcional puede formularse de la siguiente manera: la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa –o eventualmente su expresión oral– respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.

La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, verbal o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto⁶: los efectos jurídicos apetecidos por el emisor de la declaración deben de producirse con independencia del soporte escrito –eventualmente oral– o electrónico en el que la declaración conste. Esta idea esencial de la equivalencia funcional o de la no discriminación del acto electrónico respecto del acto manual –empleada sea este término de modo general– por el mero hecho de poseer un soporte distinto del papel tiene que ser recogida en el ordenamiento aplicable al C-E⁷ y, además, ha de ser respetada por las partes y aplicada por los tribunales. Su consagración positiva sin duda que atribuye el máximo grado de seguridad a quienes utilizan para sus transacciones el C-E: una declaración legal de equivalencia entre la voluntad emitida por escrito y la emitida electrónicamente asegura a quienes usan de esta última la certidumbre de que los efectos jurídicos

6 Ocasionalmente se ha discutido, desde una perspectiva exclusivamente dogmática, la existencia de uno o dos principios generales en la materia. Es decir, se ha discutido si la equivalencia funcional y la no discriminación son manifestaciones de un mismo principio o si, por el contrario, se tratan de postulados diversos, con reconocimiento, consagración y desarrollo diferenciados. Me inclino por obviar la discusión por razones prácticas y me limito a formular la existencia de la regla general de equivalencia, expresiones de la cual son tanto su dimensión positiva –la propia equivalencia funcional– como negativa –la no discriminación–. No obstante, algún autor enfatiza en España sobre la no discriminación a la que considera “elemento básico” del sistema. Así, DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet* cit., pág. 304 quien tiene el mérito de manejar a lo largo de su monografía con amplitud la LMCUCE.

7 En el caso del ordenamiento español se encuentra una consagración de dicha equivalencia funcional en el artículo 3.1 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre de 1999, sobre firma electrónica –BOE nº 224 de 18 de septiembre de 1999– (en adelante RDL): aunque el texto del RDL citado se refiere a la equivalencia funcional de la firma electrónica (en adelante FE) resulta consecuencia lógica de la disposición la extensión del principio estudiado a los actos que se rubrican con tal FE. El texto español no utiliza las palabras “equivalencia funcional” pero atribuye a unas y otras firmas –y actos– “el mismo valor jurídico”. Lo mismo acontece en el derecho comunitario europeo con el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) –DOCE nº L 178 de 17 de julio de 2000– el cual resulta más explícito por cuanto que se refiere no a las firmas sino a los contratos cuando requiere a los Estados miembros de la UE que velen por que “el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica” (énfasis añadido).

No obstante su mayor precisión, la Directiva europea tampoco utiliza la expresión “equivalencia funcional” de manera explícita.

apetecidos se van a producir y reconocer por el ordenamiento aun cuando no haya sido empleado ninguno de los clásicos soportes hasta ahora utilizados y reconocidos expresamente –el oral, escrito o gestual– para su declaración.

Puede no obstante que el ordenamiento aplicable al contrato carezca de disposición expresa en materia de equivalencia funcional. Ello ha acontecido durante mucho tiempo en todos los ordenamientos: quienes han sometido a tales ordenamientos los contratos electrónicamente pactados o ejecutados no por ello han provocado su nulidad o anulabilidad. Infinitud de dichos contratos en la actualidad se encuentran plenamente consumados aun careciendo el sistema legal aplicable de norma consagrada de la equivalencia. Tal defecto ha sido suplido en unos casos por reglas generales en materia de Derecho de obligaciones –las reglas de libertad de forma en unos casos y de libertad de contratación en otros; incluso ambas reglas en la mayoría de los ordenamientos y casos–: hoy día tal suplencia es frecuente en muchos ordenamientos en la medida en que son escasos aun los que contienen disposiciones específicas en materia de C-E y equivalencia funcional.

Igualmente la laguna legal advertida ha cabido ser subsanada por las partes de un contrato por vía de innovadoras estipulaciones contractuales. En ellas se ha podido y se sigue pudiendo consagrar para cada caso concreto la equivalencia⁸; esta mera consagración convencional, sin embargo, padece debilidades en materia de reconocimiento por, y efectos frente a, terceros; debilidades también de aplicación judicial, siempre que se produzca la previa admisión del documento electrónico como instrumento de prueba, por parte de los tribunales. Aquellos efectos frente a terceros requieren generalmente en los sistemas jurídicos una concreta disposición consagrada que, además, altere la regla universal de la relatividad de los contratos: es obvio, en cualquier caso que esta alteración de la regla de la relatividad contractual no es una exigencia específica del C-E sino que tan sólo habrá de producirse cuando la naturaleza del vínculo así lo requiera, se haya pactado tal vínculo de modo electrónico o manual. Los efectos probatorios derivados del pacto de equivalencia funcional, por el contrario, se han venido produciendo con mayor flexibilidad.

Concordantemente con lo anteriormente expuesto –la conveniencia de la existencia en cada ordenamiento de una regla legal consagrada del principio– y retornando a la LMCUCE, cabe comprobar que ésta dicta –*rectius* aconseja

⁸ Tal acontece en el muy conocido y utilizado desde hace ya siete años “Modelo europeo de acuerdo EDI” publicado como Anexo 1 de la Recomendación de la Comisión (Europea) de 19 de octubre de 1994 relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (94/820/CE) –DOCE n° L 338 de 28 de diciembre de 1994–, muy anterior en el tiempo a la promulgación en los Estados miembros de norma alguna en materia de C-E. El artículo 3.1 de Modelo de Acuerdo responde plenamente al principio de equivalencia funcional si bien y una vez más tales palabras no son expresadas en su texto. El tenor literal de la cláusula citada es el siguiente: “Las partes, con la intención de que este acuerdo resulte legalmente vinculante, renuncian expresamente a hacer uso de cualquier derecho (a) interponer una acción tendente a invalidar un contrato celebrado mediante el uso de EDI de conformidad con las condiciones establecidas en el *Acuerdo basándose únicamente en el hecho de que se celebró mediante el uso de EDI*” (énfasis añadido).

a los Estados miembros de las Naciones Unidas– una disposición modelo que responde en su plenitud al útil objetivo de la consagración positiva del principio de equivalencia funcional. Su formulación, en un sentido negativo y un tanto a la anglosajona, no resulta lo suficientemente familiar y calificadora para el jurista de tradición romano-continental. Ello no obstante, los efectos que ha de producir su transposición a, u observancia en, los respectivos sistemas nacionales son claros: sin más, la contundente consagración positiva del principio de equivalencia funcional garantizador del régimen jurídico del C-E y del Derecho Electrónico en general. La norma en tales términos consagradora del principio estudiado se encuentra en el artículo 5 de la Ley Modelo cuyo escueto tenor literal, bajo la denominación “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos”, dice así:

“No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

La disposición reproducida resulta criticable, al menos desde un plano formal, dada su formulación negativa, como ya ha sido indicado. Un texto directo e incorporador de la expresión “equivalencia funcional” hubiere resultado en un mayor grado de comprensión de la importancia de su contenido y habría facilitado en grado sumo la inteligencia del principio y del precepto; esa consagración, sin embargo y como se ha comprobado, le está vedada no sólo al legislador global sino también al europeo y al español. Probablemente la emanación puramente doctrinal del principio que se estudia es el elemento determinante de los defectos legislativos formales que se advierten.

Ello no obstante no puede dudarse de que la escueta regla del artículo 5 consagre categóricamente la equivalencia funcional entre los actos electrónicos y los no electrónicos. En su virtud, los efectos jurídicos, la validez y la fuerza obligatoria de los contratos no pueden ser negados ni por las leyes ni los tribunales nacionales por el mero hecho de que hayan sido ofertados, negociados, convenidos, administrados, alimentados, ejecutados y consumados en todo o en parte por medios electrónicos. Éstos y no otros son los que denominamos contratos electrónicos y la regla antes transcrita exige del conjunto del ordenamiento que no impida que los mismos produzcan idénticos resultados que sus homólogos no electrónicos. En ello estriba, ciertamente, la esencia de la equivalencia funcional.

El enunciado de la regla en cuestión suscita, no obstante, cuanto menos dos interrogantes –conceptuales y terminológicos– para el lector que se inicia en el estudio de la contratación electrónica. El primero deriva del empleo por parte suya del término “información”; el segundo está constituido por la mención de la expresión que acaba de plasmarse con ocasión de la reproducción del precepto uniforme –“mensaje de datos”–. Resulta ineludible el discernimiento del auténtico significado de ambos términos y conceptos en punto a consolidar el alcance del principio estudiado.

3. La equivalencia se predica de las declaraciones de ciencia y de voluntad, prenegociales y negociales

En orden a despejar la primera duda suscitada por la lectura del artículo 5 de la LMUCE ha de señalarse que la palabra “información” tal y como se emplea en el artículo transcrito no debe entenderse en sentido literal ni de modo reduccionista. Unos tales entendimientos de la palabra utilizada por la LMUCE implicaría que la equivalencia funcional tan sólo resultaría predicable de las declaraciones de ciencia o conocimiento emitidas electrónicamente por las partes de un contrato. Una interpretación en ese sentido es incorrecta e implica que la equivalencia funcional no es jurídicamente aplicable a las declaraciones de voluntad contenidas en el mensaje de datos y efectuadas por su emisor. La palabra, por el contrario, se utiliza en la Ley Modelo en un sentido técnico-electrónico y neutro; no en sentido jurídico. En aquel sentido, todo lo que se transmite por vía electrónica son datos –*data* tanto en latín como en inglés– o información: imágenes, textos, sonidos, etc.⁹

Unas y otros se ven reducidos a datos numéricos o números que constituyen información electrónicamente transmisible y eventualmente transmitida¹⁰. Es éste el sentido en el que la palabra información se utiliza en el precepto analizado: en consecuencia, toda declaración prenegocial, negocial o postnegocial efectuada por el emisor de un mensaje de datos se convierte en datos constitutivos de “información” en el sentido electrónico del término. De esta información susceptible de poseer tan variados contenidos negociales como convenga a su emisor es de la que se predica su sometimiento a la regla de la equivalencia funcional. No meramente de la información compuesta por meras manifestaciones jurídicas de ciencia o conocimiento y no de voluntad. En esta interpretación abundan los textos españoles y europeos a los que ya se ha hecho referencia: en los mismos, no obstante, se utiliza con más frecuencia el término datos que el término información¹¹.

4. El “mensaje de datos”, objeto de la regla de la equivalencia funcional

⁹ En ese sentido se expresa la apreciable y muy al día “Signature Electronic Transactions Act 1998” en su artículo 2 cuando establece que “‘*information*’ includes *data, text, images, sound, codes, computer programs, software and data bases*”.

¹⁰ Se produce así lo que técnicamente se conoce con el nombre de digitalización de la información, convertida ésta en series de números de 0 y 1, lo que está en la base de toda transmisión electrónica digitalizada. Cuando la transmisión es analógica, la conversión no es necesaria. Ello acontece en sistemas anticuados de transmisión más eléctrica que electrónica – ciertos teléfonos, telégrafos y facsímiles– los cuales, no obstante, la LMUCE ha decidido someterlos a su disciplina si quiera sea por analogía jurídica, valga la redundancia, con las transmisiones electrónicas digitales y al par atendiendo a los diversos grados de desarrollo tecnológico que poseen los más de 180 Estados miembros de Naciones Unidas –sobre tal sometimiento ampliado cfr. artículo 2.a de la LMUCE–.

La segunda cuestión a solventar de entre las suscitadas por el escueto e inverso tenor literal del artículo 5 de la Ley Modelo consiste en precisar la naturaleza, incluso jurídica, del legalmente denominado “mensaje de datos” (en adelante MD). La respuesta a dicho interrogante la ofrece la propia LMUCE en su artículo 2.a) de la LMCUCE, conforme al cual,

“Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax”.

El mensaje de datos, así pues, constituye un modismo, importado del lenguaje tecnológico al jurídico y fruto de la traducción de una difundida expresión inglesa –*data message*– cuyos elementos definidores son dos: de una parte, el contenido, de otra el medio de su comunicación o transmisión. El contenido, en primer lugar, es siempre información entendida en los términos establecidos en el precedente epígrafe, esto es, declaración de voluntad o ciencia –ordinaria pero no necesariamente– emitida con fines negociales, destinada a ser enviada a una persona distinta de su emisor y a dicho fin digitalizada¹². En segundo lugar, el medio de comunicación o transmisión empleado para hacer llegar tal información a su destinatario: dicho medio posee naturaleza electrónica. Ciertamente, no obstante, que electrónica en una acepción muy amplia. En efecto, mientras que dicha naturaleza la poseen indubitadamente el EDI y el correo electrónico se puede dudar de que en todo caso lo posean el telegrama, el telex o el telefax. Ello dependerá, en última instancia, de la tecnología disponible para el envío, circulación y recepción de estos últimos instrumentos de comunicación a distancia. La LMUCE opta por incluirlos en atención, sin duda, al muy diverso

¹¹ El artículo 2.a del RDL español se refiere expresamente a “datos electrónicos”. Idéntica expresión es la utilizada por el artículo 2.1 de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica –DOCE nº L 13 de 19 de enero de 2000–. Más evolucionadamente y de manera inequívoca, la Directiva 2000/31 se refiere a “contratos por vía electrónica” en sus artículos 9 y sgtes.

¹² La relativización a la que se somete la definición o descripción del primer elemento definidor del mensaje de datos en el texto es fruto de la discrepancia existente acerca de si puede existir un mensaje de datos que no tenga destinatario –que carezca de bilateralidad por así decir– y que por tanto vaya a permanecer siempre bajo el control de su emisor. Ello acontece en algunos casos legalmente prevenidos: así cuando se trata de electrificar una contabilidad empresarial y sus justificantes –correspondencia comercial, facturas, albaranes, acuses de recibo y otros emitidos por terceros en papel y destinados al empresario que los digitaliza con fines contables y de conservación en soporte electrónico y no de papel en el que originalmente se crearon. Los archivos electrónicos así creados pueden beneficiarse de las reglas jurídicas del C-E pero dudosamente podrán catalogarse como mensajes de datos puesto que no están llamados a circular. No obstante encajan en los términos del artículo 2.a de la LMUCE el cual se refiere al archivo de datos expresamente. Sobre la discusión, con más detalles, ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la contratación electrónica*, cit., págs. 67 y sgtes.

estado de desarrollo tecnológico en el que se encuentran los más de 180 Estados miembros de Naciones Unidas. La discusión sobre la materia excede los límites de este trabajo e igualmente su índole jurídica.

Con las precisiones aportadas en el precedente y presente epígrafes, la regla de la equivalencia funcional tal como se consagra prelegislativamente por primera vez con alcance general para el Derecho del C-E en 1996 queda suficientemente clarificada: el MD es información electrónicamente tratada contenedora de declaraciones de voluntad o de ciencia así como de objetos inmateriales susceptibles de contratación –programas de ordenador, obras literarias, musicales, visuales, etc.– A su vez, la equivalencia funcional requiere que este MD sea legalmente equiparado al documento escrito o verbal en todos sus aspectos y efectos jurídicos; ninguna discriminación habrá de padecer el MD respecto del acuerdo o la declaración en papel o verbal por el mero hecho de que el MD posea un soporte diferenciado y genuino, el soporte electrónico.

La regla general de la equivalencia funcional y no discriminación así precisada se encuentra, además, en la base de la electronificación de los actos jurídicos: esto es, la formación, perfección, formulación, administración y ejecución de tales actos por medios electrónicos –MD, redes y sistemas de información– sin detrimento alguno de los efectos prevenidos por las leyes o convenidos por las partes respecto de idénticos actos cuando se dotan de soporte cartáceo, verbal o gestual según los casos. Si la regla analizada no resulta reconocida por el ordenamiento, la electronificación de los actos jurídicos deviene insegura o, simplemente, imposible al padecer alteraciones los efectos de ellos como consecuencia del nuevo soporte.

En suma, el principio que se estudia ha de producir, con su consagración en cada ordenamiento concreto, un efecto de espejo respecto de los actos electrónicos sometidos al mismo: la norma consagrada opera como una suerte de espejo el cual refleja identidad de efectos jurídicos para actos igualmente idénticos aun cuando sus soportes sean distintos. El soporte electrónico, sin más y en virtud de la pauta de equivalencia funcional, se une a los precedentes y subsistentes soportes que con el paso del tiempo han venido a acompañar al primer soporte jurídico históricamente existente, la voz humana.

5. Concretas aplicaciones legales

La plena contemplación del principio analizado requiere, no obstante, que se aluda a sus concretas aplicaciones positivas así como a las efectivas excepciones existentes a su aplicación.

Concretas aplicaciones legales en primer término. El DUCI¹³ y los restantes textos jurídicos pertinentes en la materia dictados con fines de armonización internacional –para un europeo las ya conocidas Directivas 1999/93 y 2000/31 principalmente¹⁴– de modo específico someten tres grandes aspectos del C-E

y de la contratación electrónica privada en general al principio de equivalencia funcional: se trata (i) del concepto de escrito o documento escrito, (ii) de la noción de firma y (iii) del cumplimiento del eventual requisito legal o convencional de producción, en sentido amplio, de documento o documentación original.

Respecto de la equivalencia entre documento electrónico y documento escrito, la regla significativa se encuentra formulada, con las debidas garantías, en el artículo 6 de la LMCUCE. Idéntica pauta en relación con la firma electrónica –tema éste que ha adquirido una crucial trascendencia con el crecimiento exponencial del C-E en entornos abiertos, Internet principalmente– se encuentra recogida en el elemental y básico artículo 7 LMCUCE; también, obviamente, en las disposiciones supranacionales y nacionales que han ido viendo la luz sobre el tema en los diversos sistemas y ordenamientos, incluido el español. La satisfacción por medios electrónicos, por último, del eventual requisito legal o convencional de presentación o aportación de un documento original es promovida por el artículo 8 del mismo cuerpo prelegislativo.

No puede cerrarse esta superficial visión de las aplicaciones específicas de la equivalencia funcional sin recordar que el artículo 9 de la Ley Modelo se dedica a la utilización procesal de la información o documentación electrónica bajo el rótulo de “Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos”. De hecho, la admisión, práctica y utilización por los tribunales nacionales de la prueba electrónica se ha ido difundiendo de una manera amplia y segura a lo largo de los últimos años. Esa admisibilidad se ha producido en muchos casos incluso sin transposición previa de precepto armonizador alguno y al amparo de reglas generales preexistentes en materia de prueba. Tal ha sido el caso español. Mucho antes de la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en la que la prueba electrónica merece amplia atención¹⁵, el Tribunal Supremo ha venido admitiendo tal prueba aun cuando, como por razones cronológicas no puede ser menos, hasta el momento la mayoría de los casos se refieren a medios de comunicación de baja tecnología electrónica –faxes y asimilados principalmente¹⁶–. La conclusión que puede extraerse de los muy abundantes casos resueltos por la casación consiste en la consagración judicial de la

13 El DUCI, en la materia, ha gozado de una expansión a lo largo del presente año: a la LMUCE se ha venido a añadir la Ley Modelo de UNCITRAL de Firma Electrónica aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su sesión plenaria celebrada en Nueva York durante el verano de 2001. Resulta curioso apreciar como los procesos armonizadores de la UE y UNCITRAL siguen caminos idéntico pero cronología inversa: para la UE lo primero fue la FE mientras que para UNCITRAL lo primero fue el C-E en general.

14 Para su cita completa cfr. supra en notas (7) y (11). Ha de advertirse que en el ordenamiento español se ha producido la trasposición, incluso prematura e inexacta, de la Directiva 1999/93 relativa a la FE. Por el contrario la Directiva 2000/31, referente al comercio electrónico en general queda pendiente de trasposición cuando las presentes líneas se escriben, una serie sucesiva de anteproyectos se han hecho circular –cuatro cuanto menos– sin que hasta ahora exista Proyecto remitido al Parlamento. El tiempo, sin embargo, apremia: el plazo de trasposición se acaba el día 17 de enero de 2002 por el artículo 17.1 de la propia Directiva. El cumplimiento de dicho plazo por España es prácticamente imposible.

15 Cfr. al respecto los artículos 299.2, 327, 382, 268, 812 y 814 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7 de 8 de enero de 2000).

equivalencia funcional entre el mensaje de datos y el documento en papel. La jurisprudencia menor española, por su parte y por las aludidas razones cronológicas, ya se ha ocupado de algún otro soporte electrónico. Y lo ha hecho en el sentido de aceptar su equivalencia funcional con el correlativo soporte escrito. Así ha acontecido con una manifestación de la FE sencilla cual es el PIN –*personal identification number* o número de identificación personal–¹⁷.

6. Las excepciones

A pesar de este dilatado alcance del principio de equivalencia funcional, ya se ha indicado la necesidad de hacer referencia a la existencia de ciertas excepciones al mismo así como a sus aplicaciones específicas. Son tres.

¹⁶ Uno de los casos más recientes y complejos es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 5 de febrero de 2001, nº 76/2001. En el caso se acepta la equivalencia de los faxes con los documentos escritos e incluso llega a admitirse como prueba el denominado reporte de actividad de la máquina de fax. En dicha Sentencia, además, se mencionan otras decisiones previas favorables a la admisión del fax como prueba y consiguientemente su equivalencia con el texto escrito enviado y recibido mediante tal soporte electrónico. El plazo de tiempo que transcurre desde la presentación de la demanda en un pleito civil ante el Juzgado de 1ª Instancia y la resolución de un eventual recurso de casación oscila actualmente en España entre 5 y 6 años: en ello se fundamentan las razones cronológicas a las que el texto se refiere. En 1995 y en los años precedentes, cuando se inician los pleitos que ahora se resuelven en casación, ciertamente que el correo electrónico e Internet todavía tenían una difusión muy restringida. El fax, por el contrario gozaba de una amplísima utilización.

¹⁷ Me refiero a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 27 de junio de 2000 en la que se resuelve sobre la responsabilidad de un acto de disposición de fondos llevado a cabo mediante cajero automático con la utilización de tarjeta de crédito y PIN ilícitamente obtenidos por quien retiró los fondos. Discutiéndose si dicha responsabilidad –civil obviamente y ante el desconocimiento de la identidad del usuario ilícito– corresponde al banco en el que los fondos estaban depositados o al titular de la tarjeta y el PIN, la Audiencia declaró que “no existe falta de diligencia en la entidad bancaria pues, como le consta al demandante, la utilización de la tarjeta de crédito en los cajeros automáticos, material ni contractualmente, puede ir precedida de la identificación previa del disponente, sino que, precisamente a través del número o código secreto asignado a cada cliente, se restringe exclusivamente al titular su uso, quien, naturalmente debe custodiar dicha clave, siendo inimputable civilmente a la primera, la intervención de terceros ajenos a la relación contractual, quienes por medios ilícitos y con técnicas de delincuencia especializada, consiguen, generalmente de los legítimos titulares y propietarios de las cuentas corrientes con las que se hallan relacionadas, el número secreto que permite realizar las extracciones de dinero efectivo”. Todo lo cual en suma, “enerva cualquier actuación o negligencia en el plano contractual de la entidad bancaria, residenciando precisamente en el ámbito de la actuación no diligente del demandante, la responsabilidad al respecto”. En el texto de la Sentencia lo que late sustancialmente es que el PIN electrónico equivale funcionalmente a la firma autógrafa del titular de la cuenta e incluso, dada la externalidad del PIN respecto de la persona titular del mismo, la Sentencia requiere de dicho titular del PIN un grado de diligencia específico que puede asimilarse al exigido a cualquier persona en relación con la firma manual de documentos bancarios destinados a la retirada de fondos.

Ante todo y en primer término, la equivalencia alcanza únicamente al documento escrito –o declaración oral– privado: la equivalencia no llega sin embargo al documento solemne, público o notarial salvo disposición nacional específica. Ciertamente que no se contienen excepciones de esta índole en la LMUCE la cual no excluye de modo específico ningún tipo de documento de su campo de aplicación propuesto. Sin embargo, los legisladores europeos, nacionales y supranacionales, llevan a cabo la exclusión expresamente: la equivalencia no resulta predicable del documento público el cual, por consiguiente, no es susceptible de electrificación. Categóricamente declara la excepción el RDL español en su artículo 1.2.2; la Directiva europea 2000/31, por su parte, incluye la excepción en su artículo 9.2.b) si bien de un modo mucho más relativo y, en suma, permitiendo a los Estados de la UE que legislen en contra de la excepción analizada, lo que hasta el momento actual no ha llegado a producirse. Sin duda que se trata de una excepción que tiende con el tiempo a desaparecer como ya ha sucedido en algún estado de los Estados Unidos: la innovación tecnológica y el debilitamiento de intereses profesionales son los factores determinantes de dicha previsible desaparición de la que constituye premonición cierta el tenor literal del citado precepto europeo¹⁸.

En segundo término, la equivalencia tal y como se enuncia en el artículo 5 reproducido de la Ley Modelo no debe entenderse como impedimento para que la legislación nacional consagre otros concretos casos en los que la misma no sea sostenible: así, en cada uno de los preceptos de la LMUCE que anteriormente se citaron se incluyen sendos párrafos que habilitan a la exclusión del sometimiento a la equivalencia funcional de supuestos concretos de documentos y firmas –los referentes en muchos países incluidos los Estados miembros de la UE, por ejemplo, a la constitución y transmisión de la propiedad inmobiliaria– o a los negocios de índole familiar o sucesoria incluso de contenido patrimonial¹⁹. En tales casos, los unos deberán de seguir siendo de papel y las otras habrán de estamparse autografiadamente –artículos 6.3, 7.3 y 8.4 LMCUCE–.

Sin llegar a constituir una excepción sino más bien la aplicación en el campo de la equivalencia funcional de un principio jurídico común a las diversas ramas del ordenamiento y compartido por los diversos sistemas jurídicos, por último,

¹⁸ La norma armonizadora europea es dispositiva. Dice literalmente que “Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 (ya reproducido y consagrador del principio de equivalencia) no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes: ... b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública”, entre los que se incluyen los fedatarios públicos. Adviértase que el encabezamiento del precepto indica que los Estados “podrán disponer” la exclusión y no que “habrán de disponer” la misma. Se trata pues de una inequívoca norma dispositiva a la vista de su tenor literal.

¹⁹ La Directiva 2000/31 conviene ser aducida de nuevo. Su artículo 9.2 ya evocado en el texto enuncia una serie de contratos cuya electrificación no es impuesta –no ya prohibida– y que parcialmente concuerda con salvedades con el listado uniforme. Las actividades no equivalentes funcionalmente de acuerdo con la Directiva son, además de la enunciada en la precedente nota, las siguientes: “a) los contratos de creación o transferencia de derechos en

ha de señalarse que la incorporación de una declaración viciada a un soporte electrónico no produce –ni puede producir en ningún caso– efectos sanatorios para la misma. No podría ser menos: al igual que el papel, ni siquiera el público o notarial ni su ulterior registro igualmente público, sana los vicios o defectos jurídicos que padezca la declaración en él recogida e inscrita, tampoco el MD puede producir dicho efecto sanatorio en caso alguno. Argumentar en sentido contrario sería, además de un grave atentado contra la seguridad jurídica, una discriminación a contrario in modo alguno perseguida: supondría en efecto un mejor tratamiento positivo para la declaración electrónica que para la manual. Ello ni se persigue ni es posible en los expresados términos de seguridad.

El principio de equivalencia funcional, tras su formulación por la LMCUCE, ha ido desplegándose a lo ancho de los principales ordenamientos jurídicos en el mundo. Cabe ahora únicamente adelantar que las legislaciones española, europea, estadounidense y de ciertos países iberoamericanos, por citar las más próximas, han venido en los últimos tiempos a consagrar el principio de un modo más o menos explícito y perfecto: ya se han citado diversos textos. En España el artículo 3 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre sobre firma electrónica²⁰ (en adelante RDL); en la Unión Europea el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31. Merecen ahora citarse en los Estados Unidos el artículo 101 (a) de la “Electronic Signatures in Global and National Commerce Act”²¹. Los países iberoamericanos, por su parte, se deciden por una incorporación ampliamente literal de la LMUCE a sus respectivos ordenamientos tal como el caso pionero de Colombia lo pone de manifiesto²². Cabe señalarse que en la medida en que tenga lugar mayor literalidad en la incorporación del texto modelo de Naciones Unidas, mayor certeza se produce respecto de la recepción nacional del principio básico al que se ha dedicado este trabajo.

Cabe ahora cerrarlo con una reciente y clara manifestación europea de la equivalencia funcional en un texto crucial para el perfeccionamiento y mejora de lo que se ha denominado el Espacio Judicial Europeo o la libre circulación de las sentencias judiciales en la UE. Me refiero al muy reciente Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²³. Se trata de un texto muy conocido que cambia ahora de forma jurídica: el ya muy experimentado e imprescindible Convenio de Bruselas²⁴ sobre la materia pasa a convertirse en Reglamento europeo al

materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; b) ...; c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos, actividad económica, negocio o profesión; d) los contratos en materia de Derecho de familia o sucesiones”.

²⁰ Con publicación en el B.O.E. n° 224 de 18 de septiembre de 1999, inmediatamente posterior.

²¹ 106 Congress of United States of America, Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, de 29 de junio de 2000, S. 761.

²² Cfr. Ley Colombiana sobre Comercio Electrónico de 18 de agosto de 1999, en especial su artículo 5.

par que se incorporan al texto de 1968 una serie de mejoras significativas. Entre las mismas una norma sobre equivalencia funcional de los mensajes de datos es una materia extraordinariamente significativa por cuanto que antepone la voluntad de las partes a las muy soberanas reglas comunes en materia de jurisdicción y competencia, siempre en el ámbito de la UE: se trata de la disposición sobre prórroga de jurisdicción intracomunitaria –o cláusula contractual de sumisión expresa a concreto tribunal nacional sea o no coincidente con el que correspondiera reglamentariamente en entender del litigio–. Se encuentra en el artículo 23.2 del Reglamento el cual, tras atribuir a las partes libertad de pacto sobre la materia, estatuye expresa y escuetamente que

“Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

La reproducida compone, sin más, una clara y simple manifestación del principio estudiado. Manifestación que adquiere mayor importancia si cabe según por el ámbito material en el que se produce: el de la prórroga de jurisdicción según ha quedado ya señalado.

Resumen

Dentro de los principios básicos sobre los que se fundamenta el Derecho del Comercio Electrónico, adquiere especial importancia el principio de equivalencia funcional, consagrado originalmente en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, específicamente en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio electrónico. La equivalencia funcional implica

²³ El Reglamento ha sido publicado en el DOCE n° L 12 de 16 de enero de 2001 y conforme a lo dispuesto en su artículo 76 entrará en vigor el 1 de marzo de 2002.

²⁴ Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968 (DO n° L 299 de 31 de diciembre de 1972).

aplicar a los mensajes de datos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad efectuadas por un sujeto, de manera que los efectos jurídicos se produzcan con independencia del soporte escrito o electrónico donde conste la declaración.

Abstract

Among the basic principles that make the fundaments of the Electronic Commerce Law, it is especially important the principle of the functional equivalence, originally recognized in the Uniform Lay of the International Commerce scope, specifically in the Model Law of UNCITRAL about Electronic Commerce. The functional equivalence implies to apply a pattern of no discrimination regarding to the will declarations carried out by a subject to the data messages, in a way that the juridical effects to be produced with independency from the written or electronic support where it is certain the declaration.

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela

José Ovidio Salgueiro A.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios básicos. El principio de neutralidad tecnológica. El principio de equivalencia funcional. Las firmas electrónicas con relación a las firmas autógrafas. Los mensajes de datos con relación a los documentos. El principio de autonomía de la voluntad de las partes. No modificación del derecho. 3. Conclusiones.

1. Introducción

La Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela (la cual será referida por sus siglas LSMDFE) fue publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 de fecha 28 de Febrero de 2001 quedando identificada como Decreto Ley N° 1204. Esta Ley, considerada por muchos expertos como una de las más avanzadas de la región, aun cuando no está exenta de críticas, permitirá el desarrollo de nuevas iniciativas en Internet y por otros medios electrónicos, así como el crecimiento de otras iniciativas ya existentes.

La LSMDFE, no es una Ley de Comercio Electrónico ya que no tiene aspectos relacionados con el comercio en ninguna de sus formas ni refiere a ninguno de los aspectos que en alguna forma podrían estar asociados al comercio a través de Internet, como por ejemplo, las normas de privacidad, ciberocupación de nombres de dominio, aspectos impositivos, penales, envío abusivo de material electrónico no solicitado (conocido como SPAM), etc.

El objeto de la LSMDFE es el de otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material que pueda ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como

* Abogado graduado en la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Curso de Post-Grado de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca; Curso de Postgrado en Derecho Mercantil en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello y de la Academia de Altos Estudios Diplomáticos "Pedro Gual". jsalgueiro@cantv.net.

regular todo lo relativo a los proveedores de servicios de certificación y los certificados electrónicos.

2. Principios básicos

La elaboración de esta Ley, se basó en tres principios fundamentales de los cuales deriva una consecuencia que define la naturaleza de la Ley. Los principios sobre los cuales se desarrolló la LSMDFE, fueron el de neutralidad tecnológica, la equivalencia funcional y por supuesto, el principio de autonomía de la voluntad de las partes; la consecuencia de la aplicación de estos principios es la no modificación del derecho, derivando así la naturaleza de ésta como una Ley especial.

a. Principio de neutralidad tecnológica

La LSMDFE mantiene el más estricto principio de neutralidad tecnológica con la finalidad de que ésta Ley permanezca vigente durante el mayor tiempo posible.

La neutralidad tecnológica implica no favorecer unas tecnologías sobre otras ya que los estándares en esta materia deben ser impuestos por el mercado y no por la ley. Favorecer en un cuerpo legal una tecnología sobre otra es incorrecto, discriminatorio y por sobre todo, un error de técnica legislativa. Hacerlo implicaría la pronta obsolescencia de la Ley haciendo inútil el esfuerzo y el tiempo dedicado a su creación y aprobación así como la salida de Venezuela del mercado electrónico.

Sin embargo, no podemos pretender tampoco que esta Ley sea perpetua, algún día surgirá una nueva tecnología de la cual hoy no podemos ni siquiera pensar que superará a todo lo hoy existente, ese día tendremos que reorganizar el sistema legal para adaptarnos a esa tecnología incluyendo a la LSMDFE o redactar una nueva Ley que se adapte a esa nueva realidad.

El principio de neutralidad tecnológica, es la razón por la cual esta Ley habla de firma electrónica en lugar de firma digital, entendiendo que la firma digital es un tipo de firma electrónica basada en la tecnología de dígitos (unos y ceros). Si bien la tecnología digital es la utilizada mayoritariamente en la actualidad no significa en forma alguna que sea la única. Las computadoras con tecnología digital funcionan sobre la base de circuitos en los cuales la corriente tiene dos únicas alternativas, pasar o no pasar, cada una de esas señales se transforma en un dígito que puede ser un uno (1) o un cero (0), esto es lo que se conoce como lenguaje binario¹. Al momento que la tecnología

¹ Son comunes las expresiones bit y byte en computación y las mismas son unidades de medida para el almacenaje de códigos binarios. "Un byte consiste en 8 bits. Un bit es un cero (0) o un uno (1). Por lo tanto un ejemplo de un byte es 01001001. Esta secuencia de números (byte) puede simbolizar una letra o un espacio. Un kilobyte (Kb) son 1024 bytes y un megabyte (Mb) son 1024 kilobytes". CARRASCO (00), H.: p. 32.

digital de códigos binarios esté superada o deje de tener supremacía en el mercado, las leyes que hagan referencia a la firma digital quedarán obsoletas, de ahí la importancia del principio de neutralidad tecnológica.

Las leyes de Alemania (1997), Colombia (1999) y Argentina (2000) hacen referir firmas digitales; las leyes de Estados Unidos (2000), España (1999), el proyecto de ley de Ecuador (2001), la Directiva de la Comunidad Europea (2000), la Ley Modelo UNCITRAL (2001) y la reforma legislativa mejicana refieren por su parte a la firma electrónica. La firma electrónica debe entenderse como el género y la firma digital como un tipo de firma electrónica.

En el proceso de estudio y redacción de la LSMDFE, se entendió que si bien en la actualidad las firmas digitales son el estándar, no se debía cerrar la puerta a firmas electrónicas generadas con cualquier otra tecnología. Por esa misma razón se obvió cualquier referencia a los protocolos de claves (pública y privada)², que actualmente son los más usados, pero por las mismas razones explicadas, no es prudente obligar a todo usuario y proveedor a adoptar esta tecnología sobre alguna otra.

Igualmente, ante los constantes y rápidos cambios tecnológicos quedó expresamente previsto que estas normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, siempre orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas³.

b. El principio de equivalencia funcional

La revolución tecnológica de la última década del siglo XX permitió por primera vez la convivencia del ciudadano común con los avances producidos.

La tecnología está ahora al alcance de todos y se desarrolla sin esperar una Ley previa que prevea las consecuencias de los avances que se van produciendo. Así, nacen situaciones de carácter tecnológico con consecuencias similares a las de algunas instituciones del mundo físico, algunas con desarrollo milenar, como el documento y la firma electrónica.

Estas “instituciones electrónicas”⁴, son hechos totalmente diferentes en su esencia con sus similares en el mundo físico, lo que trae como consecuencia que la legislación nacional y en principio todas las legislaciones de los países de tradición romanista, que se han fundamentado en documentos escritos, firmados u originales, excluyan a los nuevos desarrollos tecnológicos por ser incompatibles con tales legislaciones.

Sin embargo, estas “instituciones electrónicas” son similares en sus efectos y consecuencias a sus correlativas en el mundo físico y por esta única razón, en lugar de “inventar” un desarrollo legislativo para estas nuevas instituciones

² Como hace, por ejemplo, referencia la Ley colombiana de 1999 (Ley N° 527 del 18 de agosto de 1999).

³ LSMDFE, artículo 1.

⁴ Las “instituciones electrónicas” no son “instituciones” propiamente dichas. Les damos este título a fin de ver claramente su relación con las “instituciones” del mundo físico que les son equivalentes a cada una de ellas.

de carácter netamente tecnológico y con tiempos de vida muy cortos, se las equipara con sus similares en el mundo físico, que ya han sido desarrolladas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia haciéndolas equivalentes sólo en lo que respecta a dichos efectos y consecuencias. Este es el principio de la equivalencia funcional.

La equivalencia funcional en la LSMDFE se da principalmente entre las firmas electrónicas y las firmas autógrafas y entre los documentos escritos y mensajes de datos.

b.1. Las firmas electrónicas con relación a las firmas autógrafas

Las firmas electrónicas son en su esencia total y absolutamente diferentes a las firmas autógrafas. Una firma electrónica es producida por un software y una firma autógrafa es una manifestación de la personalidad.

Sin embargo, la finalidad de ambas es la misma, atribuir la autoría de un documento y la aceptación del contenido del mismo, sea en papel o forma de mensaje de datos. La Ley por tanto, las asimila sólo en lo que refiere a sus efectos y consecuencias al atribuirle a la firma electrónica⁵, la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa⁶.

La guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo UNCITRAL de Firmas Electrónicas del año 2001, entiende por “firmas electrónicas” las diversas técnicas disponibles en el mercado con la finalidad de que algunas o todas las funciones identificadoras de la firma manuscrita⁷ se puedan cumplir en el entorno electrónico.

Las medidas de seguridad en el proceso de obtención de una firma electrónica así como del certificado que garantice su autenticidad⁸, pueden venir dadas por técnicas criptográficas, simétricas o asimétricas o por cualquier otro mecanismo de seguridad. La LSMDFE en cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, no favorece la utilización de alguna técnica de seguridad sobre otra, exigiendo solamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16 para otorgar a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria de la firma autógrafa.

⁵ Siempre que cumpla con un mínimo de requisitos establecidos en la Ley.

⁶ LSMDFE, art. 16.

⁷ El proyecto UNCITRAL de Firma Electrónica habla de firma manuscrita a diferencia de la LSMDFE que refiere a firma autógrafa. La interpretación de ambas expresiones, no obstante es idéntica.

⁸ Un certificado, es un documento electrónico que contiene las claves que se utilizan en el proceso de generación de la firma electrónica, emitido por un proveedor de servicios de certificación garantizando que el firmante de ese certificado es el titular del par de claves correspondiente.

b.2. Mensajes de datos con relación a los documentos

Con los mensajes de datos sucede algo similar a lo señalado en el punto anterior, éstos no caben en la categoría de los documentos escritos tradicionales, sin embargo, la LSMDFE los equipara en cuanto a su eficacia probatoria a los documentos escritos.

Sin pretender profundizar en materia documental, ya que no es el objeto del presente trabajo, podemos señalar entre algunas de las diferencias entre el documento escrito y el mensaje de datos equivalente al documento en formato electrónico, que los requisitos de inmediatez y permanencia del documento en papel son diferentes en el documento escrito y en el electrónico.

El documento escrito es inmediato, “*la individualidad del hecho a representar se traduce inmediatamente en un objeto exterior*”⁹ y su soporte material es por excelencia el papel. Esto no sucede con el documento electrónico su formato es el electrónico con independencia de su soporte material¹⁰ y por tanto, su movilidad, traslado y archivo debe hacerse en formato electrónico, lo que trae como consecuencia que para acceder a su contenido, se deba utilizar un equipo que disponga de los elementos necesarios para la comprensión del texto expresado en forma electrónica.

En cuanto a la característica de permanencia, si bien un documento en formato electrónico puede permanecer inalterable en el tiempo probablemente por un lapso superior al de un documento soportado en papel, el mismo debe poder ser accesado en el futuro. La tecnología evoluciona con mucha rapidez, razón por la cual es perfectamente posible que al momento en el cual se deba acceder a un documento en formato electrónico, la tecnología bajo la cual fue archivado, esté superada y no se disponga de ella, o sea muy difícil disponer de los elementos necesarios para acceder a él¹¹. A estos efectos, la LSMDFE estipula que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, dicho requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible¹².

Otra diferencia fundamental entre los documentos escritos y electrónicos radica en el concepto de “documento original”. El documento escrito original es uno del cual luego podrán obtenerse copias simples o certificadas. Los documentos inscritos en registros públicos y notaría son claros ejemplos de lo anterior. En cambio, una de las características del formato electrónico es la posibilidad de obtener un número indeterminado de copias con las mismas características del original.

9 CARNELUTTI (282), F.: p. 119.

10 LSMDFE, art. 1.

11 Un ejemplo muy claro y no necesariamente de laboratorio es el de algún documento archivado con el programa Word Star en formato de diskettes de 5 ¼ pulgadas muy populares a finales de los años 80 y principios de los 90. De ser necesario acceder al mismo hoy sería bastante difícil disponer de los elementos necesarios para hacerlo.

12 LSMDFE, art. 7.

Lo anterior es relevante a tenor de lo establecido en Capítulo V, Título III del Libro Tercero del Código Civil venezolano¹³, referente a la prueba por escrito y sus efectos y del Capítulo V, Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil¹⁴, referente a la prueba por escrito y al momento de presentar los documentos originales en juicio, de la indicación del lugar donde se encuentran y de los efectos que producen.

No obstante las diferencias señaladas, la LSMDFE atribuye a los mensajes de datos los mismos efectos de los documentos escritos desde tres puntos de vista principales:

b.2.1. Mensajes de datos con relación a los documentos en materia probatoria

Al señalar que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos¹⁵.

b.2.2. Mensajes de datos con relación al cumplimiento de formalidades

Al señalar la LSMDFE que cuando para determinados actos o negocios jurídicos, la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos en ella establecidos¹⁶.

b.2.3. Mensajes de datos con relación a los documentos en cuanto a la privacidad

Al disponer que los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal¹⁷.

Esta disposición, es redundante e innecesaria, puesto que es evidente que los mensajes de datos deben estar sometidos a todas las disposiciones constitucionales y legales sobre privacidad e información personal. No obstante, permite establecer la equivalencia funcional de los mensajes de datos con la correspondencia ordinaria, con los documentos privados de las personas y con el uso que se da a las herramientas tecnológicas provistas por el patrono con motivo de la relación de trabajo.

c. Principio de autonomía de la voluntad de las partes

13 CCV, artículos 1354 y ss.

14 CPC, artículos 429 y ss.

15 LSMDFE, artículo 4.

16 LSMDFE, artículo 6.

17 LSMDFE, artículo 5.

El tercer principio respetado en la redacción de la LSMDFE es el de la autonomía de la voluntad de las partes. El régimen establecido de firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y sólo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alterno.

La autonomía de la voluntad de las partes y por tanto, la supletoriedad del régimen aplicable se extiende también a: i) la verificación tanto de la emisión como de la oportunidad de emisión del mensaje de datos; ii) la determinación de los mecanismos para la recepción de los mensajes de datos; iii) la determinación del lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, de donde deriva la jurisdicción y leyes aplicables en una relación jurídica; iv) acuse de recibo y mecanismos para verificarlo.

Podemos citar como ejemplos cotidianos de convenciones entre las partes para identificarse en ambientes electrónicos, la clave asociada a las tarjetas para el uso de cajeros electrónicos de instituciones bancarias, el login asociado a una clave o password para la realización de operaciones bancarias y pagos a través de servicios en línea de instituciones bancarias; el acceso a secciones privadas de sitios web con el ingreso de una clave; diversos medios de identificación en redes cerradas como EDI (*Electronic Data Interchange*)¹⁸, BOLERO¹⁹, red SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*)²⁰.

d Principio de no modificación del Derecho

La consecuencia de la aplicación de los tres principios antes señalados es la no modificación del derecho. La LSMDFE no crea ni modifica en forma alguna leyes existentes ni se impone en su aplicación sobre otras leyes existentes.

La única diferencia de los hechos llevados a cabo en la Red de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional, es el medio electrónico a través del cual se desarrollan. La adquisición de un bien o de un servicio en línea, es exactamente igual a la adquisición de un bien o servicio en el comercio tradicional, siendo que la única diferencia es el medio electrónico en el cual se llevan a cabo. Es por eso que no cabe duda afirmar que la Ley aplicable a los hechos provenientes de la Red, es la ley ordinaria que se aplique a cada situación en particular con la casuística de cada situación en particular.

Las leyes de Impuesto sobre la Renta, al Valor Agregado y la Ley de Protección al Consumidor son aplicables al Comercio Electrónico; contra cualquier publicación que constituya difamación o injuria corresponde la aplicación del Código Penal; para el caso de eventos en que intervengan ciudadanos de otros países, se realicen transacciones internacionales, cuando se cometa un delito electrónico en que se vea involucrada más de una jurisdicción, se aplicarán los tratados internacionales a que haya lugar en cada

18 www.edi.com, www.simplix.com

19 www.bolero.net

20 www.swift.com

caso particular; de la misma forma, para todo lo relativo a la contratación, se aplicarán el Código Civil, el Código de Comercio y cualquier otra ley vigente según la materia de la cual se trate la convención, y así sucesivamente.

3. Conclusiones

La LSMDFE es en su naturaleza una ley especial. Por tanto, debe ser aplicada con preferencia sobre cualquier otra norma dentro del ámbito de su especialidad, es decir, en lo que refiere al reconocimiento, eficacia y valor jurídico de la firma electrónica, los mensajes de datos y toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

El principio de equivalencia funcional de los documentos electrónicos con relación a los documentos escritos tradicionales y de las firmas electrónicas con respecto a las firmas autógrafas permite afirmar que no puede discriminarse un documento o un contrato por el solo hecho de estar en formato electrónico.

La relación entre las instituciones electrónicas y sus equivalentes tradicionales sólo se verifica en cuanto a las consecuencias jurídicas de cada una ya que en su esencia no son comparables.

Resumen

La novedosa Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela es una ley especial, de aplicación preferente en lo que refiere a la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y las firmas electrónicas. En el proceso de su redacción se aplicaron los más rigurosos principios de neutralidad tecnológica funcional y autonomía de la voluntad de las partes. El derecho no se modifica con la entrada en vigencia de esta ley, sino que se adapta a nuevas realidades tecnológicas que le afectan y a las cuales no puede ser ajeno.

Abstract

The most recent Data Messages and Electronic Signatures Act of Venezuela is a special law of preferable application in what refers to validity and probatory effectiveness of the messages of data and electronic signatures. In the writing process the most rigorous principles of technological neutrality, functional equivalence and full parties autonomy were applied. This law doesn't modify any other, but rather adapts our legislation to new technological realities that affect it and to which it can not be indifferent.

Proveedores de servicios de certificación: Aspectos venezolanos y europeos¹

María Pérez Pereira*

SUMARIO. I. Introducción. II. Principales definiciones. 1. Firma electrónica. 2. Certificado electrónico. 3. Proveedor de servicio de certificación. III. Los Proveedores de servicios de certificación. 1. Actividades que desarrollan los PSC. 2. Breve *excursus* sobre la responsabilidad del PSC. 3. Caso de cese de la actividad del PSC. IV. Conclusiones

I. Introducción

En la actualidad es muy frecuente la contratación a distancia empleando medios o sistemas electrónicos, ya sea alguna de las partes contratantes una empresa, ya sea una persona física que actúe como consumidor o usuario.

Debido al gran desarrollo tecnológico que caracteriza la sociedad de finales del siglo XX y comienzos del tercer milenio surge un nuevo soporte para la actividad comercial²: el soporte electrónico, lo que supone el ejercicio de un comercio más o menos seguro³, y es en este punto en el que jugará un papel esencial la figura del proveedor de servicios de certificación que más adelante se comentará.

¹ Este artículo tiene su origen en las clases que tuve el honor de impartir en el Diplomado en Telecomunicaciones y Comercio Electrónico de la Universidad Católica del Táchira. Agradezco al Magfco. Sr. Rector, Dr. José del Rey, a Mariliana Rico Carrillo y a todas las personas que tuve la oportunidad de conocer, su hospitalidad durante mi estancia.

* Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid-España. mapperei@der-pr.uc3m.es

² Así lo expresa ILLESCAS ORTIZ, Rafael en “El comercio electrónico: fundamentos de Derecho y el principio de equivalencia funcional”, *Boletín de Inflación y Análisis Macroeconómico* n° 56, mayo 1999, pág. 65 y en *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 33, donde añade que el comercio electrónico constituye asimismo, “un nuevo mercado en el que dicha actividad humana se desenvuelve”.

³ En *Política* de Aristóteles, ya encontramos la advertencia a la seguridad que proporcionaban los distintos sistemas de comerciar característicos de su época: “por agua, por tierra y por venta en tiendas y mercados” (Vid. Libro I, Capítulo IV).

Así, el volumen cada vez mayor de intercambio de datos utilizando sistemas electrónicos en todo el mundo supone que los usuarios de la red (bien abierta, bien cerrada –Intranet–) deban regirse por unos principios más o menos homogéneos en todo el planeta, dado que el intercambio de información y las transacciones de carácter económico que se realizan tienen un marcado carácter de internacionalidad⁴. Estos principios generales⁵ que deben regir en el comercio electrónico⁶ son:

- Equivalencia funcional de los actos electrónicos
- Inalteración del Derecho preexistente
- Neutralidad tecnológica
- Buena fe
- Libertad contractual.

Todos estos principios generales se encuentran recogidos en la Ley de la República Bolivariana de Venezuela⁷ sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como en numerosa normativa extranjera e internacional.

El principio de equivalencia funcional de los actos tiene su origen en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996 (en lo sucesivo LMCE) y hace referencia a la no discriminación de los mensajes de datos por el mero hecho de que éstos estén en soporte electrónico. Así, la ley venezolana en el apartado séptimo de la Exposición de Motivos alude a la “no discriminación del mensaje de datos firmado electrónicamente” y señala que no se cuestionará la fuerza ejecutoria, el efecto o la validez jurídica de una firma electrónica por el solo motivo de que se presente bajo la forma de mensaje de datos, algo sobre lo que inciden también el apartado tercero *in fine* y el artículo 4 del Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

El segundo de los principios generales citados es el de la inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, que además de plasmarse

⁴ Esto se debe, en gran medida, a los orígenes de Internet, que surgió como una red de comunicación de carácter militar, pero que posteriormente se amplió para comunicar personas distantes en tiempo real y desde cualquier lugar del mundo. En relación con la historia de Internet, es de interés la consulta de CASTELLS, Manuel, *La Galaxia Internet*, Plaza & Janés, Madrid, 2001, págs. 23-48.

⁵ Se sigue la clasificación del Profesor ILLESCAS ORTIZ, explicada con detalle, en *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 36-58.

⁶ Entendemos por comercio electrónico las transacciones realizadas empleando medios electrónicos, independientemente del contenido del mismo. Si bien ha habido un sector doctrinal que entendía el comercio electrónico en sentido estricto (acto de comercio realizado empleando medios electrónicos), se ha preferido optar por la definición en sentido amplio (vid. MADRID PARRA, Agustín, “Contratación electrónica”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1996, págs. 2939 a 2942; SALA I, ANDRÉS, Anna, “La autoría en las manifestaciones electrónicas”, *Diario La Ley* nº 5140, 14-9-2000 y ALEMANY EGUIDAZU, Jesús, “La prueba de la autenticidad electrónica con la LEC 2000” *Diario La Ley*.

⁷ Publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela de 28 de febrero de 2001, págs. 317497 a 317505.

en las normas europeas (tanto de la Unión Europea –Directiva sobre firmas electrónicas y Directiva sobre comercio electrónico– como en la legislación de los Estados Miembros) tiene reflejo en la norma venezolana sobre firma electrónica, concretamente en el apartado tercero de la Exposición de Motivos de la Ley, donde se establece que no “se pretende alterar las restantes formas de los diversos actos jurídicos, registrales y notariales, sino que se propone que un mensaje de datos firmado electrónicamente, no carezca de validez jurídica únicamente por la naturaleza de su soporte y de su firma”.

No es frecuente hallar en un texto normativo referencia expresa al principio de neutralidad tecnológica; sin embargo, en el apartado segundo de la Exposición de Motivos se habla de que nos encontramos ante una norma tecnológicamente neutra, que “no se inclina a una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos” y que además, “incluirlá las tecnologías existentes y las que están por existir”. De esta manera el legislador se evita la necesaria adecuación a las novedades tecnológicas que incrementan la seguridad en la transmisión de datos.

La buena fe es uno de los principios más tradicionales en lo que a la actividad comercial se refiere. Viene recogida en los códigos civiles de la gran mayoría de países, y en lo que a la transmisión de mensajes de datos por medios electrónicos se refiere, el artículo 3 de la LMCE establece que para la interpretación de los preceptos contenidos en la norma, “habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”. Aunque no se incluya expresamente la buena fe en la norma venezolana sobre firmas electrónicas debe pensarse en la esencialidad del principio en todo ordenamiento jurídico, ya sea éste general o sectorial (en este caso, para la aplicación e interpretación de las normas que regulen los distintos aspectos del comercio electrónico).

El quinto de los caracteres del comercio electrónico es el relativo a la necesaria libertad contractual entre las partes para realizar transmisiones de datos, de tal manera que el legislador permite a las partes contratantes convenir el uso de firmas electrónicas en la transmisión de datos⁸.

II. Principales definiciones

Con el fin de lograr un mejor acercamiento a la figura objeto de este pequeño estudio, se hace necesario comentar brevemente algunos de los elementos conceptuales más importantes del comercio electrónico y que representan algunas características de la sociedad de la información: firma electrónica, certificado electrónico y proveedor de servicios de certificación.

8 Esto se establece en el apartado octavo de la Exposición de Motivos.

1. Firma electrónica⁹

Tiene su origen en el ocultamiento de mensajes desde tiempos remotos. En el artículo 2 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas se define como “información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado”. En esta definición se aprecia con claridad la gran influencia que ha tenido la CNUDMI/UNCITRAL en la redacción de la norma venezolana sobre firmas electrónicas¹⁰.

Las funciones que tiene una firma electrónica son múltiples, desde las mismas que tiene una firma manuscrita, hasta las que la tecnología es capaz de añadirle, como puede ser la de garantizar la integridad de un mensaje, su confidencialidad y no repudio por parte del remitente o emisor y del destinatario¹¹. De esta manera, MARTÍNEZ NADAL define la firma electrónica desde una perspectiva tecnológicamente neutra, al considerarla como “cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”¹². La importancia de que en las normas se traten las firmas electrónicas de forma tecnológicamente neutral radica en la tendencia a la inmutabilidad de las normas. En este sentido podemos destacar la norma venezolana, que, al contrario de lo que sucede en muchos otros países, tanto americanos (por ejemplo, Brasil), como europeos (por ejemplo, Italia), no se hace referencia expresa a la tecnología de clave pública¹³.

9 Para profundizar en el estudio de la firma electrónica, resulta de interés la lectura de CIACCI, Gianluigi, *La firma digitale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1999. De carácter más pragmático es BIESER, Wendelin y KERSTEN, Heinrich, *Elektronisch Unterschreiben*, Hüthig, Heidelberg, 1999. Siguiendo la ley alemana sobre firma electrónica, VV.AA., *Rechtsfragen der digitalen Signatur*, Verlag, Berlin, 1999. Un breve tratamiento venezolano se encuentra en ARIAS DE RINCÓN, M^a Inés, “El valor probatorio de los documentos suscritos electrónicamente” en *Revista Tachirensis de Derecho*, n° 11, 1999, págs. 51 a 58.

10 En el artículo 2 a) de la Ley Modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas de 2001(en lo sucesivo LMFE) se considera que, a los efectos de esta Ley, “por “firma electrónica” se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos”. Resulta de gran interés la consulta de los párrafos 92 y 93 del Proyecto de guía para la incorporación al Derecho interno de la LMFE (documento A/CN.9/WG.IV/WP.88).

11 *Vid.* en este sentido PÉREZ PEREIRA, María, “Hacia la seguridad en el comercio electrónico” en *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n° 11, junio 1999, págs. 2-4.

12 MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *La ley de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 38.

13 En el momento actual es la tecnología más segura y más empleada en el contexto de la transmisión de mensajes de datos firmados electrónicamente; sin embargo, es muy probable que en un tiempo relativamente breve aparezcan nuevas técnicas de cifrado de mensajes más seguras y releguen a la infraestructura de clave pública a un segundo lugar, lo que supondrá la inevitable modificación de las normas reguladoras de las firmas electrónicas.

Debe destacarse también que en las normas europeas sobre firmas electrónicas se alude a dos tipos principales, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada. Esta duplicidad de firmas y las diferencias con relación a los efectos jurídicos que surten según empleemos una o la otra, derivará en la tendencia a la utilización de la firma electrónica avanzada en detrimento de la más sencilla, luego puede incluso llegarse a plantear la necesidad de regular una duplicidad de firmas.

2. Certificado electrónico

Definido en numerosas ocasiones, se considera en el artículo 2 del Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas como aquel “mensaje de datos proporcionado por un proveedor de servicios de certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica”. Dicho de otra manera, y en palabras de ALAMILLO DOMINGO, el certificado es “un tipo especial de credencial, diseñado para dar el mismo tipo de seguridad en las transacciones del ciberespacio que las tarjetas en el mundo físico”¹⁴. Esta credencial o documento (en sentido amplio) acredita la identidad del usuario del certificado, y en el caso de empleo de infraestructura de clave pública asocia la clave pública con el poseedor de la clave privada correspondiente, pudiendo además acreditar otras circunstancias específicas o cualidades del titular del certificado¹⁵.

3. Proveedor de servicio de certificación

Muy variada ha sido la terminología empleada para denominar a esta figura¹⁶, aunque unánime es el concepto, funciones y actividades que desarrolla en la sociedad de la información. Baste señalar que en Venezuela se sigue la terminología empleada en la Directiva europea sobre firma electrónica, en España y en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL.

Se define en el artículo 2º al proveedor de servicios de certificación (en lo sucesivo, PSC) como aquella “persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas” en el Decreto-Ley. De esta manera se contempla un abanico amplio de actividades que estos sujetos pueden desarrollar, algo que dependerá en gran medida de la tecnología que empleen a la hora de generar y emitir certificados digitales o electrónicos.

¹⁴ ALAMILLO DOMINGO, Ignacio, “Prestadores de servicios de certificación”, en VV.AA. *Derecho del comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 120-121.

¹⁵ Un estudio sobre los certificados electrónicos se encuentra en MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 149 y ss.

¹⁶ No se profundizará en este aspecto (ya estudiado en “Aproximación a la figura del Prestador de Servicios de Certificación”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 10, págs. 4 a 6.

III. Los proveedores de servicios de certificación

Si se procede al análisis del concepto del prestador de servicios de certificación, se observa que se trata de una persona, tanto física como jurídica, de naturaleza pública como privada, que realiza una serie de actividades de entre las que destaca la de expedir certificados. Esta consideración tiene reflejo en el artículo 31 del Decreto-Ley, donde se hace referencia expresa al PSC como persona jurídica, como organismo público y referencia por exclusión de las anteriores, al PSC como persona física. De esta manera será el legislador nacional quien establezca o no una naturaleza jurídica determinada para poder acceder a desempeñar la actividad de certificador. En el caso español, el legislador deja abierto un amplio abanico de posibilidades que, a la larga pueden desembocar:

- bien en uno o dos PSC principales que autoricen a los demás
- bien en gran variedad de PSC que se certifiquen mutuamente, es decir, que deberán a su vez estar certificados por un certificador de rango superior y único para todos¹⁷.

Las actividades que realizan los PSC son múltiples; puede tomarse como referencia la descripción que sobre esto se ofrece en el Dictamen del Comité Económico y Social (de la Unión Europea) sobre la Comunicación de la Comisión - Iniciativa europea de comercio electrónico¹⁸, donde se diferenciaban dos tipos de actividades que pueden ser desarrolladas, unas de apoyo («a) autoridades responsables del registro de los datos; b) datos legales de los usuarios; c) nomenclatura (directorios); d) archivo y registro; e) servicios de testificación y registro»¹⁹) y otras actividades de tipo notarial, entre las que destacan el sellado temporal, los datos jurídicos de los usuarios, de acceso, servicio de archivo y registro y servicio de testificación²⁰ y certificación.

A efectos de establecer una lista no tasada pero sí tal vez más descriptiva, puede decirse que los PSC tienen como tareas principales la generación y emisión de certificados, su mantenimiento, revocación y suspensión. Además de ello, pueden realizar otro tipo de actividades entre las que destacan la prestación de servicios de registro, la entrega de los dispositivos seguros de creación de firma, la posible colaboración en la definición de sistemas que empleen firma electrónica, la posible colaboración en la construcción o

¹⁷ Esta doble posibilidad ya la puso de manifiesto RAMOS SUÁREZ, Fernando en documento interno elaborado en Anguiano & Asociados a finales de 1998, así como en «Cómo aplicar la nueva normativa sobre firma electrónica», *Revista Electrónica de Derecho Informático* n° 19, febrero de 2000.

¹⁸ Documento IND/618, de 29 de octubre de 1997.

¹⁹ *Ibid.* pág. 9.

²⁰ A estos efectos, consultar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 2000 (BOE n° 119, de 18-5-2000), derogada por la Resolución de la misma Dirección de 9 de noviembre de 2000.

suministración de los dispositivos de verificación de firma electrónica, la prestación de servicios de validación de certificados y firmas electrónicas, la aportación de tecnologías de sellado temporal. A continuación se analizan las distintas actividades que pueden desarrollar los prestadores de servicios de certificación, siguiendo el esquema proporcionado por el Real Decreto-Ley de firma electrónica.

Uno de los aspectos que diferencian la situación de los PSC en Venezuela radica en que los legisladores europeos han optado por la plena libertad de creación y establecimiento de los prestadores de servicios de certificación. Así, la norma española sobre firma electrónica (Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre) establece que la actividad que desarrollen los PSC no dependerá de una autorización previa²¹, y se desenvolverá en régimen de libre competencia, sin disponer “*restricciones para los servicios de certificación que procedan de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea*”²². Esta libertad supone, además, la posibilidad de que el PSC tenga la opción de solicitar o no la acreditación para el desarrollo de su actividad.

En Venezuela, por el contrario, se establece como requisito previo al inicio de la actividad, la obtención de la acreditación de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SSCE), entendiéndose ésta como el título otorgado por la SSCE a los PSC para proporcionar certificados electrónicos, una vez cumplidos los requisitos y condiciones establecidas en el artículo 31 del Decreto-Ley.

De esta manera, la obtención de la acreditación en Venezuela supone que el PSC tiene:

- capacidad económica y financiera suficiente;
- capacidad y elementos técnicos necesarios;
- servicio de suspensión, cancelación y revocación (rápido y seguro) de certificados emitidos;
- sistema de información de las políticas o declaraciones de prácticas de certificación y sobre el estado de los certificados por ellos emitidos;
- tecnología adecuada a los estándares internacionales;
- personal especializado; y
- en el caso de que se trate de personas jurídicas, se hallan válidamente constituidas según el país de origen (se prevé, pues, que nos encontremos con un PSC extranjero).

En el caso español, la acreditación tiene carácter voluntario, y es una resolución que establece una serie de derechos y obligaciones específicos para la prestación de servicios de certificación; se dicta a petición del PSC al que le

21 Sí se ha fijado en la norma española la inscripción en un Registro de PSC de nueva creación y dependiente del Ministerio de Justicia.

22 Se refleja en el artículo 4.1 del Real Decreto-Ley español sobre firma electrónica. Se está poniendo de manifiesto la máxima libertad de establecimiento para los certificadores comunitarios, no siendo así para los extracomunitarios.

beneficie, por el organismo público encargado de su supervisión (así se establece en el artículo 2 del Real Decreto-Ley sobre firma electrónica). La razón de haber considerado la acreditación voluntaria obedece a la pretensión de mantener un alto nivel de la calidad de los servicios de certificación y de proteger los derechos de los usuarios de certificados patente en la Directiva comunitaria sobre firma electrónica, en el artículo 3, párrafo 2º, cuando establece que los Estados Miembros pueden mantener algún tipo de procedimiento o sistema voluntario, incardinado a la consecución de una mejora en la prestación de los servicios de certificación²³. Este mecanismo tendrá que ser objetivo, transparente, proporcionado y no discriminatorio; asimismo, no podrá limitarse el número de PSC que adquieran la condición de prestador de servicios de certificación acreditado²⁴.

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley en España, se comenzó la elaboración de una Orden Ministerial que aprobase un Reglamento de desarrollo del procedimiento de acreditación. Finalmente, se aprobó el 21 de febrero de 2000 la Orden, mediante la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica.

Dicho esto, debe conocerse en qué consiste, concretamente, un sistema de acreditación (en sentido europeo), cuál es su finalidad y quiénes serán los órganos competentes para la acreditación.

El procedimiento de acreditación de prestadores de servicios de certificación es, básicamente, un sistema de evaluación voluntaria²⁵ que finaliza con una resolución en la cual se establece bien una acreditación o bien una certificación. Tiene como propósito principal²⁶, conseguir un adecuado nivel de seguridad y proteger los derechos de los usuarios²⁷. El objeto de examen tiene dos vertientes: analizar la actividad que desarrolla el PSC o estudiar la calidad de un producto de firma electrónica que emplee el PSC. En el caso de que el objeto de análisis

23 La acreditación voluntaria, por el contrario se define en el artículo 2, párrafo 13, como un permiso que establece una serie de derechos y obligaciones específicas para los prestadores de servicios de certificación que la hayan solicitado y se les conceda por el organismo competente.

24 Estos requisitos se reflejan, también, en el artículo 6.3 del Real Decreto-Ley 14/1999.

25 Este sistema de evaluación se ha entendido por los especialistas en la materia, que es compatible con la libre constitución de prestadores de servicios de certificación. Con opinión diferente expresa GALINDO que el principio de libertad se matiza porque los Estados pueden establecer unos esquemas de acreditación voluntarios; esta idea la expone en GALINDO, Fernando. "Los proveedores de servicios de certificación". *La Ley* nº 4566, de 19-6-1998, pág. 16.

26 Así se establece en el párrafo primero del artículo 6.

27 En la Exposición de Motivos de la Orden Ministerial de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de PSC y de certificación de determinados productos de firma electrónica, se establece que «la acreditación y la certificación funcionarán así, como un «sello de calidad» de los prestadores de servicios y productos de firma electrónica que las obtengan, permitiendo incrementar la confianza de los usuarios en la utilización de esta nueva garantía para las comunicaciones y el comercio electrónico».

sea la actividad certificadora, y se supere positivamente dicho examen, el prestador de servicios podrá obtener la acreditación de su actividad, y ser un *prestador de servicios de certificación acreditado*. En el caso en que lo que interese sea la valoración de un producto que el PSC utilice en el desarrollo de su actividad, se pretende obtener, mediante la evaluación, la llamada *certificación del producto de firma electrónica*.

Este sistema español de acreditación surte una serie de efectos positivos muy a tener en cuenta, tanto por los PSC como por los propios usuarios de productos de firma electrónica. Así, a título ejemplificativo, con relación a los efectos jurídicos de la firma (artículo 3.1, párrafo 2), puede decirse que se sitúan en una posición más ventajosa aquellas firmas basadas en certificados reconocidos que se hubieren expedido por un PSC acreditado. En la práctica, esto puede traer como consecuencia una especie de posición dominante de los prestadores de servicios de certificación acreditados respecto de los que no hayan solicitado la evaluación; y esto a pesar de lo establecido en el considerando 12º de la Directiva sobre firma electrónica, en el que se dice que “*ha de velarse por que los sistemas de acreditación no supongan mengua de la competencia en el ámbito de los servicios de certificación*”.

El PSC está facultado para solicitar la acreditación tanto con relación a una o varias actividades concretas, bien en general. Si, además de la emisión de certificados realiza otras actividades relacionadas con la prestación de servicios, también podrán solicitar la acreditación incluyendo estas últimas. En cualquier caso, se prevén distintos niveles de acreditación en función del tipo de actividad que desarrollen y las normas y requisitos técnicos que se cumplan por parte del PSC²⁸ pero en cuyo detalle no entraremos en esta ocasión.

La acreditación en España tiene una validez de cuatro años, siempre y cuando se mantenga el cumplimiento de los requisitos que indujeron el otorgamiento. Sin embargo, el PSC puede solicitar en cualquier momento y durante la vigencia de la acreditación, la revisión de la misma, en el sentido de acceder a un nivel distinto de acreditación si, a través de un informe emitido por una entidad de evaluación, se comprueba que se reúnen las condiciones a tal efecto exigidas²⁹. Todas estas circunstancias, tanto la renovación de una acreditación (solicitada al cabo de los cuatro años y manteniéndose los requisitos exigidos para ella), como la modificación³⁰ del nivel de la acreditación, se notificarán a la Comisión Europea y serán objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado.

No conviene dejar a un lado los motivos que pueden producir la extinción de la acreditación de un PSC, pese a que todos ellos son motivos de carácter general: transcurso del período de cuatro años de vigencia de la acreditación

²⁸ Se refiere en especial al cumplimiento de estándares internacionales que no son jurídicamente exigibles.

²⁹ Los plazos son los mismos que para la primera acreditación.

³⁰ Esta modificación del nivel de la acreditación puede ser tanto en sentido positivo como negativo (ampliación o reducción).

sin haber solicitado la renovación, renuncia expresa a la acreditación y cese de la actividad. También debería incluirse en el artículo 22 del Reglamento de acreditación de prestadores, la extinción por motivos de pérdida de los requisitos que propiciaron su otorgamiento, que sería la caducidad de la acreditación; sin embargo ésta únicamente se prevé para los certificados de productos de firma electrónica.

El sistema de acreditación no hace referencia solamente a los PSC, sino que también puede solicitarse la llamada certificación de productos de firma electrónica. Ahora bien, cuando se hace referencia a este tipo de productos, se alude a aquellos que están destinados a conectarse a los puntos de terminación de una red pública de telecomunicaciones, a fin de poder enviar, procesar o recibir señales, así como los productos que garanticen la seguridad de la información que se transmita por vía electrónica. En principio los dos productos de firma electrónica que más se ajustan a estos dos requisitos son los dispositivos de creación de firma y los dispositivos de verificación de firma electrónica avanzada³¹.

El proceso a seguir para obtener la certificación de un producto de firma electrónica es similar al establecido para la acreditación de prestadores de servicios de certificación, con dos salvedades: la solicitud de certificación la podrán presentar los fabricantes, importadores o el mismo PSC; y por otro lado, la validez de la certificación de producto tendrá una duración máxima de cinco años, renovables en tanto se mantengan las condiciones que motivaron la expedición del certificado en cuestión y se acredite a través de informe favorable emitido por una entidad de evaluación.

1. Actividades que desarrollan los PSC

Las actividades que desarrollan los PSC están íntimamente ligadas a las obligaciones que se establecen en el artículo 35 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y las funciones previstas en el artículo 34 del mismo texto jurídico. Dada la complejidad de la figura, se tratarán brevemente las actividades más sobresalientes que realizan los PSC.

a) Verificación de la información suministrada por el signatario.

Consiste en la comprobación por sí o por medio de otra persona, de la identidad y cualquier otra circunstancia personal del solicitante del certificado relevantes para la finalidad misma del certificado. Esto debe complementarse con lo establecido en las normas sobre protección de datos personales,

³¹ Estos son los requisitos que han de cumplir para proceder a la certificación por el Ministerio de Ciencia y Tecnología; en caso de que no se reúnan, pero se trate de productos de firma electrónica que se quieren certificar, es posible proceder por la vía de la certificación del Ministerio de Industria.

especialmente con relación al tratamiento (automatizado o no) de tales datos que son objeto de regulación especial³².

Esta obligación de verificación o comprobación de los datos del solicitante de un certificado, conviene estudiarla haciendo mención a tres aspectos distintos que se plantean: en primer lugar, el ámbito de aplicación de la obligación; en segundo lugar, la necesaria verificación «per se», y en tercer lugar, el papel que pueden desarrollar las entidades de registro (o también denominadas entidades de registro locales)³³.

La comprobación de los datos aportados para la emisión de un certificado variará según lo que los distintos PSC hayan establecido en sus declaraciones de prácticas de certificación, o según lo que se establezca para cada tipo de certificado a emitir; en todo caso se establecen en las distintas regulaciones estatales una serie de elementos mínimos a comprobar.

Uno de los datos principales que aporta el solicitante de un certificado es su propia identidad. Aun existiendo la posibilidad de emitir certificados a través de la utilización de un seudónimo, habrá de verificarse que éste se corresponde de manera inequívoca con una persona determinada. La función identificadora es característica de los notarios (entendiendo por tales, la figura del notariado latino), y uno de los principales temores de este colectivo es a que se pueda llegar a privatizar importantes funciones públicas, como por ejemplo, la fe pública notarial, judicial y administrativa, desde el momento en que se atribuyen a las autoridades certificadoras el papel de notarios electrónicos»³⁴.

- b) Obtener o facilitar los servicios de creación de firmas electrónicas. Puesta a disposición de instrumentos para aplicar los datos de creación de firma.

A esta obligación hace referencia el apartado 2 del artículo 34 del Decreto-Ley, y es algo a lo que no hacen referencia ni la Directiva europea sobre firmas electrónicas ni las leyes reguladoras de esta materia en Alemania y en Italia.

La obligación se refiere a que el PSC deberá poner a disposición los instrumentos necesarios para poder aplicar los datos de creación de firma (si entendemos que se está siguiendo una tecnología de claves asimétricas). Ahora

32 En este sentido resulta de interés la lectura de WALDEN, Ian: "Data protection", en REED, Chris: *Computer Law*, London: Blackstone Press, 1996, pp. 327-356. También, HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo: "La contratación electrónica: derechos de los consumidores y protección de la intimidad" s. e. (texto mecanografiado), noviembre 1999. Sobre España vid. ALCOVER GARAU, Guillermo en «El Real Decreto-Ley sobre la firma electrónica», en *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 1, enero 2000, p. 20.

33 Este análisis tripartito también lo realiza MARTÍNEZ NADAL, Apolonia en *La Ley de Firma Electrónica*, cit. pp. 170-171.

34 Así lo expresa el notario GARCÍA MAS, Francisco Javier, en «La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 652, mayo-junio 1999, pp. 773-774.

bien, ¿a qué se refiere exactamente esta actividad? A la puesta a disposición de los programas de ordenador o hardware indispensable para que el sujeto titular del certificado pueda aplicar su clave privada a efectos de la creación de la firma electrónica. Parece, pues, que la obligación que aquí se trata es la de facilitar al signatario o titular del certificado el par de claves de firma electrónica.

c) Información previa

Este deber de información a los solicitantes de certificados se establece en los apartados 6 y 7 del artículo 35 del Decreto-Ley, donde se establece expresamente la obligación de informar, antes de la emisión de un certificado a la persona que solicite sus servicios, de su precio, de las condiciones precisas para la utilización del certificado, de sus limitaciones de uso, la forma en que garantiza su posible responsabilidad y los mecanismos de resolución de controversias que resultarán aplicables en caso de conflicto entre las partes.

Se trata, pues, de una obligación de carácter precontractual, es decir, atañe solamente al momento anterior a la relación contractual con el solicitante del certificado e independientemente del carácter o no de consumidor de este último³⁵. Merece destacarse la importancia de esta obligación para el perfecto conocimiento del certificado que se vaya a emitir de cara al titular del mismo; sin embargo, esto puede plantear alguna duda ¿no debería también informarse a los usuarios de los certificados sobre estas características del certificado?

Parece que debiera proporcionarse este tipo de información también a los terceros usuarios de certificados, o al menos, algunos aspectos de lo establecido en el apartado d), especialmente, la información relativa a la limitación de uso del certificado. En la doctrina española³⁶ se considera que debería informarse al tercero usuario de certificados sobre la garantía de la responsabilidad patrimonial del prestador; sin embargo, puede entenderse que no interesará al prestador de servicios de certificación que esta información se haga pública a todos los posibles usuarios de certificados, puesto que al existir la obligación (más tarde se comentará) de suscribir un seguro de responsabilidad civil por un importe considerablemente elevado, la responsabilidad del prestador de servicios de certificación frente al tercero³⁷ puede garantizarse a través del seguro contratado. Esta obligación de información a terceros puede resultar de gran interés cuando el tercero usuario del certificado es un consumidor, puesto que el grado o nivel de desprotección puede considerarse relativamente importante.

³⁵ Este dato se pone de manifiesto en MARTÍNEZ NADAL, Apolonia. *La ley de firma electrónica*, cit., p. 195.

³⁶ Id.

³⁷ La relación existente entre el prestador de servicios de certificación y el tercero usuario del certificado necesita de un profundo análisis, sobre todo por lo que respecta a la responsabilidad susceptible de ser generada.

En la práctica, la mayor parte de los prestadores de servicios de certificación hacen efectivo cumplimiento de esta obligación a través de información existente en su propia página Web, y de hecho esto ya se contempla en el apartado 6 del artículo 35.

d) Llevar un registro de certificados

Es otra de las obligaciones que se establecen para las personas que actúen como proveedores de servicios de certificación. Esta obligación hace referencia al mantenimiento de una base de datos de los certificados en medios electrónicos o magnéticos, en la que consten, además, las circunstancias relativas a la suspensión o a la falta de efecto del certificado.

Esta información deberá conservarse durante un lapso de tiempo no inferior a diez años, garantizando la integridad, disponibilidad y accesibilidad de la información y demás documentos relacionados con los certificados, y añade el apartado 7 del artículo 35 que, a tales efectos, deberán mantener un respaldo confiable y seguro de dicha información. El plazo de los diez años tiene una razón de ser: transcurrido ese tiempo, prescriben las acciones personales³⁸.

Estas bases de datos de certificados tienden a una finalidad determinada: que los usuarios de los certificados puedan utilizarlas para poder verificar la efectiva existencia y la validez de éstos. Esta necesidad se pone especialmente de relieve en el caso en que una persona recibe un mensaje electrónico firmado, pero no conoce la clave pública del emisor; en este caso el receptor puede conseguir el certificado del emisor a través de una consulta de la base de datos de certificados del prestador de servicios de certificación³⁹.

No podemos olvidar que, al mismo tiempo se deberá atener el PSC al cumplimiento de las normas sobre protección de datos personales.

e) Sellado de tiempo

Se contempla en el apartado 3 del artículo 34, la posibilidad de ofrecer servicios de archivos cronológicos de las firmas electrónicas certificadas por el proveedor de servicios de certificación. Pudiera pensarse que el sello de tiempo no es necesario en cuanto que a través del sistema de certificados, es posible vincular de manera cierta a una persona determinada con un mensaje electrónico. Asimismo, la firma electrónica realizada con clave privada identifica al emisor del mensaje, pero no resulta posible determinar el momento de creación

³⁸ En el caso español, y por el mismo motivo, el plazo es de quince años.

³⁹ En estas situaciones, el registro de certificados por parte del PSC pasa a ser una especie de sistema de distribución de certificados. Así lo pone de relieve MARTÍNEZ NADAL, Apolonia en *La ley de firma electrónica*, op. cit., p.198 y en *Comercio electrónico, certificados y Autoridades de certificación*. Madrid, Civitas, 1998, pp.178-181.

⁴⁰ Esta idea la ponen de manifiesto FERRER GOMILA, José Luis; MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, en «El problema temporal del sistema de certificados en el comercio electrónico», en *Revista de la Contratación Electrónica*, enero 2000, p. 30.

y/o de envío del mensaje de datos⁴⁰. Es en este punto donde puede resultar de interés la utilización de una tecnología de sellado de tiempo.

El sello o marca temporal puede confirmar el momento exacto de determinadas acciones y proporciona, además, un mayor grado de seguridad al sistema de firma electrónica y certificados, puesto que se sella de forma temporal cada uno de los datos del documento electrónico, de tal manera que si se cambia algo del mensaje de datos (aunque sea solamente un bit), aparecerá reseñado el cambio⁴¹ en el documento que llegue al destinatario del mismo. Además, es importante tener en cuenta que no solamente los cambios se van a reflejar, sino también que no es posible falsificar la hora en el momento de proceder al sellado de los datos, con lo cual podemos hacernos una idea del nivel de seguridad que aporta esta nueva tecnología del sellado de tiempo. Este asunto es particularmente importante a la hora de determinar si la firma electrónica se utilizó o no durante el período de validez del certificado, puesto que de esta manera se podrá determinar una hipotética utilización fraudulenta de la misma⁴².

En la práctica comercial, entonces, puede ser de gran interés conocer con exactitud el momento en el que un determinado mensaje electrónico se envió o se recibió (piénsese, por ejemplo, a efectos de perfección de un contrato celebrado por medios electrónicos). De esta manera puede establecerse una clasificación de motivos que requieran la utilización del sello de tiempo como óptima solución a los problemas que se pueden suscitar en la realidad práctica. FERRER GOMILA y MARTÍNEZ NADAL⁴³ ofrecen una clasificación que se adapta más a los obstáculos que se pueden eliminar a través de la utilización de la tecnología del sellado de tiempo; estos autores ofrecen cinco tipos de situaciones:

1. La verificación de una firma electrónica.
2. Pérdida de vigencia del certificado (especialmente revocación o suspensión).
3. Asegurar la integridad del mensaje electrónico.
4. Supuestos en el ámbito de la contratación electrónica en los que sea necesario el sellado de tiempo.
5. Supuestos relacionados con el ámbito de sistemas de certificación.

Ahora bien, cabe preguntarse si este sellado de tiempo lo realizan única y exclusivamente los prestadores de servicios de certificación que, además, expidan

⁴¹ Para profundizar en el sistema o tecnología de sellado de tiempo, puede resultar de interés la lectura del Proyecto TEDIS II, así como información contenida en <http://www.kriptopolis.com>

⁴² Este tema puede ser relevante en el momento en el que, en el transcurso de un litigio, se desee aportar un documento electrónico como prueba.

⁴³ FERRER GOMILA, José Luis; MARTÍNEZ NADAL, Apolonia. «El problema temporal del sistema de certificados en el comercio electrónico», *Revista de la Contratación Electrónica*, enero 2000, págs. 31-41.

certificados reconocidos, o puede suceder algo similar a lo que ocurre con las entidades de registro (esto es, que pueden ser personas diferentes al PSC, pero que estén directamente vinculadas con éste). El legislador no parece pronunciarse en ningún sentido sobre este tema, con lo que perfectamente puede entenderse que la persona que preste este servicio de sellado de tiempo es un sujeto diferente al PSC que emitió el certificado, o bien, que se trata de un servicio más que proporcionan los prestadores de servicios de certificación⁴⁴.

f) Personal técnico adecuado.

Otro de los requisitos que se exigen en Venezuela⁴⁵ a los prestadores de servicios de certificación para poder desarrollar la actividad que les es propia, consiste en contar con personal técnico adecuado para desarrollar la actividad, con conocimiento especializado en la materia y experiencia en el servicio a prestar. El motivo de la inclusión de este requisito deriva de lo que se establecía en el proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para las firmas electrónicas que se debatía en el momento en que se legislaba en Venezuela y en la Directiva comunitaria sobre firma electrónica⁴⁶. Merece destacarse que en la ya Ley Modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas no se especifica con claridad cuáles van a ser los requisitos que deba de cumplir el personal que empleen los prestadores de servicios de certificación; únicamente exige que sea fiable; esta opción parece relativamente correcta, al entenderse que la actividad que desarrollen la realizarán con conocimientos en la materia, sin especificar si deben ser de carácter jurídico y/o técnico.

La opción comunitaria, por otro lado, plantea dudas sobre la operatividad misma de la disposición; pues no parece adecuado especificar muchos requisitos en cuanto a conocimientos técnicos se refiere, para el personal que los PSC empleen para el desarrollo de su actividad, dado que también resultará indispensable que los empleados tengan conocimientos jurídicos sobre la materia en la que trabajan, puesto que el conocimiento técnico no exime del cumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas, así como el de los estándares internacionales que se apliquen en cada caso.

44 Esta idea también la señala RAMOS SUÁREZ, Fernando, «La firma electrónica y su normativa», en *OTROSÍ*, marzo 2000, n° 13, p. 26.

45 En el apartado 7 del artículo 31 del Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

46 En el apartado e) del Anexo II de la Directiva se señala que los PSC que emitan certificados reconocidos deberán “*emplear personal que tenga los conocimientos especializados, la experiencia y las cualificaciones necesarias correspondientes a los servicios prestados, en particular: competencia en materia de gestión, conocimientos técnicos en el ámbito de la firma electrónica y familiaridad con los procedimientos de seguridad adecuados; deben poner asimismo en práctica los procedimientos administrativos y de gestión adecuados y conformes a normas reconocidas*”.

Parece, pues, que el legislador venezolano, al igual que el español, ha estado más acertado que el comunitario al establecer como requisito necesario para los prestadores de servicios de certificación, “*emplear personal cualificado y con la experiencia necesaria para la prestación de los servicios ofrecidos, en el ámbito de la firma electrónica y los procedimientos de seguridad y de gestión adecuados*”⁴⁷. Así, el personal deberá estar cualificado para las tareas que desempeñe; y es aquí donde se puede ubicar el requisito de la formación jurídica en la materia, independientemente de los conocimientos de carácter técnico que se precisen.

Algunos autores, entre ellos MARTÍNEZ NADAL⁴⁸, abogan por una norma de desarrollo del Real Decreto-Ley de firma electrónica que precise los términos de esta obligación. Sin embargo, también parece lícito pensar que las exigencias sobre el personal que deben emplear las entidades certificadoras debería quedar al libre albedrío de éstas, puesto que al tratarse de una actividad de características muy específicas, se hace *necesario* contar con personas cualificadas. Es más, serán los propios PSC los que, a la hora de mantener su *status* como terceras partes confiables, únicamente aceptarán para el desarrollo de su actividad a personas sobradamente cualificadas⁴⁹.

En cualquier caso, no puede dejarse al margen el hecho de que con el mero cumplimiento de esta obligación, no se exime el PSC (como empresa) de responsabilidad por actuación culposa del personal que esté a su servicio.

- a) Garantizar confidencialidad y seguridad técnica de los procesos de certificación

El apartado 5 del artículo 31 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establece la exigencia de garantizar la confidencialidad y seguridad técnica de los procesos de creación de los certificados, añadiendo que “se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales”. También resalta de este requisito la referencia expresa al riesgo de falsificación o alteración, pero no llega a especificar el legislador si

47 Así se establece en el apartado d) del artículo 12 del Real Decreto Ley español 14/1999, sobre firma electrónica.

48 MARTÍNEZ NADAL, Apolonia. *La ley de firma electrónica...* op. cit. p. 227.

49 Resalta, sin embargo, la obligación que impone el artículo 51 en relación con el 49 del Decreto del Presidente del Consejo de Ministros italiano, de 8 de febrero de 1999, en este sentido. El legislador italiano establece que será requisito indispensable una experiencia mínima de cinco años, y además se exige que, para cada actualización del sistema de certificación, se realice un curso de formación para el personal del PSC.

50 Sobre la falsedad en documentos electrónicos ver MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: *Contratos electrónicos*. Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 148-154; y DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 161-182.

se refiere a la emisión de un certificado falso, o bien a la alteración de uno ya existente⁵⁰.

2. Breve *excursus* sobre la responsabilidad del PSC.

Con el fin de tener garantizada la responsabilidad en la que pudieran incurrir, dos son los sistemas que se contemplan en la norma venezolana sobre firmas electrónicas y mensajes de datos al respecto, a saber:

- aportar garantías expedidas por una entidad aseguradora o bancaria autorizada para operar en Venezuela (aquí se está aludiendo implícitamente a la posibilidad de que existan certificados con eficacia en territorio venezolano pero emitidos por PSC extranjeros).
- Cubrir, de cualquier otra forma, todos los perjuicios contractuales y extracontractuales de los signatarios y terceros de buena fe derivados de actuaciones dolosas, culposas u omisiones atribuibles a los administradores, representantes legales o empleados del PSC.

En España se prevén en el Real Decreto-Ley de firma electrónica dos mecanismos diferentes a efectos de asegurar la responsabilidad de los PSC por daños y perjuicios causados. Estos dos sistemas son el del afianzamiento mercantil y la suscripción de un contrato de seguro de caución.

Es importante destacar que en Venezuela se excluye la responsabilidad siempre que el sujeto pueda demostrar que ha tomado las diligencias (medidas) necesarias según las circunstancias, de tal manera que se trata de una responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba. Se añade, además, que los PSC pueden limitar su responsabilidad en los certificados emitidos, lo que pudiera desencadenar una situación de exoneración de responsabilidad muy alta. En el caso de la Directiva europea sobre firma electrónica se dispone que esta limitación de responsabilidad está permitida, pero no puede ser total y además gozará el titular del certificado o el tercero perjudicado de la protección que, en este sentido le ofrece la normativa sobre consumidores.

3. Caso de cese de la actividad del PSC.

Antes de finalizar esta pequeña introducción a la figura del PSC, debemos tener presente la posibilidad de que el proveedor de servicios de certificación decida cesar en la actividad que le es propia, ya sea por causas técnicas, ya sea por motivos económicos o simplemente de decisión de dejar de realizar tareas de certificador de firmas electrónicas. Así, independientemente de la aplicación de las normas sobre disolución y extinción de sociedades, el artículo 37 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establece una serie de requisitos para los PSC que decidan cesar en su actividad.

Se exige que se produzca un preaviso a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica sobre el cese de la actividad de al menos, 30 días. Este plazo contrasta con lo establecido en las normas europeas, que se amplía a seis meses como mínimo.

En el cuarto párrafo del citado artículo, se establece que “en todo caso, el cese de las actividades de un Proveedor de Servicios de Certificación conllevará su retiro del registro llevado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica”. Esto parece algo necesario, sin embargo existe una laguna en la norma venezolana con respecto a aquellos certificados en principios vigentes y válidos que han sido emitidos por un PSC que cesará en su actividad antes del fin de la vigencia de dichos certificados. En Europa esto se ha salvado de la siguiente manera: se ofrece al titular (como mínimo dos meses antes de que el PSC deje de desempeñar su actividad) una doble opción:

- que se deje sin efecto el certificado una vez se produzca el cese del PSC;
- que el certificado se transfiera a otro certificador, aunque para esta posibilidad se requiere el consentimiento expreso del titular del certificado.

IV. Conclusiones

Nos encontramos con una figura que resultará de una importancia vital para el desarrollo de las transacciones comerciales a través de las redes abiertas de comunicación. Las normas que rigen a esta figura son muy recientes, y en ocasiones, se han redactado de forma precipitada, lo que supondrá sin lugar a dudas la necesidad de realizar cambios legislativos; algo que ya se ha producido en países como Alemania.

No obstante lo dicho, la norma venezolana cumple todos los principios generales del comercio electrónico descrito en el primero de los capítulos y ello tiene como consecuencia la adaptabilidad de la ley a las innovaciones tecnológicas.

Resumen

En el presente artículo se realiza una aproximación a la figura del PSC desde el punto de vista venezolano comparándolo con la situación actual en Europa, principalmente España, con la que Venezuela tiene numerosos lazos de unión. Para ello se analiza la Ley venezolana sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas que sigue fielmente lo establecido en la Ley Modelo de Naciones Unidas con relación a los principios que deben regir el comercio electrónico, y, por ende, la transmisión electrónica de mensajes de datos: principio de equivalencia funcional, no alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, principio de neutralidad tecnológica, principio de libertad contractual y buena fe.

Abstract

In this article it is present an approximation to the PSC figure from the Venezuelan point of view. It is made a comparison of this Venezuelan figure with the actual situation in Europe, specifically in Spain, country which Venezuela has many ties of friendship. It is analyzed the Venezuelan Law about Data Messages and Electronic Signatures, that faithfully follows up the established patterns in the Model Law of the United Nations in relation to the principles that must rule the electronic commerce and so the electronic transmission of data messages as: principle of functional equivalence, no alteration of the preexisting obligations and contracts law, principle of technological neutrality, principle of contract liberty and good faith.

Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo

Apolonia Martínez Nadal*
Josep Luis Ferrer Gomila*

SUMARIO: 1. Responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación. Consideraciones generales. 2. Responsabilidad en caso de revocación de un certificado. 3. Desarrollo temporal del proceso de revocación de un certificado. Asignación de responsabilidad en las distintas fases. 4. Conclusiones.

1. Responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación. Consideraciones generales

La emisión, distribución y uso de un certificado, junto con la eventual revocación o suspensión del mismo, hasta su expiración, generan unas relaciones (de naturaleza contractual o extracontractual, no siempre clara) entre los diversos sujetos implicados (básicamente, la entidad de certificación, el titular del certificado y el usuario del mismo), que plantean la necesidad de establecer, delimitar y clarificar sus respectivos derechos, obligaciones y cargas, así como sus eventuales responsabilidades. Se trata de una cuestión de esencial importancia y, sin embargo, confusa en la fase inicial de desarrollo comercial y legal, de las entidades certificadoras, pues plantea numerosas cuestiones tales como la naturaleza de la responsabilidad (objetiva o subjetiva; contractual o

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Directora del Área Jurídica del CEDIB (Centro de Estudios de Derecho e Informática). Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca (España). dpramn0@uib.es.

* Profesor de Ingeniería Telemática. Director del Área Técnica del CEDIB (Centro de Estudios de Derecho e Informática). Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca (España). dijjfg@uib.es.

extracontractual), la carga de la prueba, los sujetos frente a los que responde, la eventual existencia de limitaciones de uso, garantías de responsabilidad, etc¹.

Ciertamente, el tema de las responsabilidades derivadas de las prácticas de las entidades de certificación es una cuestión esencial desde el punto de vista económico-social y empresarial; los titulares y los usuarios de certificados, especialmente si son consumidores, no pueden participar en un mercado cuyas condiciones económicas y legales son oscuras. Y tampoco lo harán, en estas condiciones, las entidades certificadoras comerciales, cuya difusión depende, en gran medida, del grado de riesgo asociado con la actividad empresarial que ejercitan, riesgo negocial inevitable que el empresario tiene que gestionar, y potencialmente alto para las entidades de certificación sin legislación específica, sometidas a las normas generales de responsabilidad.

De ahí la necesidad de establecer y delimitar claramente el régimen de responsabilidad derivado de la emisión y utilización de certificados. Teniendo en cuenta que la clarificación de derechos, obligaciones y responsabilidades debería servir los intereses de todas las partes del comercio electrónico implicadas en el uso de un certificado (no sólo los de la entidad de certificación, sino también los del titular y el tercero usuario del certificado).

Las diversas legislaciones aprobadas en materia de firma digital, certificados y entidades de certificación han abordado, con mayor o menor extensión, la cuestión de los deberes y responsabilidades de las partes. Así, la Ley de firma digital de Utah, aprobada ya en 1995, y considerada por ello la primera ley en la materia a nivel mundial, entra a regular este tema estableciendo de forma detallada el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, y definiendo un régimen de responsabilidad para el sistema de certificados. Ello a diferencia de la Ley alemana (tanto la de 1997 como la de 2001)²; o del reglamento italiano, muy sucintas al respecto. Igualmente, la Directiva 1999/93/CE del

¹ Respecto de la firma electrónica, los certificados y las entidades de certificación como elementos para un comercio electrónico seguro, cfr., más extensamente, MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 2001.

² En efecto, las primeras iniciativas legislativas en materia de firma electrónica surgen en Estados Unidos, donde se aprueba la primera Ley de firma digital (la *Utah Digital Signature Act*, aprobada en 1995 y modificada con posterioridad) y donde prácticamente todos los estados han realizado alguna actuación en la materia; precisamente debido a la fragmentación que ello genera se ha aprobado recientemente una ley federal materia de firma electrónica: la *Federal Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (2000).

En Europa, también a mitad de la década de los noventa, surgen las primeras regulaciones sobre firma electrónica. Así, por una parte, la primera regulación de un país europeo en materia de firma digital surge en Italia. Tiene su origen en el art. 15 de la *Legge 15 marzo 1997, n. 59, de delega al governo il conferimento de funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, norma de principio que declara la validez de los actos, documentos y contratos administrativos, y delega a una normativa posterior los aspectos técnicos y legales concretos. Normativa surgida con la aprobación del *Regolamento contenente modalita di applicazione dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica aborda la delicada cuestión de la responsabilidad de los proveedores de servicios de certificación, respecto de la que se considera necesaria una armonización, que contribuiría a la aceptación general y el reconocimiento legal de las firmas electrónicas dentro de la Unión Europea (permitiendo también el establecimiento de distintas vías y mecanismos de limitación de responsabilidad).

En el ordenamiento español, el Real Decreto-Ley 14/1999 regula también la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación establecidos en España. El núcleo principal de la regulación se halla en el art. 14, aun cuando, como veremos, existen otros preceptos que inciden también en materia de responsabilidad. Así, de entrada, el art. 14 regula de forma general el tema de la responsabilidad, en su apartado primero, y en su apartado tercero, inciso inicial; no obstante, a estos efectos ha de tenerse en cuenta también el art. 9, dedicado a un supuesto especial de responsabilidad: el derivado de la revocación de un certificado. Asimismo, el art. 14.2 y 3 inciso final regula la cuestión relativa a las posibles limitaciones de responsabilidad del prestador de servicios de certificación. Por otra parte, el art. 12, g) regula la garantía por responsabilidad de los prestadores que emitan certificados reconocidos. Y, finalmente, los arts. 25 y ss. regulan la eventual responsabilidad administrativa de las entidades certificadoras, estableciendo los distintos tipos de infracciones y las correspondientes sanciones que llevan aparejadas³.

Por otra parte, en Alemania existe, también desde 1997, una Ley Federal, aprobada por el *Bundestag* el 13 de junio, que establece las condiciones generales para los servicios de comunicación e información (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG*), que contiene la Ley sobre firma digital, tras la que se aprobó el correspondiente Reglamento de desarrollo. Sin embargo, la posterior aprobación, en 1999, de la Directiva comunitaria de firma electrónica, a la que haremos referencia a continuación, y que obliga a los Estados miembros a adaptar sus ordenamientos internos a sus contenidos, ha dado lugar a la aprobación de una nueva ley que sustituye a la anterior: es la Ley reguladora del marco de condiciones para las firmas electrónicas, publicada en el *Diario Oficial* de 21 de mayo de 2001 y que entró en vigor al día siguiente, 22 de mayo de 2001.

En efecto, la Unión Europea, a la vista de la normativa aprobada o en fase de aprobación en los distintos Estados miembros, y precisamente por los problemas que esta dispersión normativa puede suponer para el mercado único, se planteó, ya en 1997, la necesidad de una normativa armonizadora a nivel comunitario, a fin de favorecer el desarrollo del comercio electrónico en su seno y evitar posibles obstáculos para su desarrollo y para el del mercado único, derivados de la existencia de legislaciones nacionales divergentes. Y, a estos efectos, se aprobó en 1999 la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, que pretende establecer unos criterios armonizadores comunes que habrán de cumplir las futuras legislaciones de los Estados miembros; y a las que habrán de adaptarse, en su caso, los estados miembros con normativas ya aprobadas, caso de las mencionadas en Alemania e Italia, y también otros países como Portugal o España (con regulaciones aprobadas, respectivamente, en agosto y septiembre de 1999, apenas unos meses antes que la Directiva).

³ Respecto de la regulación española, cfr., más extensamente, MARTÍNEZ NADAL, A., *La Ley de firma electrónica*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2001.

El presente artículo está dedicado al análisis jurídico de un supuesto de responsabilidad especialmente complejo y problemático: el derivado de la revocación de un certificado, desde una perspectiva de Derecho europeo, centrada especialmente en el Derecho español, junto con la directiva comunitaria, y la reciente Ley de firma electrónica alemana de 2001; sin perjuicio de alguna referencia a otras normativas especialmente significativas en la materia como, por ej., la mencionada Ley de Utah, que es la normativa de mayor concreción y exhaustividad en la materia.

2. Responsabilidad en caso de revocación de un certificado

El régimen general de responsabilidad de todo prestador de servicios de certificación establecido en España se establece, fundamentalmente, en el artículo 14.1 del Real Decreto-Ley, que dispone que:

“Los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona, en el ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone este Real Decreto-ley o actúen con negligencia. En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la debida diligencia”.

Del mismo modo, aunque de forma más casuística, la Directiva comunitaria, en su art. 6.1 establece que:

“Los Estados miembros garantizarán, como mínimo, que el proveedor de servicios de certificación que expida al público un certificado presentado como certificado reconocido o que garantice al público tal certificado, será responsable por el perjuicio causado a cualquier entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en el certificado por lo que respecta a:

- a) la veracidad, en el momento de su expedición, de toda la información contenida en el certificado reconocido y la inclusión en el certificado de toda la información prescrita para los certificados reconocidos;
- b) la garantía de que, en el momento de la expedición del certificado reconocido, obraban en poder del firmante identificado en el certificado reconocido los datos de creación de firma correspondientes a los datos de verificación de firma que constan o se identifican en el certificado;
- c) la garantía de que los datos de creación y de verificación de firma pueden utilizarse complementariamente, en caso de que el proveedor de servicios de certificación genere ambos; salvo que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia”.

Y la Ley alemana de firma electrónica de 2001 establece, en su Sección 11 (Responsabilidad), apartados 1 y 2 que:

“(1) Si un proveedor de servicios de certificación infringe las exigencias contenidas en esta Ley y los desarrollos reglamentarios previstos en la Sección, o si sus productos para firmas electrónicas reconocidas u otras medidas de seguridad técnica fallaran, tendrá que reembolsar a una tercera parte por cualquier daño sufrido por confiar en los datos contenidos en un certificado reconocido o un sello temporal reconocido o en información dada de acuerdo con la Sección 5 (1) frase 2. Los daños no habrán de pagarse si la tercera parte sabía, o debía haber sabido, que los datos eran incorrectos.

(2) Los daños no habrán de pagarse si el proveedor de servicios de certificación no ha incurrido en culpa”.

Y, junto a la responsabilidad genérica frente a cualquier persona por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su actividad, el Real Decreto-Ley 14/1999 español contempla un supuesto específico de responsabilidad de gran importancia: el derivado de la revocación de un certificado. En concreto, la regulación de este supuesto aparece en el art. 9, dedicado genéricamente a la “Vigencia de los certificados”, y, por tanto, en sede sistemáticamente distinta del precepto dedicado al régimen general de responsabilidad; en particular, se trata, como veremos, del apartado 3 de este art. 9. Igualmente, la directiva contempla (a partir de la propuesta modificada, no en la propuesta inicial) este particular supuesto de responsabilidad, de forma sistemáticamente más correcta que el Real Decreto español, en el mismo precepto dedicado al régimen general de responsabilidad, en concreto, como veremos, en el art. 6.2. En cambio, la actual Ley alemana de 2001 no contempla expresamente este supuesto específico de responsabilidad (que habrá de entenderse englobado en el supuesto genérico de la Sección ya mencionada); únicamente regula, como veremos, el procedimiento de revocación, en la Sección 8, dedicada a la “Invalidación de certificados”.

Como es sabido, la revocación de un certificado tiene su origen, en los casos paradigmáticos, en una puesta en peligro de la clave privada (normalmente, en caso de pérdida o extravío de la misma) que exige la finalización anticipada del periodo de validez del certificado (pues son posibles usos ilegítimos de la clave de firma por parte de un tercero que, en principio, en virtud de la apariencia generada por el certificado, serían atribuidos al titular del mismo).

De ahí, por una parte, desde un punto de vista técnico y material, la necesidad de arbitrar los mecanismos y el procedimiento de revocación de un certificado; el Real Decreto-Ley español, igual que la directiva, se limitan a establecer la exigencia de que los proveedores que emitan certificados reconocidos tengan un sistema de revocación seguro e inmediato (de forma respectiva, art. 12,c), y anexo II, apartado b, a partir de la propuesta modificada, no en la propuesta inicial), sin más especificaciones, con el efecto, no sabemos si querido, de posible exclusión de aquellos sistemas de revocación no inmediatos (por ej., las listas periódicas de certificados revocados).

Y, de ahí, por otra parte, desde un punto de vista jurídico, la necesidad de delimitar los derechos, obligaciones, cargas y responsabilidades de las distintas personas implicadas (prestador de servicios de certificación, titular del certificado, y tercero usuario del mismo). Como es sabido, el efecto de la revocación es que el certificado revocado deviene inválido de forma anticipada. La invalidez anticipada de un certificado por revocación del mismo implica el desarrollo temporal de una serie de hechos y acciones, desde la puesta en peligro, en su caso, de la clave privada (causa fundamental de revocación), hasta el conocimiento por parte de terceros del hecho de la revocación.

Estas diversas fases del desarrollo temporal del proceso de revocación, inevitables desde el punto de vista material, por razones físicas y técnicas, plantean, desde el punto de vista jurídico, importantes e interesantes incógnitas respecto de la responsabilidad de los distintos sujetos implicados (titular, entidad y terceros) en los diversos periodos temporales del mismo. Pues, en efecto, si el certificado es utilizado algún momento después de la puesta en peligro de la correspondiente clave privada para verificar una firma electrónica, esa clave privada puede no estar ya bajo el control de la parte (el titular legítimo) que el usuario del certificado cree y espera conforme al contenido inicial del certificado, sino que puede que haya ido a parar a manos de un tercero que haga de ella un mal uso, del que podrían derivarse importantes perjuicios para el usuario del certificado y/o el legítimo titular de la clave privada.

La cuestión es quién acaba asumiendo o respondiendo por esos perjuicios, pues podría tener que asumírselos el mismo usuario, o bien podría responsabilizarse al legítimo titular de la clave privada (el titular del certificado), o incluso a la propia entidad de certificación. La determinación de la responsabilidad no es cuestión nada fácil, especialmente desde el momento en que las situaciones de las diferentes partes cambian en los diversos momentos de proceso de revocación. Supongamos, por ej., que la revocación se produce por pérdida de la clave privada, ¿quién responde del mal uso de la clave privada antes de que nadie, ni siquiera el titular del certificado, tenga conocimiento del compromiso de la misma?, ¿y quién responde una vez que se ha pedido la revocación pero ésta no ha sido recibida, confirmada, decidida o anunciada por la entidad de certificación?

De ahí la necesidad de una adecuada regulación de esta cuestión. A estos efectos, el art. 9 del Real Decreto-Ley español dispone en sus apartados 2 y 3, que:

“2. La pérdida de eficacia de los certificados, en los supuestos de expiración de su periodo de validez y de cese de actividad del prestador de servicios, tendrá lugar desde que estas circunstancias se produzcan. En los demás casos, la extinción de la eficacia de un certificado surtirá efectos desde la fecha en que el prestador de servicios tenga conocimiento cierto de cualquiera de los hechos determinantes de ella y así lo haga constar en su Registro de certificados al que se refiere el artículo 11.e).

3. En cualquiera de los supuestos indicados, el prestador de servicios de certificación, habrá de publicar la extinción de eficacia del certificado en el Registro al que se refiere el artículo 11.e), y responderá de los posibles perjuicios que se causen al signatario o a terceros de buena fe, por el retraso en la publicación. Corresponderá al prestador de servicios la prueba de que los terceros conocían las circunstancias invalidantes del certificado”.

Igualmente, la directiva contempla (a partir de la propuesta modificada, no en la propuesta inicial) este particular supuesto de responsabilidad en el mismo precepto dedicado al régimen general de responsabilidad, en concreto, en el art. 6.2, que establece que:

“Los estados miembros garantizarán como mínimo que el proveedor de servicios de certificación que haya expedido al público un certificado presentado como certificado reconocido será responsable por el perjuicio causado a cualquier entidad o persona física o jurídica que confie razonablemente en dicho certificado por no haber registrado la revocación del certificado, salvo que el proveedor de servicios de certificación pruebe que no ha actuado con negligencia”.

Asimismo, la Ley de firma electrónica alemana de 2001 dispone, en su Sección 8 (Invalidación de certificados reconocidos), que:

“(1) El proveedor de servicios invalidará un certificado reconocido sin retraso si el titular de un código de firma o su representante lo solicitan, si el certificado fue emitido con datos falsos de la Sección 7, si el proveedor de servicios de certificación cesa en su actividad y sus operaciones no van a ser continuadas por otro proveedor de servicios de certificación, o si la autoridad competente ordena la invalidación del certificado de acuerdo con la Sección 19 (4). La invalidación debe establecer el momento desde el que se aplica. No se permiten las invalidaciones con efecto retroactivo”.

Y la Sección 21 (1) 10 de la misma ley, dedicada a las sanciones, dispone que incumple la normativa aquella persona que deliberada o negligentemente incumple la obligación de invalidar un certificado reconocido o no lo hace en el tiempo adecuado; conforme a la Sección 21 (2) esta infracción puede suponer la imposición de una multa de hasta 20.000 marcos alemanes.

A continuación analizamos la problemática de responsabilidad planteada por la revocación y la forma, siquiera parcial, en que estos preceptos vienen a resolverla. Pues, en efecto, la regulación es parcial e insuficiente por cuanto no se contemplan todos los periodos temporales y todas las personas implicadas: únicamente se regula la fase de publicación, los efectos de la publicación frente a terceros y los posibles retrasos en la publicación por parte del prestador. En todo caso, a falta de criterio legal, el criterio resolutivo debería ser el de repartir el riesgo de forma razonable entre las partes implicadas, de forma que el mayor riesgo fuera asumido, preferiblemente, por la parte con mayor o mejor capacidad

de control del mismo; o, en última instancia, por la que, por su situación, sea la más adecuada para hacerlo, por ej., por ser la que ha creado no el riesgo pero sí la situación que potencialmente lo genera. Todo ello para conseguir un reparto equitativo de las obligaciones y responsabilidades respectivas, de modo que la responsabilidad recaiga sobre la persona más indicada para resolver el problema de que se trate. Teniendo en cuenta que esa persona puede ir variando en función de las distintas fases del proceso temporal de revocación.

3. Desarrollo temporal del proceso de revocación de un certificado. Asignación de responsabilidad en las distintas fases.

- A) **Primer periodo: la puesta en peligro de la clave privada se ha producido pero no se ha notificado a la entidad certificadora (incluso puede que no sea conocida por el titular del certificado y de la correspondiente clave privada).**

En este primer periodo, la seguridad de la clave se ha visto comprometida y es utilizada por un tercero para suplantar al titular del certificado, que todavía no conoce la puesta en peligro, o conociéndolo, todavía no la ha notificado a la entidad de certificación solicitando la revocación del certificado (ya sea por el tiempo breve que, pese a su extrema celeridad, inevitablemente transcurrirá entre un momento y otro, ya sea por el tiempo más amplio que transcurrirá si no actúa con diligencia). La cuestión que se plantea es quién asume la responsabilidad por el mal uso de la clave durante este periodo. La regulación contenida en las normativas europeas mencionadas no establece expresamente un criterio resolutivo para este supuesto. Pero sí permite deducir, como veremos, algunos criterios orientativos.

Del **usuario del certificado** no se puede esperar ni presumir que conozca la puesta en peligro de la clave privada: la revocación no sólo no ha sido publicada, sino que ni siquiera ha sido decidida por la entidad de certificación e incluso puede que la puesta en peligro de la clave privada que la motiva no sea conocida todavía por el titular del certificado y de la clave. No parece razonable oponer a los terceros usuarios una circunstancia que no ha provocado todavía la revocación del correspondiente certificado. Y este principio doctrinal encuentra respaldo legal en el art. 9.2 del Real Decreto español que dispone, como regla general (y salvo dos supuestos expresamente mencionados), que la extinción de la eficacia de un certificado surtirá efectos desde la fecha en que el prestador de servicios tenga conocimiento cierto de cualquiera de los hechos determinantes de ella y así lo haga constar en el Registro de certificados que debe mantener obligatoriamente conforme al art. 11.e. Por tanto, la simple puesta en peligro no tiene efectos frente a terceros, es necesaria no sólo la comunicación a la entidad certificadora sino la publicación de la revocación para que ésta sea oponible *erga omnes*.

De esta forma, esta solución del art. 9.2 del Real Decreto-Ley español viene a dar respaldo legal a la consideración de que los sistemas de comunicación de revocación no han de tener una función meramente informativa, sino que, si se pretende que introduzcan seguridad en el sistema de certificados, la suya ha de ser una función informativa cualificada, de la que se puedan derivar determinados efectos jurídicos en función de la apariencia así generada (pues la responsabilidad de la entidad de certificación frente a terceros tiene también su origen y fundamento en la apariencia creada por ella y en la que aquellos confían). De tal forma que se articule una presunción de conocimiento, por parte de los terceros usuarios de certificados, de aquello que ha sido objeto de publicación efectiva; y una presunción de ignorancia de aquello que no ha tenido todavía aquella publicidad.

Menos clara a estos efectos es, en principio, la regulación alemana cuya Sección 8 (1), tras disponer que el proveedor de servicios invalidará un certificado reconocido sin retraso si, entre otras circunstancias, el titular de un código de firma o su representante lo solicitan, establece que la invalidación debe establecer el momento desde el que se aplica, no permitiéndose las invalidaciones con efecto retroactivo; pese a la ambigüedad de la letra de esta sección, obsérvese que la prohibición de revocaciones retroactivas parece vincular también sus efectos a la publicación, con lo que se llega al mismo resultado que en el caso de la normativa española.

Todo ello, sin perjuicio del juego del límite de la mala fe, reconocido expresa o implícitamente en distintos textos legales aprobados o en fase de elaboración, y que en cualquier caso sería de aplicación en virtud del principio general del derecho de buena fe. De forma que si este tercero hubiera tenido conocimiento de la puesta en peligro y de la intención de revocar por otros medios (por ej., porque el titular del certificado, una vez descubierta la pérdida de la clave, de forma simultánea, e incluso previa a la remisión de la petición de revocación a la entidad de certificación, comunica esa circunstancia a un determinado usuario con el que mantiene relaciones comerciales habituales por medios electrónicos, advirtiéndole de que debe dejar de confiar de forma anticipada en el certificado, porque, por ej., ha perdido el control de la clave privada correspondiente a la clave pública certificada), no podría alegar desconocimiento alguno, y la presunción *iuris tantum* de ignorancia quedaría desvirtuada. En este sentido, el art. 10.5 del Reglamento italiano relativo a la formación, archivo y transmisión de documentos con instrumentos informáticos o telemáticos establece que el uso de la firma digital realizada mediante una clave revocada, caducada o suspendida equivale a la falta de firma; la revocación o la suspensión, ambas motivadas, tienen efecto, continúa este mismo art. 10.5, desde el momento de la publicación, salvo que el revocante, o el que solicita la suspensión, no demuestre que ésta ya era conocida por todas las partes interesadas. Igualmente, en el Derecho alemán, la Sección 11 de la nueva Ley de 2001, al regular el supuesto genérico de responsabilidad de las entidades certificadoras, dispone que la indemnización de daños y perjuicios frente a terceros no procederá si los terceros sabían, o debían saber, que los datos en que confiaron son falsos.

Por su parte, el Real Decreto español, en su art. 9.3 consagra la responsabilidad del prestador de servicios de certificación por retraso en la publicación de la revocación únicamente frente “a terceros de buena fe”. Y, finalmente, la directiva, en su art. 6.2, consagra la responsabilidad de la entidad de certificación por los daños causados por no haber publicado la revocación a cualquier persona que “confíe razonablemente” en el certificado, razonabilidad que cabe excluir cuando esa persona conoció la circunstancia de la revocación por otros medios.

Y sin perjuicio, también, de la primacía de otros registros de superior eficacia legalmente reconocida; por ej., en el caso de un certificado de atributos en el que consta la condición de administrador social del titular; si se produce el cese del administrador en su cargo, puede ocurrir que el cese se haya inscrito ya en el Registro Mercantil, pero todavía no se haya revocado el certificado correspondiente; en tal caso, cabe entender que, en principio, le es oponible al tercero que confíe en el certificado la presunción de conocimiento de lo inscrito en el Registro Mercantil, siempre que no se aprecie mala fe en la otra parte, que, por ej., no sólo no ha solicitado la revocación del certificado sino que lo ha hecho deliberadamente para actuar de forma fraudulenta. Ello en el supuesto de que no se establezca legal o reglamentariamente la necesaria coordinación entre ambos sistemas, coordinación inexistente en el Derecho español (donde es posible que, por ej., la sociedad representada no tenga conocimiento de la inclusión del cargo de administrador en un certificado, pues no se exige su conocimiento); ello a diferencia del Derecho alemán, donde tanto la anterior Ley de 1997 como la actual Ley de 2001 no sólo exigen la autorización de la persona representada para la inclusión de la representación como atributo de un certificado de clave pública, sino que legitima a esa persona para solicitar la revocación del certificado en caso de cese de la representación en él incluida (Sección 5, apartado 2 y Sección 8, apartado 2, respectivamente, de la Ley alemana de 2001).

De la **entidad de certificación**, no se puede esperar en este momento actuación alguna, por cuanto aún no se le ha solicitado la revocación, y, en principio, no tiene por tanto conocimiento cierto de la existencia de una causa de revocación. Y, como señala el art. 9.3, el prestador tiene la obligación de publicar la extinción de eficacia del certificado y responderá de posibles perjuicios causados por retrasos en la publicación. Pero, puesto que no le ha sido solicitada, no procede hablar de publicación ni de retraso en la misma. Salvo que la entidad certificadora tuviera conocimiento de una causa de extinción anticipada al margen del titular.

Y en cuanto al **titular del certificado**, puede ocurrir que tenga un conocimiento de la puesta en peligro anterior, pero también posterior, al mal uso de la clave comprometida. Y también puede ocurrir que la causa de revocación sea debida a su propia negligencia o se haya producido pese a su extrema diligencia. En principio, y puesto que él asume la obligación de custodiar la clave privada, puede ser razonable que el titular del certificado afronte el mayor riesgo por mal uso de la clave privada durante este periodo, producido como consecuencia del incumplimiento de su obligación de custodia⁴. Se trataría

de aplicar una solución similar a la de la distribución de los riesgos derivados de la utilización de tarjetas de crédito (aun cuando en este caso no hay, en principio, tanta facilidad para la revocación), supuesto en el que doctrina y jurisprudencia admiten generalmente que es el titular de la tarjeta el que responde, en estos primeros momentos, del posible mal uso de la misma. Y ésta parece ser la solución a que conduce la regulación del Real Decreto-Ley cuyos criterios generales excluyen, como hemos visto, al tercero usuario y a la entidad certificadora de responsabilidad, por lo que finalmente ésta ha de ser asumida por el titular del certificado.

La cuestión es si responde sólo en aquellos casos en que haya incurrido en negligencia en la custodia de la clave privada que ha resultado comprometida o si ha de hacerlo en todo caso, con independencia de su actuación diligente o negligente. La segunda solución de responsabilidad por culpa es, en principio, más favorable para el titular del certificado, pues no habría de responder si su conducta fue diligente, o incluso simplemente si no fue negligente. Sin embargo, ello plantea la cuestión de quién asume entonces la responsabilidad por las consecuencias derivadas del mal uso de la clave privada que ha resultado comprometida sin culpa de su titular: ¿la entidad de certificación, que, en el fondo tiene interés en el desarrollo y aplicación del sistema, por lo que acaso podría asumir una cierta responsabilidad?, ¿o acaso el tercero usuario del certificado, que tendría que acabar asumiendo las consecuencias? Por contra, la primera opción de responsabilidad objetiva, supone que el titular del certificado habría de responder siempre, independientemente de cuál fuera su actuación. Se aplicaría, en este caso, una solución similar a la de distribución de los riesgos derivados de la utilización de tarjetas de crédito, supuesto en el que doctrina y jurisprudencia admiten generalmente que es el titular de la tarjeta el que responde, en estos primeros momentos, del posible mal uso de la misma. Y esta parece ser nuevamente la solución a que conduce la regulación del Real Decreto-ley cuyos criterios generales excluyen, como hemos visto, al tercero usuario y a la entidad certificadora de responsabilidad, por lo que finalmente esta ha de ser asumida por el titular del certificado sin exoneración alguna en caso de falta de negligencia.

Esta opción puede conducir a resultados excesivamente onerosos, especialmente en el caso de que el titular del certificado sea consumidor, pues tendría que responder siempre, independientemente de cuál fuera su actuación; resultados que podrían paliarse estableciendo limitaciones cuantitativas de

4 La Ley alemana de 2001 incide especialmente en la necesidad de mantener en secreto la clave privada; así, por ej., en la Sección 5 dedicada a la emisión de certificados reconocidos, en el apartado 4 se establece que el proveedor de servicios de certificación tomará las medidas necesarias para asegurar que los códigos de firma se mantienen en secreto, y se prohíbe su almacenamiento fuera de los dispositivos de creación de firma seguros; igualmente, la Sección 17, dedicada a los productos de firma electrónica, establece, en su apartado 3, que los componentes técnicos para los servicios de certificación contendrán previsiones para garantizar que los códigos de firma producidos y transferidos son únicos y secretos y excluyen el almacenamiento fuera de dispositivos de creación de firma seguros.

responsabilidad, o recurriendo al aseguramiento del riesgo asumido hasta una determinada cobertura, o estableciendo la posibilidad de liberarse de esa responsabilidad realizando determinadas actuaciones (solicitando la revocación de la tarjeta, y, en nuestro caso, del certificado), elementos aplicados actualmente en el sistema de tarjetas de crédito (recuérdese la limitación de 150 euros establecida en la Recomendación comunitaria sobre medios de pago de 1997, y recogida en la actualidad por la generalidad de cláusulas contractuales) y que consideramos no sólo igualmente aplicables al sistema de certificados sino especialmente necesarios en el seno del mismo, dada la imprevisibilidad del riesgo asumido, en esas condiciones, por el titular del certificado.

Por otra parte, en este ámbito de la responsabilidad, téngase en cuenta que en la aplicación de estos instrumentos paliativos sí podría ser relevante la actuación negligente o diligente del titular de la clave; de forma que, en caso de que la puesta en peligro de la clave privada se hubiera producido por negligencia grave de su titular, no se aplicara la limitación de responsabilidad y la cobertura aseguradora del riesgo ofrecida por la entidad de certificación a sus clientes titulares de certificados, limitación que sólo beneficiaría a aquellos titulares de certificados que no hubieran sido negligentes. Y dicha negligencia podría ser tenida en cuenta también por la entidad de certificación, que podría denegar la solicitud de emisión de un nuevo certificado a aquel solicitante que fue ya titular de un certificado anterior que hubo de ser revocado debido a la negligencia de su titular.

B) Periodo segundo y tercero: el compromiso se ha notificado pero todavía no se ha adoptado la decisión de revocación (periodo segundo), o, adoptada la decisión, todavía no se ha publicado (periodo tercero).

En estos periodos, una vez que ha tenido conocimiento de la puesta en peligro de la clave privada, el titular solicita la revocación del correspondiente certificado pero un tercero la utiliza, suplantando al titular, durante el periodo entre la petición de revocación del titular, y la adopción de la decisión y la inclusión en la lista por la entidad de certificación de la revocación del certificado.

A efectos de distribución del riesgo existente en este periodo, del **usuario del certificado**, igual que el periodo anterior, con los mismos argumentos y consideraciones, y criterios legales no se puede esperar que conozca el compromiso. Parece razonable que no le sea oponible un hecho que no ha tenido posibilidad de conocer. Lo que es confirmado claramente por el principio establecido en el art. 9.2 del Real Decreto español que vincula la eficacia de la extinción de un certificado a su publicación en el registro de certificados por parte del prestador. Y también, como hemos visto, aun cuando sea implícitamente, por la normativa comunitaria y alemana.

Se trata, por tanto, de distribuir el riesgo entre el **titular del certificado** y la **entidad de certificación**. En principio, el titular, como hemos visto en el periodo

anterior, asume, de entrada, la responsabilidad derivada del mal uso de la clave privada, de forma similar al titular de una tarjeta de crédito. No obstante, igual que en el sistema de tarjetas de crédito, el titular del certificado habría de poder liberarse de esa responsabilidad procediendo a comunicar el compromiso a la entidad de certificación y solicitando la revocación del certificado. Ello sería una carga del titular, una actuación que ha de realizar si quiere liberarse de esa responsabilidad inicial, trasladándola a la entidad de certificación; en caso contrario, deberá asumir las consecuencias que de su inactuación se deriven, es decir, seguirá siendo responsable del posible mal uso de la clave privada. El problema que se plantea es que, entre la comunicación y la revocación efectiva (y su publicación) existe, inevitablemente, un periodo temporal más o menos largo, que provoca la incertidumbre de quién responde durante el mismo. Es, en suma, el problema de determinar en qué momento exactamente el titular se libera de su responsabilidad inicial y la traslada a la entidad de certificación (problema también existente, aunque quizás no de forma tan acusada, en el sistema de tarjetas de crédito). Pues téngase en cuenta, en efecto, que una vez recibida la correspondiente solicitud, es imprescindible que la entidad de certificación confirme la solicitud de revocación, por lo que inevitablemente transcurrirá un intervalo materialmente inevitable entre la recepción de la solicitud y la decisión de revocación, y entre la decisión y la efectiva publicación de la revocación.

Y las soluciones posibles al respecto son diversas: en principio, cabe optar por que el responsable sea el titular, que no se vería liberado de responsabilidad hasta la publicación de la revocación; puede optarse por considerar más razonable que sea la entidad de certificación la que afronte el mayor riesgo por mal uso de la clave privada durante este periodo; o bien cabe considerar como elemento clave si la entidad de certificación actuó con la celeridad necesaria, cuestión que dependería de los usos de comercio, pero que es difícil cuando no hay usos y la tecnología varía rápidamente.

La mayoría de iniciativas legislativas en la materia no resuelven de forma correcta el tema de la distribución de riesgos durante el proceso de revocación del certificado. En algunos casos no abordan la cuestión, y si lo hacen parecen limitarse a la distribución de riesgos frente a terceros (que aparece conectada a la efectiva publicación de la revocación), pero no a la cuestión de la transmisión del riesgo entre titular y entidad de certificación, que prácticamente no ha sido contemplada (excepto en la Ley de Utah, y con los efectos que analizaremos a continuación).

Así, en Italia, el art. 1, h) del Reglamento italiano relativo a la formación, archivo y transmisión de documentos con instrumentos informáticos o telemáticos, define la revocación como la operación por la que el certificador anula la validez del certificado, a partir de un momento, no retroactivo, en adelante. El art. 9 regula el procedimiento de revocación, de tal forma que, conforme al art. 9, h), el certificador tiene la obligación de proceder *tempestivamente* a la revocación o suspensión del certificado en caso de solicitud del titular, o del tercero autorizado; y conforme al art. 9 i) tiene la

obligación de dar *inmediata publicación* de la revocación o suspensión del par de claves asimétricas. El art. 10.5 regula el uso de certificados expirados, revocados o suspendidos, estableciendo que la revocación tendrá efecto desde su publicación; la revocación o la suspensión, ambas motivadas, tienen efecto desde el momento de la publicación (salvo que el revocante, o el que solicita la suspensión, no demuestre que ya eran conocidas por todas las partes interesadas). Eficacia, ésta, que cabe entender frente a terceros, quedando por tanto sin regular la cuestión de la transmisión del riesgo entre titular del certificado y usuario.

Por su parte, la Ley de Utah, en su art. 307.2 de la Ley Utah (*time to effect requested revocation*) establece que “una autoridad de certificación con licencia confirmará la petición de revocación y revocará el certificado dentro del día hábil siguiente después de recibir tanto la petición escrita del suscriptor como una evidencia razonablemente suficiente para confirmar la identidad y la representación de la persona solicitante”. Conforme al art. 307.6, dos días después de que el suscriptor solicite la revocación por escrito y proporcione a la autoridad de certificación emisora información razonablemente suficiente para confirmar la petición, y pague cualquier tasa requerida contractualmente, se producirán los efectos de la revocación (cabe entender también que frente a terceros).

El art. 307.2 establece, por tanto, un plazo de un día para que la autoridad de certificación proceda a revocar un certificado. Y el art. 307.6 parece afrontar el problema de la falta de diligencia y celeridad de la autoridad de certificación, estableciendo que, transcurridos dos días, se producen en cualquier caso los efectos de la revocación. La regulación de Utah parece ser así una regulación más ajustada y concreta que la italiana, que tiene indeterminaciones temporales (pues, por ej., habla de revocación tempestiva y publicación inmediata). No obstante, obsérvese que del tenor literal de estos preceptos parece desprenderse que el cómputo del plazo de un día (o, en su caso, de dos) no es desde la recepción de la petición sino desde la confirmación de la petición por parte de la autoridad (y la aportación de pruebas para esa confirmación parece configurarse además como una carga del solicitante). De forma que, caso de que la autoridad de certificación no reciba evidencias razonablemente suficientes para la confirmación de la identidad del solicitante, no se iniciará el cómputo del plazo de un día (ni tampoco el de dos, previsto en el art. 307 como solución a la falta de celeridad de las autoridades de certificación, pues este segundo plazo tiene el mismo *dies a quo*), con lo que puede dilatarse excesivamente, e incluso indefinidamente la decisión de revocación efectiva.

Asimismo, la Ley alemana de 2001, en su Sección 8 (1) establece que el proveedor de servicios invalidará un certificado reconocido sin retraso si, entre otras circunstancias, el titular de un código de firma o su representante lo solicitan, debiendo la invalidación establecer el momento desde el que se aplica, sin que estén permitidas las invalidaciones con efecto retroactivo.

El art. 9.3 del Real Decreto-Ley español, tras vincular en el art. 9.2 la eficacia de la extinción del certificado a su publicación, establece, en primer lugar, la obligación del prestador de publicar la extinción de la eficacia del

certificado en el Registro que, conforme al art. 11.e), obligatoriamente ha de mantener todo prestador y en el que “figurarán las circunstancias que afecten a la suspensión o pérdida de vigencia de sus efectos”. A diferencia de otros ordenamientos, no exige celeridad en la publicación; únicamente el art. 12 establece que habrá de asegurarse la extinción o suspensión de la eficacia de los certificados emitidos, pero esta exigencia, aparte de tener una perspectiva eminentemente técnica, es de aplicación sólo a los prestadores que emitan certificados reconocidos.

En suma, las distintas soluciones y propuestas legislativas intentan resolver esta cuestión exigiendo genéricamente diligencia y rapidez en la actuación de la entidad de certificación, una vez recibida la petición de revocación, con el problema de determinar entonces cuando existe esa diligencia, cuestión que habría de resolverse según los usos que se vayan estableciendo y teniendo en cuenta la evolución de la tecnología. Y llegando incluso en algunos casos (Utah) a concretar un plazo temporal transcurrido el cual se traslada a la entidad de certificación la responsabilidad (caso de la Ley de Utah). De forma que, a contrario, cabe entender que, mientras tanto, sigue asumiendo la responsabilidad el titular (que incluso, como veremos, puede seguir asumiéndola una vez adoptada la decisión de revocar, e incluida la revocación en la lista correspondiente, mientras esa lista no pueda ser conocida por la comunidad de terceros usuarios de certificados).

No obstante, pese a no exigir esta celeridad en el cumplimiento de la obligación de publicar la extinción de la eficacia de un certificado, el art. 9.3 establece que el prestador responderá de los posibles perjuicios que se causen al signatario o a terceros de buena fe, por el retraso en la publicación. Por tanto, implícitamente se exige una celeridad en la publicación pues, en caso contrario, responderá en caso de retraso. Por tanto se vincula la responsabilidad del certificador a un concepto de contenido impreciso e indeterminado que habrá de ser apreciado caso por caso, con las dificultades e inseguridades que ello conlleva.

Por nuestra parte, entendemos que, en la zona de penumbra planteada en este periodo cabrían otras soluciones más satisfactorias, a las que podrían llegar las partes implicadas por la vía contractual, y entendiendo por ello cualquier norma legal al respecto de naturaleza dispositiva. Pues téngase en cuenta que, en el intervalo físicamente inevitable entre la recepción de la solicitud y la decisión de revocación, durante el que debe confirmar la petición, cabe entender que la entidad de certificación, mientras actúe diligentemente, quizá no sea la que deba asumir todavía el riesgo, aunque parece que tampoco deba serlo el titular, que ha actuado diligentemente solicitando la revocación, por lo que quizá sería uno de los supuestos adecuados para establecer una responsabilidad compartida. Asimismo, en el periodo que va entre la adopción de la decisión y la efectiva publicación de la revocación, cabe igualmente realizar las mismas consideraciones, por cuanto la entidad de certificación actúa correctamente y la dilación se debe, p.ej., a la periodicidad de las listas, pero también ha actuado de forma correcta el titular. Cuestión distinta es si la decisión de revocación y

la efectiva publicación de la misma se han retrasado por falta de diligencia y celeridad de la entidad de certificación, en cuyo caso debiera ser ella la que asumiera el riesgo.

- C) **Periodo cuarto: la decisión de revocación ha sido tomada y formalmente anunciada pero el usuario del certificado puede que no tenga medio de conocerlo todavía.**

En este periodo, la entidad de certificación ha revocado ya el certificado e incluso lo ha incluido en la correspondiente lista de certificados revocados o el directorio de certificados revocados. No obstante, obsérvese que, en función del sistema de comunicación utilizado, puede que la comunidad de usuarios no pueda conocer todavía la revocación. En esta situación, la cuestión de la distribución del riesgo depende del concreto sistema de revocación utilizado (y presumiblemente acordado por las partes):

a) Con el *sistema de listas de certificados revocados periódicas*, el **usuario del certificado** no conocerá de la revocación hasta que se emita la siguiente lista de revocación periódica. De forma que si, por ej., se adopta la decisión de revocar cuando se acaba de emitir la lista de certificados revocados A, la revocación no será efectivamente publicada hasta que se emita la lista de certificados revocados B. En estos casos, en la medida que no ha sido publicada y no puede ser conocida por terceros, entendemos que no se les puede oponer esta revocación a los terceros usuarios de certificados, a favor de los que habría de seguir jugando la presunción de ignorancia de lo no publicado.

Ello sería así aun en el caso extremo de que, por ej., emitiéndose las listas de revocación con una periodicidad de una hora, el usuario de un certificado confiara a las 12:59 horas en la lista emitida a las 12:00 horas, sin esperar a la lista que ha de emitirse a las 13:00, en la que puede que el certificado en cuestión estuviera ya revocado. En estos casos, algunos autores sostienen que para el interés del usuario del certificado lo mejor puede ser esperar hasta la emisión de la nueva lista de certificados revocados antes de concluir la transacción que utiliza la clave en cuestión. Sin embargo, entendemos que, si se quiere que estas listas sirvan verdaderamente para dar seguridad al tráfico basado en el sistema de certificados, la validez de la apariencia engendrada por las mismas debe aplicarse con todas sus consecuencias, sin que sea necesario y seguramente ni siquiera conveniente aconsejar al usuario que actúe de forma prudente esperando la lista siguiente, pues entonces se desvirtúa la función que se pretende dar a estas listas.

El problema es, nuevamente, quién asume el riesgo, y la responsabilidad derivada de la utilización, como si fuera válido, de un certificado que ya ha sido revocado, pero cuya revocación no ha sido todavía efectivamente publicada. Problema para cuya solución entendemos que pueden tenerse en cuenta las consideraciones realizadas para el periodo anterior.

b) Para un certificado para el que se haya establecido el sistema de *revocación inmediata*, puede ser razonable esperar que el usuario del

certificado conozca la revocación durante este periodo, por cuanto al no existir periodicidad en la emisión de listas, no existe dilación entre la inclusión de la revocación en una lista y la publicación de la lista, de forma que el usuario de certificados puede tener conocimiento de la revocación de forma instantánea. Por lo que, en este caso, si la revocación ha sido incluida ya en el directorio de certificados revocados, tal revocación le es oponible al tercero usuario, porque tenía la posibilidad de saberlo; por tanto, el **usuario de un certificado** tiene no la obligación pero sí la carga de realizar una consulta sobre el *status* del certificado; si no lo hace, se derivará para él la consecuencia negativa de que le será oponible dicha revocación.

Por tanto, las dudas de atribución de riesgos y responsabilidad en este periodo no existirían de aplicarse literalmente el art. 12.c) del Real Decreto español (y el anexo II, b de la directiva) que, como hemos señalado, establecen la exigencia de asegurar la extinción o suspensión de la eficacia de los certificados de forma segura e inmediata; por lo que no serían admisibles sistemas de comunicación de la revocación que no se caracterizasen por su inmediatez.

No obstante, téngase en cuenta que esta exigencia del art. 12.c) del Real Decreto español (igual que la del anexo II, b de la Directiva) no se aplica a todo prestador de servicios de certificación sino únicamente a aquellos que emitan certificados reconocidos; y como obligación general para todo prestador, y que será suficiente para aquel que no emita tales certificados, se exige simplemente un registro en el que figuren “las circunstancias que afecten a la suspensión o pérdida de vigencia de sus efectos”, sin exigencia alguna no ya respecto de la inmediatez sino de forma más simple sobre la rapidez del sistema. De forma que, al menos para los certificadores de certificados no reconocidos se mantiene la problemática en el periodo que ahora mencionamos. Y recordemos que la regulación del art. 9 español afecta a todo prestador (y a diferencia de la Sección 8 de la Ley alemana, que parece ser de aplicación únicamente a los emisores de certificados reconocidos).

D) Último periodo posterior a la publicación y efectiva difusión de la revocación.

La entidad de certificación ha cumplido ahora su cometido en la distribución de información sobre la revocación: se ha emitido la correspondiente lista periódica, se ha enviado la lista al usuario o se ha incluido la revocación en el directorio correspondiente. Si un **usuario de certificado** usa un certificado revocado de cualquier modo en este periodo, puede ser razonable que sea el usuario del certificado el que asuma las consecuencias que de ello se deriven. Pues, efectivamente, habría de ser oponible a este tercero la apariencia positiva derivada de estas situaciones, de tal forma que le sea oponible aquella revocación que ha tenido oportunidad de conocer por cuanto ha sido objeto de difusión efectiva. Por tanto, en definitiva, el usuario de un certificado tiene la carga de consultar la vigencia y validez del certificado, en caso contrario, puede tener que asumir determinadas consecuencias perjudiciales: los perjuicios derivados

de haber confiado en un certificado inválido por estar revocado, y haber sido publicada su revocación. Y así se desprende de los distintos preceptos de las normativas analizadas, que, explícita o implícitamente, vinculan la eficacia, y por tanto, la oponibilidad de la extinción, a la publicación (por ej., claramente el art. 9.2 del Real Decreto español, implícitamente la Sección 8 de la Ley alemana).

4. Conclusiones

En definitiva, a la vista de lo expuesto, resulta que las obligaciones de la entidad de certificación, el titular y el usuario de certificado respecto de la situación de revocación, y la distribución de responsabilidad en tal situación, son una cuestión compleja, que merece una atención rigurosa al establecer las prácticas de la entidad de certificación y los acuerdos entre las partes. En la medida que en estos primeros momentos de desarrollo del sistema de certificados, ni la práctica ni las leyes han establecido y resuelto todavía de forma clara la cuestión de los derechos y responsabilidades de cada parte (como hemos visto tanto las regulaciones nacionales del ámbito europeo analizadas como la comunitaria son parciales e insuficientes), es esencial e imprescindible que las reglas definitivas que controlen los hechos y consecuencias de la revocación se establezcan y acuerden por las partes.

Además, en la medida que la responsabilidad de las distintas partes puede variar en función de los periodos temporales, la resolución de discusiones y litigios sobre revocación también dependerá ampliamente de la exactitud con que el tiempo de los diversos hechos y acciones se conozca, de forma que la situación mejorará enormemente si las transacciones firmadas o los mensajes llevan sellos temporales de confianza.

Es, en suma, el problema temporal de fondo que tiene especial importancia en casos de revocación. En esta situación, es importante probar el momento exacto en que una clave fue revocada para evitar responsabilidad por los contratos firmados con la clave privada revocada. Pero puede ser igualmente importante poder probar el momento en que se firmaron esos contratos, porque si B ha robado la clave privada de A, y falsifica mensajes firmando con la misma y datándolos con una fecha previa a la del robo y revocación, ese mensaje se atribuirá a A, el cual no podrá alegar que fue firmado con posterioridad al robo (tras el cual él habrá procedido a la revocación, en su caso, del correspondiente certificado) y que, por tanto, no le es atribuible. Incluso el propio titular de la clave privada podría intentar valerse a su favor de este problema temporal, alegando, tras enviar un mensaje firmado a B, que en este caso es un simple receptor, que el mensaje no es vinculante puesto que fue realizado en fecha posterior a la de la pérdida o robo de la clave. Y es cierto que tanto el Real Decreto-Ley español (art. 12) como la directiva (anexo II) exigen garantía de la prueba del tiempo de pérdida de eficacia de un certificado, pero no del momento de firma de un mensaje electrónico. Con lo que, en última instancia, el problema sigue sin resolver⁵.

Resumen

La responsabilidad es una cuestión esencial pero todavía no resuelta en esta fase inicial de desarrollo comercial y legal de las entidades de certificación. En este artículo analizamos el tema de la responsabilidad de las distintas partes (básicamente el proveedor de servicios de certificación, el suscriptor y el usuario del certificado) en caso de revocación de un certificado, desde el punto de vista jurídico. El estudio está centrado principalmente en el contenido de la Directiva Europea sobre firma electrónica, la Ley española de firma electrónica y la nueva Ley alemana de firma electrónica, aprobada recientemente en mayo de 2001; pero también hacemos referencia a otras leyes (como la Ley de firma digital de Utah, o la normativa italiana de firma electrónica). Y finalizamos realizando una crítica de las reglas legales sobre responsabilidad en caso de revocación por su carácter incompleto.

Abstract

Liability is an essential but a non-resolved question in these initial stages of commercial and legal development of certification entities. In this article we analyze the question of liability of different parties (basically, the provider of certification services, the subscriber and the user of the certificate) in case of revocation of a certificate from a juridical point of view. The study is centered mainly in the content of the European Directive on electronic signatures, the Spanish Law on electronic signatures, and the new German Law on electronic signatures, recently approved in May 2001; but we also refer to other laws (such as Utah Digital Signature Law, or Italian law on electronic signatures). We conclude criticizing legal rules on liability in case of revocation because they are incomplete.

⁵ Cfr., más extensamente, respecto de la importancia del tiempo en el funcionamiento de la firma electrónica, MARTÍNEZ NADAL, A., y FERRER GOMILÁ, J. L., “El problema temporal del sistema de certificados”, *Revista de la Contratación Electrónica (RCE)*, nº 1, págs. 1 y ss.

La Directiva Europea sobre el Comercio Electrónico en Internet

Víctor Alberto Salgado Seguí*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y tipología del comercio electrónico. 3. Iniciativa europea de comercio electrónico. 4. Directiva sobre el Comercio Electrónico. 4.1. Estructura. 4.2. Objetivo y ámbito de aplicación. 4.3. Régimen de establecimiento e información de los prestadores de servicios. 4.4. Régimen de las comunicaciones comerciales. 4.5. Contratación electrónica. 4.6. Régimen de responsabilidad. 4.7. Disposiciones relativas a la aplicación de la Directiva y plazo de transposición.

I. Introducción

En la actualidad, asistimos a una auténtica revolución, como en su día fue la “revolución industrial”. Las tecnologías de telecomunicaciones se han sumado a la informática dando lugar a la *telemática* y a las redes de ordenadores, cuyo máximo exponente es la red Internet. Esto hace realidad que, por primera vez en la historia, un individuo tenga acceso potencial a todo el saber de la humanidad desde su propio hogar o centro de trabajo, así como la posibilidad de comunicarse con personas de todo el mundo. Un nuevo concepto de sociedad está emergiendo: es la *Sociedad de la Información*.

El Derecho no puede desconocer esta nueva situación. Como instrumento organizador de las relaciones sociales, debe dar respuesta a todas las nuevas cuestiones que surgen en su ámbito de acción, regulándolas *ex novo* o estudiando la posible inclusión en las figuras tradicionales, vía interpretación.

Asimismo, dado el fundamental carácter transnacional de la nueva *Sociedad de la Información*, la acción normativa a nivel estatal no es suficiente para regularla. En este ámbito, la Unión Europea tiene un papel fundamental, tanto para coordinar la acción de sus Estados miembros y armonizar sus legislaciones como para intervenir como interlocutor en los foros internacionales.

* Investigador de Derecho Informático en la Universidad de La Coruña. Abogado del bufete Pintos & Salgado. vsalgado@pintos-salgado.com.

Las empresas europeas no están al margen de esta revolución. Cada vez son más las que se introducen en el nuevo entorno de Internet, ofreciendo información sobre sus productos o servicios o, incluso, comerciando directamente a través de la Red.

En la actualidad, hay importantes divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea que pueden llegar a afectar el correcto funcionamiento del mercado interior en lo que respecta a los servicios prestados en la sociedad de la información. Veremos como, en algunos ámbitos, el Derecho comunitario tenderá a eliminar estas barreras jurídicas mediante la armonización legislativa y, así, establecer un mínimo marco regulador común en la materia.

2. Concepto y tipología del comercio electrónico

En los últimos años, y especialmente con el desarrollo de Internet, han ido apareciendo nuevas formas de hacer comercio. Inicialmente, estas actividades se limitaban al negocio entre empresas, pero posteriormente se extendió al resto de los agentes del mercado: consumidores y usuarios y administraciones públicas.

Este conjunto de actividades han venido recibiendo la denominación de *comercio electrónico*, por tanto podemos definirlo, en nuestra opinión, como *todo intercambio de bienes y servicios negociado, contratado o ejecutado a través de medios informáticos o telemáticos*.

Por su parte, la Comisión Europea se ha resistido a efectuar una definición genérica del comercio electrónico, únicamente se ha limitado a describirlo afirmando que consiste en “*realizar electrónicamente transacciones comerciales*” y que “*comprende actividades muy diversas como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea (on line sourcing), contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa*”¹.

Podemos considerar, como afirma la Comisión, la existencia de dos tipos fundamentales de comercio electrónico: el *comercio electrónico indirecto* y el *directo*.

En el caso del comercio electrónico indirecto, los pedidos de bienes o servicios se realizan por medios electrónicos, mientras que dichos bienes o servicios se proveen utilizando los medios tradicionales. Por ejemplo, la compra de un libro a través de Internet: el pedido lo realizamos mediante el correo electrónico o un formulario de una página Web, pero el libro nos lo remiten físicamente por correo ordinario.

Por el contrario, en el *comercio electrónico directo* tanto el pedido como el suministro de los bienes o servicios se realiza electrónicamente. Retomando

¹ COM (97) 157 final, pág. 7.

el ejemplo anterior, si en vez de un libro en formato tradicional lo adquiriéramos en formato electrónico, el suministro del mismo podría realizarse mediante su descarga a través de Internet en nuestro ordenador y el pago se nos cargaría en cuenta a través del número de nuestra tarjeta de crédito.

3. Iniciativa europea de comercio electrónico

El 16 de marzo de 1997, la Comisión publicó una Comunicación con el título de “*Iniciativa europea de comercio electrónico*”².

Por primera vez se ve en una iniciativa comunitaria la expresión “*comercio electrónico*”. Anteriormente, se le había denominado “*mercado de servicios de la información*” o “*servicios de la sociedad de la información*” para referirse sustancialmente al mismo concepto.

Asimismo, por vez primera se pretende, por la Comisión, estudiar la viabilidad de una regulación comunitaria que aborde el problema del comercio electrónico en su globalidad y en sus distintos aspectos jurídicos.

A estos efectos, la Comunicación señala cuatro principios que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de establecer un marco legislativo adaptable y adecuado sobre el comercio electrónico:

1. “*No regular por regular*”: fomento del principio de subsidiariedad y de la autorregulación de los diferentes sectores partícipes;
2. “*Cualquier reglamentación debe basarse en todas las libertades del mercado único*”;
3. “*Toda reglamentación ha de tener en cuenta las realidades comerciales*”, facilitando las transacciones comerciales en todos los niveles de la cadena comercial por igual;
4. “*Toda reglamentación debe satisfacer objetivos de interés general de manera efectiva y eficaz*”, como el derecho a la intimidad o la protección del consumidor y la amplia accesibilidad a las redes³.

Estos principios van a servir de base a lo que luego será la Directiva sobre comercio electrónico que analizaremos en el epígrafe siguiente.

4. Directiva sobre el Comercio Electrónico

Culminando el proceso de trabajos y consultas previas, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva para armonizar determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior el 23 de diciembre de 1998 (COM (1998) 586 final. Bruselas, 18 de noviembre de 1998).

Con esta normativa, la Comisión pretende corregir los problemas presentes y futuros, detectados en sus trabajos preliminares, originados por las diferencias

² Comunicación de la Comisión sobre una *Iniciativa europea de comercio electrónico*. COM (97) 157 final. Bruselas, 16 de marzo de 1997.

³ V. Nota N° 2, págs. 22 y 23.

legislativas entre los Estados miembros, para un correcto funcionamiento del mercado interior en lo que respecta al comercio desarrollado por vías telemáticas.

El 8 de junio de 2000, tras un largo debate interinstitucional entre el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y la propia Comisión, que conllevó diversas modificaciones del texto original, se aprobó finalmente la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre el Comercio Electrónico (DOCE n° L 178 de 17 de julio de 2000)⁴.

A continuación, entraremos a analizar los aspectos fundamentales de esta Directiva y sus consecuencias jurídicas más importantes para el ordenamiento jurídico español.

4.1. Estructura

En lo que respecta a su estructura, la Directiva está compuesta por 24 artículos distribuidos en cuatro Capítulos, divididos en Secciones, del siguiente modo:

- *CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES*
- *CAPÍTULO II: PRINCIPIOS*
 - *Sección 1: Régimen de establecimiento y de información*
 - *Sección 2: Comunicaciones Comerciales*
 - *Sección 3: Contratos por vía electrónica*
 - *Sección 4: Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios*
- *CAPÍTULO III: APLICACIÓN*
- *CAPÍTULO IV: DISPOSICIONES FINALES*

En este esquema, el Capítulo II sería el núcleo de la Directiva, en el cual se desarrollan las disposiciones fundamentales referidas a los distintos ámbitos de aplicación, separados en secciones: libertad de establecimiento e información exigida para los prestadores de servicios; comunicaciones comerciales o publicidad telemática; contratación electrónica y régimen de responsabilidad de los actores.

4.2. Objetivo y ámbito de aplicación

Dentro del Capítulo I referido a las “*Disposiciones generales*”, el artículo 1 se encarga de definir el objetivo y el ámbito de aplicación de la Directiva comunitaria sobre el comercio electrónico.

⁴ Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). *Diario Oficial*, n° L 178, de 17 de julio de 2000.

El párrafo primero de dicha disposición señala que el objetivo fundamental de la Directiva es “*garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior; y especialmente, la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros*”.

De este modo, la Comisión pretende garantizar que, tras la entrada en vigor de la Directiva, los servicios ofrecidos en la sociedad de la información puedan gozar totalmente de la libre prestación de servicios entre los Estados miembros de la Unión Europea, así como su extensión al Espacio Económico Europeo (EEE)⁵.

Sin embargo, el párrafo 4 del artículo 3 de la Directiva admite que un Estado miembro pueda establecer medidas de restricción a la libre circulación de servicios de la sociedad de la información siempre que dichas medidas sean necesarias para:

- a. El mantenimiento del orden público⁶;
- b. La protección de la salud pública;
- c. La seguridad pública o
- d. La protección de los consumidores.

Asimismo, dichas medidas deberán cumplir las siguientes condiciones:

- 1ª. Que se respete el ordenamiento jurídico comunitario.
- 2ª. Que el servicio afectado por la restricción vaya en detrimento de los objetivos anteriores o represente un riesgo serio y grave de hacerlo.
- 3ª. Que el Estado, previamente:
 - Haya instado previamente al Estado originario del servicio y éste no haya actuado, y
 - Haya notificado la medida a la Comisión y al Estado originario del servicio.

Para cumplir con el objetivo fijado en el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva, el apartado 2 señala los ámbitos de la sociedad de la información que deben ser armonizados, en la legislación de los Estados miembros, por su afectación del funcionamiento del mercado interior. Dichos ámbitos son los siguientes:

1. El establecimiento de los prestadores de servicios;
2. Las comunicaciones comerciales;
3. Los contratos por vía electrónica;
4. La responsabilidad de los intermediarios;
5. Los códigos de conducta;
6. Los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios;
7. Los recursos judiciales, y
8. La cooperación entre los Estados miembros.

⁵ COM (1998) 586 final. Bruselas, 18 de noviembre de 1998, pág. 20.

⁶ Especialmente, en lo que se refiere a la protección de los menores y a las campañas de discriminación por razón de la raza, sexo, religión o nacionalidad. (V. nota nº 4. Letra a) del apartado 4 del artículo 3).

Estos sectores de regulación están destinados a completar el acervo comunitario preexistente, sin afectar el nivel de protección establecido en favor de la salud pública y de los consumidores.

El apartado 5, por su parte, designa expresamente los ámbitos excluidos por la aplicación de la Directiva. En concreto, su apartado 1 señala los siguientes:

- a. Ámbito de la fiscalidad;
- b. Ámbito de aplicación de las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE, sobre protección de datos;
- c. Ámbito de los Acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles, y
- d. Las siguientes actividades de los servicios de la sociedad de la información:
 - Actividades de notaría;
 - Representación y defensa de un cliente ante la justicia, y
 - Actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario, incluidas apuestas y loterías.

4.3. Régimen de establecimiento e información de los prestadores de servicios

El Capítulo II de la Directiva sobre comercio electrónico lleva por título “Principios” y en él se recogen las disposiciones referentes a los principales ámbitos descritos en el artículo 1.

El primero de dichos ámbitos está regulado por la Sección 1 del Capítulo II, sobre el “Régimen de establecimiento y de información” de los prestadores de servicios en la sociedad de la información, compuesta por los artículos 4 y 5 de la Directiva.

Se distinguen dos partes, por tanto, dentro del régimen aplicable a los prestadores de servicios:

1. Por un lado, en lo que se refiere a su libertad de establecimiento, tratado por el artículo 4, y
2. Por otro lado, sobre la información general exigida en el servicio ofrecido, regulada en el artículo 5.

4.3.1. Libertad de establecimiento:

Con el fin de que también en la sociedad de la información tenga cumplimiento el principio de *libertad de establecimiento* consagrado por el artículo 43 (antiguo 52) del Tratado de la Comunidad Europea⁷, la Directiva determina el

⁷ Tratado de la Comunidad Europea, tal y como ha quedado modificado tras el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, en su versión consolidada. El artículo 43 (antiguo 52) dispone lo siguiente:

principio de no autorización previa para el establecimiento de los prestadores de servicios en dicho entorno.

El objetivo es garantizar que cualquier operador, empresa o trabajador autónomo pueda prevalerse de un “*derecho al sitio*”, tal y como lo describe la Comisión, en el momento en que decida prestar un servicio a través de las nuevas tecnologías como Internet.

De este modo, el apartado primero del artículo 4 de la Directiva afirma que “*los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes*”.

La prohibición a los Estados de establecer un régimen de autorización previa, no sólo abarca a los procedimientos formales que tengan tal finalidad, sino que también *incluye* cualquier otro tipo de medidas o requisitos que pudieran tener el mismo efecto “*como, por ejemplo*”, afirma la Comisión, “*el requisito de esperar a recibir un acuse de recibo tras una declaración*”⁸.

Sólo se admiten dos excepciones en que se podrían determinar regímenes de autorización previa para el establecimiento de los prestadores de servicios en la sociedad de la información. Vienen reguladas en el apartado segundo del artículo 4 y son las siguientes:

- 1ª. Regímenes de autorización que no tengan como objetivo específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información, y
- 2ª. Los regímenes de autorización que estén cubiertos por la Directiva 97/13/CE sobre los servicios de telecomunicaciones⁹.

En la primera excepción entrarían los requisitos o procedimientos, por ejemplo, de cualificación profesional o de inscripción en un Colegio Oficial exigidos para el ejercicio de una determinada actividad en el Estado miembro de establecimiento, siempre que no estén destinados únicamente al ejercicio de dicha actividad en el entorno específico de Internet.

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

⁸ V. Nota nº 5, pág. 23.

⁹ Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial*, nº L 117, de 7 de mayo de 1997, pág. 7.

4.3.2. Régimen de información:

El artículo 5 de la Directiva determina la información mínima exigida a los prestadores de servicios en la sociedad de la información para que pueda ser accesible por los destinatarios y las autoridades competentes.

Dicha información, en base al apartado 1 del artículo 5, deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Se debe ofrecer en el servicio prestado en la sociedad de la información;
2. Su localización debe ser sencilla y directa¹⁰, y
3. Debe estar permanentemente accesible.

Asimismo, la información ofrecida debe versar, como mínimo, sobre los siguientes extremos:

- 1º Nombre del prestador de servicios;
- 2º Dirección en que está establecido el prestador de servicios;
- 3º Datos que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico;
- 4º Si el prestador de servicios está inscrito en un registro mercantil u otro registro público similar, nombre de dicho registro y número de inscripción asignado en él al prestador de servicios;
- 5º Si una determinada actividad está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la autoridad de supervisión correspondiente;
- 6º Por lo que se refiere a las profesiones reguladas:
 - Si el prestador de servicios pertenece a un colegio profesional o institución similar, datos de dichos colegio o institución;
 - Título profesional expedido y el Estado miembro en que se expidió, y
 - Normas profesionales aplicables en el Estado miembro en que esté establecido y medios de acceso a las mismas.
- 7º Si el prestador de servicios ejerce una actividad gravada por el IVA, el número de IVA con el que está registrado en la administración de hacienda que le corresponda.
- 8º En caso de que los servicios ofrecidos sean remunerados, deberán indicarse los precios de los mismos de forma precisa e inequívoca y, en particular, si están incluidos los impuestos y gastos de envío¹¹.

¹⁰ Con relación a la accesibilidad de la información, la Comisión precisa, refiriéndose a los servicios prestados a través de una página Web en Internet, que *“basta para cumplir esta condición la presencia de un icono o logotipo que tenga un hipervínculo hacia una página que contenga esta información y que sea visible en el conjunto de las páginas del sitio”*. (V. Nota nº 5, pág. 24).

¹¹ A estos efectos, se debe señalar que, para el cumplimiento de esta exigencia, los precios deben ir consignados en euros, como mínimo. (V. Nota nº 5, pág. 24).

A esta información mínima se añade la exigida por las legislaciones de los Estados miembros y la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia¹². Esta norma comunitaria hacía referencia a la información que se debe aportar en las relaciones contractuales, pero dejaba una laguna para los casos en que no había un contrato entre las partes; esta Directiva sobre comercio electrónico viene a colmar este vacío.

4.4. Régimen de las comunicaciones comerciales

El segundo ámbito que regula la Directiva sobre comercio electrónico es el de las comunicaciones comerciales en la sociedad de la información. La Sección 2 del Capítulo II de dicho proyecto normativo es la encargada de esta tarea.

Antes de entrar en el análisis de los artículos, conviene señalar el concepto de comunicación comercial apuntado en el artículo 2: “*Todas las formas de comunicación destinadas a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas*”. De este modo, la Comisión pretende abarcar cualquier forma de publicidad en el ámbito de las nuevas tecnologías.

En el tratamiento que hace la Directiva sobre las comunicaciones comerciales, podemos distinguir dos áreas de regulación:

1. Sobre la información general necesaria, y
2. Sobre las profesiones reguladas.

A continuación veremos cada una de ellas:

4.4.1. Información exigida:

El artículo 6 de la Directiva señala el contenido mínimo de la información que debe contenerse en las *comunicaciones* comerciales difundidas respecto a los servicios de la sociedad de la información. Está formado por los siguientes elementos:

- 1º. Identificación clara del carácter de comunicación comercial.
- 2º. Identificación de la persona física o jurídica en nombre de la cual se realiza dicha comunicación.
- 3º. Especificación clara de las ofertas de promoción (descuentos, primas, regalos, etc.), así como un fácil acceso a las condiciones necesarias para beneficiarse de ellas expuestas de un modo claro e inequívoco.
- 4º. Asimismo, lo dispuesto en el párrafo anterior respecto a los concursos o juegos de promoción.

¹² *Diario Oficial*, nº L 144, de 4 de junio de 1997, pág. 19.

El artículo 7 de la Directiva hace referencia a las comunicaciones comerciales no solicitadas que habitualmente se realizan por medio del correo electrónico. Esta práctica, que recibe el nombre de “spamming”, no se destina únicamente al correo electrónico sino que también aparece en los grupos de debate o “news” y es considerada como de mala educación de acuerdo a los códigos de conducta o la “netiquette” de Internet.

Dicho artículo, por su parte, deja en manos de los Estados miembros la prohibición de esta práctica pero sí exige que las comunicaciones comerciales no solicitadas y hechas por correo electrónico deberán estar identificadas como tales de forma clara e inequívoca en el momento mismo en que el destinatario las reciba.

Para una adecuada protección del consumidor se han de tener en cuenta las disposiciones ya existentes en el apartado 2 del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE¹³ y en el apartado 2 del artículo 12 de la Directiva 97/66/CE sobre protección de datos en el sector de las telecomunicaciones.

El objeto de esta disposición es que el destinatario pueda darse cuenta del carácter publicitario de un mensaje de correo electrónico sin necesidad de “abrirlo”. Generalmente, esto se materializará mediante una indicación textual en el “*subject*” o línea de título presente en el formato estándar de un “*e-mail*”.

4.4.2. Comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas:

Si bien la Comisión respeta la competencia estatal para establecer los regímenes de las profesiones reguladas, estima que es necesaria una cierta armonización en lo que respecta de las comunicaciones comerciales de dichos profesionales en el ámbito de la sociedad de la información.

Así, el artículo 8 de la Directiva sobre comercio electrónico determina que los Estados miembros deberán permitir el uso de las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y dispondrán que dicha comunicación estará condicionada al respeto de las normas profesionales sobre independencia, dignidad y honor de la profesión, así como las relativas al secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas¹⁴.

Por tanto, esta disposición instaura un *principio general de autorización* para las profesiones reguladas con el fin de que puedan prestar sus servicios en la sociedad de la información sin ningún tipo de traba de carácter normativo o deontológico.

Esta autorización se realiza sin perjuicio del respeto de las siguientes normas profesionales:

- 1- Las relativas a la independencia, dignidad y honor de la profesión;
- 2- Las referidas al secreto profesional, y
- 3- A la lealtad con los clientes y colegas.

¹³ *Diario Oficial*, n° L 144 de 4 de junio de 1997, pág. 19.

¹⁴ V. Nota n° 4, apartado 1 del artículo 8.

Con el fin de que se cumplan estas normas a nivel comunitario, el apartado 2 del artículo 8 implica a las asociaciones y organismos profesionales, como son los Colegios Oficiales, en la elaboración de Códigos de Conducta con vigencia en toda la Unión Europea que precisen los datos que podrán facilitarse en la prestación de servicios de las profesiones reguladas en la sociedad de la información.

Entre los datos que se podrían regular, en opinión de la Comisión, están los siguientes:

- a. La indicación de las especialidades;
- b. El señalamiento de las tarifas;
- c. Ilustraciones, fotografías y logotipos;
- d. Casos resueltos, con el acuerdo de los clientes;
- e. La cita de algunos de sus clientes, y
- f. La valoración de los propios clientes por los servicios prestados¹⁵.

Sin embargo, ante esta aparente promoción de la autorregulación por parte de la Directiva, la Comisión, en el tercer apartado del mismo artículo, se reserva la posibilidad de intervenir¹⁶ y precisar los datos a que se hace referencia en el apartado 2. Esto, en nuestra opinión, se puede entender como una intromisión en la competencia de los propios profesionales para fijar sus propias normas deontológicas y de ejercicio a través de sus representantes en las agrupaciones.

4.5. Contratación electrónica

La Sección 3 del Capítulo II de la Directiva sobre el comercio electrónico trata sobre los contratos celebrados por vía electrónica. Se compone de los artículos 9 a 11 que tratarán de armonizar una serie de cuestiones en esta materia para el correcto desarrollo de la sociedad de la información.

Estas disposiciones se complementan con la Directiva por la que se establece un marco común para la firma electrónica¹⁷ destinada a asegurar la plena validez jurídica de los contratos electrónicos mediante la identificación segura de las partes y de su contenido.

En principio, el artículo 9 de la Directiva, establece la obligación de los estados miembros de admitir validez jurídica plena, en sus legislaciones, a los contratos celebrados por vía electrónica¹⁸.

¹⁵ V. Nota nº 5, pág. 25.

¹⁶ V. Nota nº 4 en base al apartado 3 del artículo 8:

“Cuando sea necesario para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y teniendo en cuenta los códigos de conducta aplicables a nivel comunitario, la Comisión, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 23, podrá precisar los datos a que se hace referencia en el apartado 2”.

¹⁷ Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. *Diario Oficial*, nº L 13, de 19 de enero de 2000.

¹⁸ V. Nota nº 4. Según dispone el apartado 1 del artículo 9:

“Los Estados miembros velarán por que su legislación haga posibles los contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán, en concreto, que el régimen jurídico aplicable

Para el correcto cumplimiento de esta obligación, la Comisión señala que las autoridades nacionales deberán:

- Suprimir las disposiciones que prohíban o limiten de manera manifiesta la utilización de las vías electrónicas;
- No impedir la utilización de determinados sistemas electrónicos como los agentes electrónicos inteligentes;
- No otorgar al contrato por vía electrónica un efecto jurídico escaso, que supondría favorecer en la práctica la utilización de contratos en papel, y
- Adaptar los requisitos formales que no puedan cumplimentarse por vía electrónica o, con más frecuencia, que generan inseguridad jurídica porque pueden interpretarse o aplicarse al contrato por vía electrónica de manera ambigua¹⁹.

Como excepción a la aceptación de la validez jurídica de los contratos electrónicos, se admiten las siguientes categorías de contratos que los Estados miembros podrán excluir de dicha aceptación:

- a) Los que requieran la intervención de un notario;
- b) Los que, para ser válidos, deban registrarse ante una autoridad pública;
- c) Los sujetos al derecho de familia, y
- d) Los sujetos al derecho de sucesiones²⁰.

Cualquier excepción que establezcan los Estados, basada en las categorías precedentes, deben comunicarla a la Comisión, la cual podrá controlar el cumplimiento correcto de la transposición de esta disposición.

Asimismo se admite la posible modificación de la lista del apartado 2 del artículo 9 por la Comisión, siguiendo el procedimiento del artículo 23²¹, que dispone la intervención de los Estados miembros en dicha decisión.

al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”.

¹⁹ “Estos son algunos ejemplos de requisitos formales que los Estados miembros deberán examinar y, si procede, adaptar:

Requisitos relativos al soporte físico del proceso contractual: *presentación en “papel”, presentación por “escrito”, envío de una “carta” (carta de confirmación, declaración de intenciones), presentación de un “documento”, uso de un “impreso” concreto, posesión de un “original” del contrato, posesión de un determinado “número de originales” (por ejemplo, uno para cada parte), haber sido “impreso” o “publicado”.*

Requisitos relativos a la presencia humana: *negociarse o celebrarse con personas físicas o en presencia de ambas partes, negociarse o celebrarse en lugares concretos.*

Requisitos relativos a la participación de terceros: *realizarse o autenticarse ante notario, celebrarse en presencia de testigos, registrarse o depositarse ante alguna persona o autoridad”.* (V. nota nº 5, pág. 26).

²⁰ V. nota nº 4, apartado 2 del artículo 9.

²¹ V. nota nº 4 el artículo 23 dictamina lo siguiente:

“Asistirá a la Comisión un Comité Consultivo compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el Representante de la Comisión.

El artículo 10 de la Directiva establece una serie de garantías para la celebración del contrato por vías telemáticas, entre ellas destaca la obligación del prestador de servicios de informar previamente sobre las modalidades de su formulación y, en concreto, sobre:

- a) Los pasos que hay que dar para celebrar el contrato;
- b) Si el contrato se archiva o no, una vez celebrado, y en qué condiciones se accede a él, y
- c) Qué medios existen para corregir los errores de manipulación²².

Sólo se eximirá al prestador del servicio de esta obligación por acuerdo expreso de las partes intervinientes en el contrato y siempre que las mismas fueran todas “profesionales”. Cabe entender, en nuestra opinión, que solo se admitirá el pacto en contra de esta exigencia impuesta por la Directiva en los contratos puramente “mercantiles” y no los celebrados con particulares o consumidores.

Otra cuestión tratada por la Directiva es la que se refiere al momento en que se considera celebrado el Contrato²³. Al hallarnos ante contratos celebrados a distancia, esta determinación es fundamental para determinar cuándo surgen los derechos y obligaciones derivadas de los mismos.

El apartado 1 del artículo 11 dispone que “*cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos –como por ejemplo, clicar sobre un icono para aceptar la oferta de un prestador de servicios–, se aplicarán los siguientes principios:*

- a) *El contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio:*
 - *haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio, y*
 - *haya confirmado la recepción del acuse de recibo;*
- b) *Se considerará que el acuse de recibo ha sido recibido y que la confirmación está hecha cuando las partes a las que vayan dirigidos puedan tener acceso a ellos;*
- c) *El acuse de recibo del prestador de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible”.*

El representante de la Comisión presentará al Comité un proyecto de las medidas que se hayan de adoptar. El Comité emitirá su dictamen sobre dicho proyecto en un plazo que el presidente podrá determinar en función de la urgencia de la cuestión de que se trate, por votación cuando sea necesario.

El dictamen se incluirá en el acta; además, cada Estado miembro tendrá derecho a solicitar que quede constancia en acta de su posición.

La Comisión tendrá en la máxima consideración el dictamen emitido por el Comité e informará al Comité de la forma en que ha tenido en cuenta este dictamen”.

²² V. nota nº 4. Apartado 1 del artículo 10.

²³ Cfr. BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*. Dykinson, Madrid, 1998.

Asimismo, el prestador del servicio está obligado a poner a disposición del destinatario los medios adecuados para permitirle conocer sus errores de manipulación y corregirlos. Esto se suele hacer ya en la práctica mediante páginas Web de confirmación de datos introducidos en un formulario o mensajes de correo electrónico con idéntico contenido, de modo que el destinatario pueda repasar y modificar aquellos datos que no sean correctos.

4.6. Régimen de responsabilidad

La Sección 4 del Capítulo II de la Directiva sobre comercio electrónico aborda el tema de la “*Responsabilidad de los intermediarios*” en el sentido de fijar los límites a la responsabilidad de los prestadores de servicios en la sociedad de la información, cuando éstos actúan como intermediarios en hechos ilícitos cometidos por sus clientes.

Es frecuente que en la sociedad de la información, concretamente en lo que se refiere a Internet, se cometan actos ilícitos tales como piratería contra derechos de autor, apología del delito, destrucción de información, robo de datos, fraude, publicidad engañosa, etc. En muchas ocasiones, los autores de tales hechos son difícilmente perseguibles e identificables por las autoridades competentes a través de la Red.

Ante esta aparente impunidad, algunas administraciones estatales han optado por exigir responsabilidades a los operadores de telecomunicaciones o proveedores de Internet, más fácilmente identificables, que dieron soporte a los hechos ilícitos imponiéndoles una obligación de control sobre la información que transmiten o almacenan.

Esta situación afecta al mercado interior ya que provoca deslocalizaciones de los prestadores de servicios en busca del régimen jurídico nacional menos exigente en esta materia. Por ello, la Comisión estima necesario armonizar los límites de la responsabilidad de dichos operadores en todos los Estados miembros.

Dicha armonización no afecta al régimen sustantivo de las legislaciones nacionales, que fijarán en última instancia las condiciones y cuantía de dicha responsabilidad, una vez determinada su existencia en base a los mínimos establecidos por la normativa comunitaria²⁴.

Como principio general, el artículo 15 de la Directiva sobre comercio electrónico exige a los prestadores de servicios de la obligación de supervisar los datos que transmitan o almacenen en sus sistemas, salvo mandato de la autoridad competente en determinados supuestos, como una investigación penal²⁵.

24 V. nota nº 5, pág. 28.

25 V. nota nº 4. El artículo 15 señala que:

“No existencia de obligación de supervisión

1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12 y 14.

Ante esta ausencia de un deber general de control por parte de los operadores de la sociedad de la información la responsabilidad por los actos ilícitos cometidos a través de sus servicios solamente podrá serles atribuida en función de determinados supuestos tasados por la Directiva. Estos requisitos varían en función de la naturaleza del servicio que preste el operador:

a) Mero transporte de la información o “*mere conduit*”:

El apartado 1 del artículo 12 de la Directiva define esta prestación como el “*servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar un acceso a la red de comunicaciones*”²⁶.

En este caso, el prestador realiza un mero papel pasivo al servir de soporte para la transmisión de los datos del cliente, a través de las redes de comunicación. Un ejemplo claro lo hallamos en las Operadoras de Telecomunicaciones que poseen la infraestructura para el acceso a Internet.

En base a dicho artículo 12, los prestadores de este servicio están exentos de toda responsabilidad por los datos transmitidos, admitiéndose las siguientes excepciones:

1. Que dicha transmisión se haga incumpliendo una acción de cesación;
2. Que no haya originado él mismo la transmisión;
3. Que no seleccione al destinatario de la transmisión, o
4. Que no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

b) Almacenamiento temporal de datos o “*Caching*”:

En base al artículo 13, este supuesto contempla el “*almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información a petición de otros destinatarios del servicio*” de transmisión de datos por red de comunicaciones.

Este almacenamiento se realiza, únicamente, con el fin de aumentar el rendimiento y rapidez de las redes digitales al permitir el acceso a los contenidos de terceros por los destinatarios del servicio sin necesidad de ir a buscarlos al servidor original²⁷.

2. El apartado 1 se entenderá sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión, selectiva y transitoria, que las autoridades judiciales del país soliciten a tenor de lo dispuesto en la legislación nacional, cuando resulte necesario para garantizar la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública y para prevenir, investigar, detectar y perseguir infracciones penales”.

²⁶ Asimismo, estas “*actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión*”. (V. nota nº 4, apartado 2 del artículo 12).

²⁷ Este “*system caching*” es muy frecuente en Internet utilizándose, sobre todo, para el acceso rápido a páginas Web mediante copias temporales de las mismas que realiza periódicamente el servidor local. Por ejemplo, si un usuario quiere acceder a la página Web

En este caso y en base al artículo 13 de la Directiva, tampoco se podrá considerar responsable al operador por el contenido de estas copias temporales, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que dicho almacenamiento no se realice incumpliendo una acción de cesación;
2. Que el prestador del servicio no modifique la información;
3. Que el prestador del servicio respete las condiciones de acceso a la información;
4. Que el prestador del servicio respete las normas relativas a actualización de la información, indicadas de forma coherente con las normas del sector;
5. Que el prestador del servicio no interfiera en la tecnología, coherente con las normas del sector, que se utilice con el fin de obtener datos sobre utilización de la información, y
6. Que el prestador del servicio actúe con prontitud para retirar la información o hacer que el acceso a ella sea imposible en cuanto tenga conocimiento efectivo de uno de los hechos siguientes:
 - Que la información haya sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente,
 - Que se haya hecho imposible acceder a dicha información, o
 - Que la autoridad competente ha ordenado retirar esta información o ha prohibido que se acceda a ella.

c) Alojamiento de información:

Esta actividad viene definida por el artículo 14 como el “*servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio*”.

El ejemplo paradigmático de este servicio es el alojamiento de páginas Web de empresas o particulares en un servidor del operador para que sea accesible por terceros a través de Internet.

En este supuesto, el prestador de servicios puede ser considerado como responsable del contenido de la información almacenada en su sistema, en virtud del artículo 14 de la Directiva, salvo que se cumplan las siguientes condiciones, sin perjuicio de un posible incumplimiento de la acción de cesación:

1. Que el prestador de servicios no tenga realmente conocimiento de que la actividad es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que una actividad revele su carácter ilícito, o
2. De que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso

informativa de la CNN, frecuentemente visualizará una copia exacta de la original, almacenada en su proveedor español, sin necesidad de esperar a que se descargue del servidor original de los Estados Unidos.

a ellos sea imposible²⁸.

4.7. Disposiciones relativas a la aplicación de la Directiva y plazo de transposición

El Capítulo III de la Directiva sobre comercio electrónico recoge una serie de disposiciones para garantizar una óptima y eficaz “*Aplicación*” de dicha norma comunitaria en los Estados miembros, con relación al *principio del país de origen* establecido en el artículo 3.

Las medidas abordadas por la norma comunitaria para ser aplicada y lograr con ello un correcto funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta al comercio en la sociedad de la información, son las siguientes:

- a) Fomentar la elaboración de *códigos de conducta* a nivel comunitario²⁹.
- b) Velar por la *solución extrajudicial de litigios*, incluso mediante procedimientos por vía electrónica³⁰.

²⁸ Estas condiciones eximentes no se aplicarán “*cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios*”. (V. nota nº 4, apartado 2 del artículo 14).

²⁹ V. nota nº 4. El artículo 16 dispone que:

“1. *Los Estados miembros y la Comisión fomentarán:*

a) *la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de las asociaciones u organizaciones profesionales, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15;*

b) *el envío a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario para examinar si son compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario;*

c) *la posibilidad de que se pueda acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias;*

d) *la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión por las asociaciones u organizaciones profesionales de las evaluaciones que hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y de su impacto en las prácticas, hábitos o costumbres relacionados con el comercio electrónico.*

2. *En los asuntos que les afecten, las asociaciones de consumidores deberán participar en el proceso de elaboración y aplicación de los códigos de conducta elaborados en el marco de la letra a) del apartado 1”.*

³⁰ V. nota nº 4. El artículo 17 señala que:

“1. *Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario de los mismos, su legislación permita utilizar de forma efectiva mecanismo de solución extrajudicial, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.*

2. *Los Estados miembros velarán por que los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo respeten el ordenamiento jurídico comunitario y apliquen los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia del procedimiento, legalidad de la decisión, libertad de las partes y representación.*

3. *Los Estados miembros incitarán los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios a que informen a la Comisión de las decisiones que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información y de todos los demás datos sobre prácticas, hábitos o costumbres relacionados con el comercio electrónico”.*

- c) Asegurar, asimismo, el acceso a *recursos judiciales* eficaces, por procedimiento sumario, con la posibilidad de adoptar medidas cautelares³¹.
- d) Fomentar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros, tanto desde un punto de vista informativo como asistencial³².
- e) Establecer, a nivel nacional, un régimen de *sanciones* efectivo, proporcional y disuasorio contra las transgresiones de las normas de transposición de la Directiva³³.

³¹ V. nota nº 4. El artículo 18 dice lo siguiente:

“1. Los Estados miembros velarán por que las actividades de servicios de la sociedad de la información puedan ser objeto de recursos judiciales eficaces que permitan adoptar, en el plazo más breve posible y por procedimiento sumario, medidas dirigidas a solucionar la transgresión alegada y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados.

2. Aquellos actos contrarios a las disposiciones nacionales por las que se transponga lo dispuesto en los artículos 5 a 15 de esta Directiva y que vayan en menoscabo de los intereses de los consumidores constituirán una infracción a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/27/CE (19)”.

³² V. nota nº 4. El artículo 19 asevera que:

“1. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales competentes dispongan de los adecuados poderes de control e investigación que resulten necesarios para aplicar de forma eficaz la presente Directiva y por que los prestadores de servicios comuniquen a dichas autoridades la información necesaria.

2. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales competentes cooperen con las autoridades nacionales de los demás Estados miembros y, para ello, designarán a una persona de contacto, cuyos datos comunicarán a los demás Estados miembros y a la Comisión.

3. Los Estados miembros facilitarán en el plazo más breve posible la ayuda y la información que le solicite la autoridad de otro Estado miembro o la Comisión, utilizando incluso las vías electrónicas adecuadas.

4. Los Estados miembros crearán en sus administraciones puntos de contacto accesibles por vía electrónica y a los que los destinatarios de un servicio y los prestadores de servicios puedan dirigirse para:

- a) conseguir información sobre sus derechos y obligaciones contractuales;*
- b) obtener los datos de las autoridades, organizaciones o asociaciones de quienes los destinatarios del servicio pueden obtener información sobre sus derechos y ante quienes presentar reclamaciones, y*
- c) conseguir ayuda en caso de litigio.*

5. Los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes informen a la Comisión de las decisiones administrativas y judiciales que se tomen en sus respectivos territorios sobre litigios relativos a los servicios de la sociedad de la información y de las prácticas, hábitos y costumbres relacionados con el comercio electrónico.

6. La Comisión precisará las modalidades de la cooperación entre autoridades nacionales contemplada en los apartados 2 a 5 siguiendo el procedimiento dispuesto en el artículo 23.

7. Los Estados miembros podrán pedir a la Comisión que ésta convoque urgentemente al Comité dispuesto en el artículo 23 para examinar las dificultades de aplicación del apartado 1”.

³³ V. nota nº 4. El artículo 21 dispone lo siguiente:

“Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las transgresiones de las disposiciones nacionales que se adopten en aplicación de la presente Directiva y tomarán cualquier medida necesaria para garantizar su aplicación. Estas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros notificarán estas

En lo que respecta al plazo de transposición al Derecho interno, el artículo 25 de la Directiva señala el de *un año* a partir de su notificación por la Comisión a la que, a su vez, el Estado miembro deberá comunicar la norma nacional adoptada al efecto.

Resumen

La legislación nacional no es suficiente para regular el fenómeno global de Internet, la Unión Europea ha jugado un papel fundamental al armonizar las divergencias entre sus Estados miembros que afectan el mercado interior europeo en lo que respecta a los servicios prestados a través de Internet. En este artículo, se analiza la iniciativa legislativa más importante de la Unión Europea en este ámbito: La Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico), la cual actualmente se encuentra siendo transpuesta por los Estados miembros y en vigor a partir de enero de 2002.

Abstract

The national legislation is not enough to rule global phenomena of Internet. The European Union has played a fundamental role in harmonizing the divergences among its members, which affect the intern European market in the referent to the services through Internet. In this article, it is analyzed the most important legislative initiative of the European Union in this scope: Guideline 2002/31/CE, from June 8 of 2000, related to specific juridical aspects of the information of the society services, particularly the electronic commerce in the intern market (Guideline about the Electronic Commerce), which actually is been reviewed by the members and has been in force since January 2000.

disposiciones a la Comisión en un plazo que expirará en la fecha mencionada en el artículo 25 y cualquier modificación posterior en el plazo más breve posible”.

Análisis jurisprudencial del Artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones¹

Gilberto Cárdenas*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. El artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico del proceso de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. IV. Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de Roma.

I. Introducción

Tradicionalmente se constata que existían determinadas áreas que estaban controladas por el Estado, como la telefonía y el correo, los ferrocarriles, una parte de las compañías aéreas y la radio y la televisión solían ser públicos. Desde comienzos de la década de los ochenta, la situación comienza a cambiar radicalmente. El desarrollo de nuevas aplicaciones tecnológicas redujo considerablemente el coste de las redes y servicios, propiciando la aparición de nuevos actores. Paulatinamente, acompañando el descenso de los precios, se produjo, a nivel internacional, un aumento de la demanda tanto de los clásicos servicios de telecomunicaciones como de las nuevas aplicaciones capaces de satisfacer necesidades concretas.

Podemos identificar como causas del cambio de modelo de gestión de las telecomunicaciones, entre otras, la evolución de las nuevas tecnologías y la convergencia con la informática, la globalización del mercado de las telecomunicaciones².

¹ Actual artículo 86 del Tratado de Ámsterdam.

* Abogado (Universidad Católica del Táchira, 1995). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1998). Doctorando en Derecho Administrativo e Investigador en Derecho de las Telecomunicaciones (Universidad Complutense de Madrid). gilcard@hotmail.com

² DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. “Constitución y modelo económico liberalizador”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 9, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, enero-abril, 2000, pág. 34, y, del mismo autor, “El sistema de transición de los derechos

Para 1987, por separado ningún país de Europa representaba más del 6% del mercado mundial de las telecomunicaciones, mientras que sólo Estados Unidos representaba el 35% y Japón el 11%; sin embargo, unidos los países miembros de la Comunidad Europea representarían más del 20%³, pero existía la compartimentación del mercado en monopolios nacionales que hacía imposible unirse y poder competir en este mercado con la industria estadounidense y japonesa.

La innovación tecnológica se ha convertido en un factor de cambio y en un elemento clave de la competencia. La innovación tecnológica no sólo afecta a las redes posibilitando la provisión de servicios tradicionales con precios menores, sino permitiendo nuevos servicios. Actualmente se apuesta por la convergencia de los sectores de telecomunicación, informática y audiovisual, lo cual requiere de gran capacidad competitiva en el mercado⁴.

A finales de los años setenta y en los ochenta, muchos gobiernos se convencieron de que la competencia, aunque imperfecta, era mejor que la regulación (causa ideológica de la liberalización). Se inició un proceso de liberalización, especialmente en sectores como las líneas aéreas, los ferrocarriles y el transporte por carretera, en los que se pensaba que los rendimientos crecientes de escala tenían una limitación. Se pretendía distinguir entre los segmentos de la industria en los que la competencia podría funcionar y los segmentos en los que era improbable que resultara eficaz. Así, por ejemplo, en la industria telefónica existía en Estados Unidos una feroz competencia entre varias compañías por el servicio telefónico de larga distancia y había pocas compañías de escala en la producción de teléfonos, por lo que se redujo la regulación de estos segmentos de la industria.

Así como podemos suponer que las causas de orden político y económico, entre otras, sean la globalización del mercado y la innovación tecnológica, la razón jurídica nos lleva hasta la interpretación y aplicación del artículo 90 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

En mi opinión, la aplicación del artículo 90 *ejusdem*, no ha sido más que el soporte jurídico a una decisión de índole meramente política y económica.

Todos estos factores coadyuvaron a la superación del monopolio natural y a su progresiva sustitución por un nuevo régimen centrado en la competencia.

II. Antecedentes

La Unión Europea tiene su origen en sendos Tratados sobre políticas comerciales específicas, uno de ellos fue firmado el 18 de abril de 1951, en París, denominado Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA); posteriormente se firma el 27 de marzo de 1957, en Roma, el Tratado

especiales o exclusivos a un escenario de competencia y la filosofía de la liberalización”, en *REDETI*, núm. 2, septiembre, 1998, págs. 11 y ss.

3 Datos extraídos del Libro Verde de las Telecomunicaciones. 1987.

4 Libro blanco sobre el papel del Estado en la Economía Española, págs. 707 y ss.

de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA) y el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE).

Los primeros Tratados, TCECA y TCEEA vienen a constituir dos comunidades independientes referidas a materias económicas específicas, mientras que el último Tratado mencionado (TCEE), viene a ser un tratado con el carácter de *lex generalis*, pudiendo acudir al mismo para cubrir lagunas presentes en los otros dos Tratados⁵.

Los seis países miembros del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero –Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo–, liderados por los países del Benelux constituyeron un ambicioso plan de unión económica general al que denominaron Tratado de la Comunidad Económica Europea, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1958, una vez ratificado por todos los Estados signatarios.

Se desprende ya del preámbulo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la idea de la creación de una Europa libre de restricciones a la circulación de mercancías, servicios, capitales y trabajadores, al señalar que los Estados firmantes se encuentran decididos a “asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que dividen Europa”. Asimismo reconocen que “la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”.

El 7 de febrero de 1992, se firmó, en la ciudad holandesa de Maastricht, el Tratado de la Unión Europea, dentro del cual se enmarcaron los tres anteriores Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (TCECA, TCEEA y TCEE), calificado, por ello como de “macro-tratado”.

Posteriormente, el 2 de octubre de 1997, se firmó en Amsterdam un nuevo Tratado que modificó el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, el cual entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

Desde el Tratado de la Comunidad Económica Europea la política sobre competencia ha sido decisiva en el proceso de apertura de los mercados de los países miembros de la Comunidad. El artículo 90 del referido Tratado establece, entre otras cosas, los límites que deben tener los privilegios que los Estados conceden a empresas públicas o privadas⁶. El principal objetivo de este artículo

5 GARCÍA, Ricardo Alonso. *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Editorial Centro de Estudios “Ramón Areces”, S. A. Madrid, 1994, pág. 13.

6 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que además de las empresas públicas, el Estado también puede conceder derechos exclusivos o especiales a empresas privadas, las cuales aparte de tener el capital totalmente privado, debe existir una estrecha relación entre la empresa privada y un acto unilateral del poder público por medio del cual se le concede el derecho exclusivo o especial en relación con su objetivo social (Caso 10/71 del Ministère public luxembourgeois contra Madeleine, viuda de J. P. Hein, y otros; sentencia del Tribunal de Justicia del 14 de julio de 1971).

es evitar que estos privilegios vayan en contra o se constituyan como un obstáculo para el desarrollo de un mercado en competencia. Dicho artículo es del siguiente tenor:

“1. Los Estados miembros no adoptarán, ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 6 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”⁷.

III. El artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico del proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones

A finales de los años ochenta, el artículo 90 del Tratado CEE tuvo un papel fundamental en las políticas liberalizadoras de la Unión Europea, específicamente en el ámbito de las telecomunicaciones.

Según se desprende del Libro verde de las telecomunicaciones, el marco jurídico utilizado por la Unión Europea para fundamentar el proceso hacia una competencia plena en el sector de las telecomunicaciones era el que aportaban las disposiciones del Tratado en relación con la reestructuración de los monopolios estatales de carácter comercial, la libre circulación de mercancías y las normas en materia de competencia, los artículos 37, 30 y 86 del Tratado directamente, así como el artículo 90 conjuntamente con el artículo 86 y, más específicamente, los medios que le otorga el apartado 3 del artículo 90 del Tratado.

En mayo de 1988 se presentó ante los ministros de la CEE un proyecto de Directiva que la Comisión pretendía adoptar con el fin de suprimir los derechos exclusivos otorgados por los Estados a las empresas encargadas del mercado de terminales, en aras de una liberalización de dicho sector.

⁷ El artículo 6 del Tratado se refiere al principio de no discriminación.

“Artículo 6. En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 C, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”.

En los artículos del 85 al 94 del Tratado están contenidas las normas sobre competencia.

La Comisión utilizó como fundamento jurídico para adoptar tal Directiva el apartado 3 del artículo 90 del Tratado CEE⁸, pero algunos Estados como Francia, la República Federal Alemana y el Reino Unido no estaban de acuerdo con tal facultad de la Comisión.

Los Estados miembros contrarios a esta tesis sostenían que el objetivo deseado por la Comisión podía alcanzarse tomando como fundamento el artículo 100 A, relativo a las armonizaciones⁹.

Sin embargo, el Comisario Sutherland manifestó que la liberalización no constituía una nueva iniciativa de la Comisión, sino una aplicación del Derecho comunitario que prescribe la supresión de los derechos exclusivos de comercialización confiados a empresas públicas, en este caso, los monopolios de correos y telecomunicaciones.

Al final, el 16 de mayo de 1988 la Comisión aprobó la Directiva relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones basándose en el artículo 30 del Tratado CEE, libre circulación de mercancías; en el artículo 37, reestructuración de los monopolios estatales de carácter comercial; en el artículo 59, libre prestación de servicios en cuanto al mantenimiento de los

8 Artículo 90:

“[...] 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

9 “Artículo 100 A. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 100 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 7 A. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena.

3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado.

4. Si, tras la adopción por el Consejo por mayoría cualificada, de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario aplicar disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 36 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, dicho Estado miembro lo notificará a la Comisión.

5. La Comisión confirmará las disposiciones de que se trate después de haber comprobado que no se trata de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros.

No obstante el procedimiento previsto en los artículos 169 y 170, la Comisión o cualquier Estado miembro podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia si considera que otro Estado miembro abusa de las facultades previstas en el presente artículo.

Las medidas de armonización anteriormente mencionadas incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros para adoptar, por uno o varios de los motivos no económicos indicados en el artículo 36, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control”.

terminales, y en el artículo 90, respecto a las reglas de competencia por las empresas públicas.

El Consejo manifestó su desacuerdo con el fundamento jurídico adoptado por la Comisión y, por el cual ésta asumía de forma autónoma la competencia en materia de liberalización del mercado de las telecomunicaciones, señalando que debería adoptarse como base el artículo 100 A del Tratado CEE y no los señalados por ella.

La Directiva 88/301/CEE relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones¹⁰, fue impugnada por Francia con apoyo de Bélgica, Alemania y Grecia ante el Tribunal de Justicia, sentenciando éste el 19 de marzo de 1991 a favor de la Comisión, ratificando la competencia de la Comisión en la materia, como se verá más adelante.

El vicepresidente de la Comisión Europea Sir Leon Brittan manifestó: “esta sentencia justificaría la utilización del artículo 90 del Tratado de Roma por la Comisión con objeto de impedir a los Gobiernos restringir la competencia concediendo derechos exclusivos y otros derechos especiales que no están justificados por el servicio público (...). Esta sentencia inicia la vía a la futura acción de la Comisión encaminada a que el mercado interior no se vea comprometido por actividades de los Estados miembros que creen o mantengan de manera desleal posiciones privilegiadas, provocando distorsiones de intercambios y competencia”¹¹.

IV. Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de Roma

El artículo 90 del Tratado CEE ha sufrido un cambio de interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹², tal como se evidenciará en el transcurso de este análisis, para poder adoptarlo como fundamento jurídico en el proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones impulsado por la Unión Europea.

¹⁰ DO L 131, de 27 de mayo de 1988.

¹¹ PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio: “Liberalización y armonización de las telecomunicaciones en la Unión Europea. El debate institucional (1974-1999)”, en *Política y Derecho de las telecomunicaciones en la Unión Europea*. Tomo I. Editorial Dykinson y Ministerio de Fomento, Madrid, 2000, pág. 51.

¹² Desde 1965 los tres Tratados constitutivos han funcionado bajo el principio de la unidad estructural, es decir, teniendo instituciones comunes, siendo éstas, el Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia tiene como competencia primordial la interpretación y aplicación del Tratado, es el órgano encargado de dilucidar las dudas que se van produciendo en la aplicación del Derecho Comunitario, por lo tanto esencial en el desarrollo y evolución del mismo.

Asimismo, en 1986 el Acta Única Europea creó el Tribunal de Primera Instancia, pero no fue sino hasta el 24 de octubre de 1988 cuando por medio de la Decisión del Consejo 88/591, posteriormente modificada por la Decisión del Consejo 93/350 del 8 de junio de 1993, que se instauró el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, con competencia en materia de personal y para conocer recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas contra las instituciones comunitarias, susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

Para empezar debemos decir que el apartado 1º del referido artículo 90, claramente reconoce el presupuesto que, “los Estados pueden crear empresas públicas y pueden también conferirles derechos especiales o exclusivos”¹³.

Señala el Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo que lo más relevante del apartado 1º del artículo 90, en su interpretación literal, “es el reconocimiento indirecto de la empresa pública y de la licitud de los derechos especiales o exclusivos que se contiene en la prohibición de adoptar o mantener medidas contrarias a las normas del Tratado. Esos dos aspectos, consagración de la legitimidad de la empresa pública y licitud de los derechos especiales y exclusivos, encuentran aquí su más amplio y claro reconocimiento”¹⁴.

Durante los años setenta, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea sentenció, entre otros, tres casos que vendrían a ser la base inicial de la interpretación jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la CEE¹⁵.

Durante este período la interpretación que del artículo 90 se hacía la podemos ver claramente en la sentencia del caso 155/73 de Giuseppe Sacchi, en la que se señala que dicho artículo viene a ser el soporte jurídico por el cual los Estados pueden sustraer a determinadas empresas de la aplicación de las normas

13 Para un estudio en profundidad del tema ver: CONSTANTINESCO, Vlad, y otros. *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*. Editorial Económica, París, pp. 473; PAIS ANTUNES, Luis. “L’article 90 du Traité CEE”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1991 (2), pp. 187 y ss; DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; TAYLOR, Simón. “Article 90 and Telecommunications Monopolies”, *European Community Law Review*, núm. 6 (1994), pp. 322 y ss.

14 DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás: *Liberalización (...)*. *Op. cit.*, p.48. Frente a la tesis que el Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo sostiene en su libro antes citado, encontramos algunos doctrinarios que señalan que: “El art. 90 del Tratado de la Comunidad Europea no deja de contemplar y respetar lo que podríamos llamar el servicio público *stricto sensu* y otras formas de intervención pública en la economía por parte de los poderes de los Estados miembros, pero dentro de unos límites cuya interpretación y aplicación se encomiendan a la Comisión europea, bajo el control de legalidad del Tribunal de Justicia y el político del Parlamento europeo y –de otra manera– del Consejo de Ministros”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. “La regulación económica en España”, en el libro *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid, 1997, pág. 206. Este mismo autor apunta que no está de acuerdo de se haya llegado a forzar los términos del Tratado, como señala el Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo, vid. *op.cit.*, p. 20, ni mucho menos a vaciar de contenido el artículo 90 o dejarle desprovisto de sentido o a desnaturalizarle. Asimismo, menciona que una réplica a esta tesis se puede ver en: G. Ariño, J. M. De La Cuétara y L. Aguilera. *Las telecomunicaciones por cable (su regulación presente y futura)*, Marcial Pons/Universidad Autónoma de Madrid, PERE, Madrid, 1996, pp. 206 y ss., así como en el prólogo de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., al libro de GARCÍA DE COCA, J. A.: *Sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*. Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

15 Caso 10/71 del Ministère public luxembourgeois contra Madeleine, viuda de J. P. Hein, y otros (Sentencia del Tribunal de Justicia del 14 de julio de 1971); Caso 127/73 de Belgische radio en Televisie y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contra SV SABAM y NV Fonoir (Sentencia del Tribunal de Justicia del 21 de marzo de 1974); Caso 155/73 de Giuseppe Sacchi (Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974).

comunitarias sobre competencia, así se puede apreciar al declarar el Tribunal de Justicia que: “La existencia de un monopolio a favor de una empresa a la que un Estado miembro conceda, con arreglo al artículo 90, derechos exclusivos, o la extensión de tales derechos como consecuencia de una intervención nueva de dicho Estado no es, en sí mismo incompatible con el artículo 86 del Tratado”, más aun, “en el marco del artículo 90, las prohibiciones del artículo 86 tienen efecto directo y generan, a favor de los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar”¹⁶.

Igualmente así lo señala en sus conclusiones el abogado general Sr. Gerhard Reischl, al apuntar que el artículo 90 *ejusdem* parece partir de la base de que es posible conceder a determinadas empresas derechos exclusivos o, lo que es lo mismo, crear en su caso monopolios a favor de estas empresas concesionarias de tales derechos.

Tanto de las conclusiones del abogado general como de la sentencia misma, podemos inferir que el artículo 90 viene a ser la base jurídica para reforzar la posición de una empresa en el mercado o sustrayéndola del mismo creando un monopolio al otorgarle derechos exclusivos o especiales, y que conforme al párrafo segundo del mismo artículo, al serle encomendada la gestión de un servicio de interés económico general queda al margen de las disposiciones comunitarias en materia de competencia, por tanto estas normas tendrán sólo una aplicación limitada.

En los primeros años de la década de los ochenta el Tribunal de Justicia mantuvo su interpretación con relación al artículo 90 del Tratado¹⁷. Sólo es importante reseñar que durante esos primeros años ochenta el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la razón por la cual se ha incluido en el Tratado de CEE el artículo 90. Y concluyó que se debe a “la influencia que los poderes públicos pueden ejercer sobre las decisiones comerciales” de las empresas públicas, entendidas éstas no sólo como empresas en las que el Estado tiene una mayor participación en su capital, sino también cuando, sin tener una participación considerable en su capital, tienen un mayor número de representantes en el consejo de administración de la misma, o de las empresas a las que le haya concedido derechos exclusivos o especiales. Sobre estas empresas el Estado debe asumir una responsabilidad especial debido a la influencia que dichos Estados pueden llegar a ejercer sobre el comportamiento de tales empresas¹⁸.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974.

¹⁷ Puede verse: Gerhard Züchner contra Bayerische Vereinsbank AG, caso 172/80 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981); Francia, Italia y Reino Unido contra Comisión, asuntos acumulados 188 a 190/80 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 1982); Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) contra Comisión de las Comunidades Europeas, caso 7/82 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1983); Ministerio Público contra Lucas Asjes y otros, Andrew Gray y otros, Jacques Maillot y otros y Léo Ludwig y otros, caso acumulado 209 a 213/84 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1986).

¹⁸ Caso, Francia, Italia y Reino Unido contra Comisión, asuntos acumulados 188 a 190/80 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 1982).

Se trata, pues, fundamentalmente de garantizar que la intervención del Estado en las referidas empresas no tenga por objeto o efecto restringir o falsear el juego de la competencia ni producir distorsiones en las relaciones de dichas empresas con las empresas privadas.

El 20 de marzo de 1985, en el caso 41/83 República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia pronuncia una sentencia clave en todo el proceso liberalizador del mercado de las telecomunicaciones.

Dicha sentencia es conocida con el nombre del “caso British Telecom”¹⁹.

El origen del caso fue una reclamación presentada por una agencia británica privada de transmisión de mensajes contra las autoridades británicas de telecomunicaciones relativa a las prohibiciones impuestas por el servicio de correos y por British Telecom, tras la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones de 1981, sobre el tránsito de télex entre terceros países distintos de los miembros de la Unión Europea, por ejemplo, entre Europa y Norte América, y sobre el envío en forma de télex o facsímil de mensajes recibidos por medio de enlaces de ordenadores.

La Decisión 82/861/CEE de la Comisión de 10 de diciembre de 1982²⁰, dictada conforme al artículo 90 apartado 3, condenó tales prohibiciones, calificándolas de abuso de posición dominante.

El Gobierno italiano presentó un recurso, el 15 de marzo de 1983, conforme al artículo 173 del Tratado CEE, en el que solicita se anule la Decisión N° 82/861/CEE de 10 de diciembre de 1982, relativa al procedimiento seguido contra British Telecommunications por infringir el artículo 86 del Tratado CEE.

Es necesario resaltar que British Telecom era para ese entonces una sociedad de Derecho público creada por Ley y con monopolio legal en la gestión de los sistemas de telecomunicaciones en el Reino Unido.

El Tribunal de Justicia desestimó en su totalidad el recurso interpuesto por la República Italiana. Dicho Tribunal consideró, en esta sentencia, que la prestación de servicios de telecomunicaciones es una actividad de interés económico general, y que el monopolio por el que se pone a disposición de los usuarios una red pública de telefonía constituye, también, un servicio de interés económico general a los efectos del apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE²¹.

19 Ver: KONSTHAMM, Manuel: “Conflicts between International and European network regulation”, *Legal Issues of European Integration*, 1989/1990, p. 1; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Tomo II Las Telecomunicaciones. Civitas. Madrid, 1998, págs. 51 y ss; SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard: “L’arrêt British Telecom: première pierre d’un droit européen des telecommunications”, *Revue du Marché Commun*, 1986, pp. 594 y ss., en concr., p. 601, existe una versión en inglés, llamada “European Telecommunications Law in the Light of the British Telecom Judgement”, *Common Market Law Review*, 1986, pp. 39 y ss; SORIANO GARCIA, José Eugenio: *Derecho público de la competencia*, Madrid, 1998, p. 112; WALL, S. A. “The British Telecommunications Decision: Toward a new telecommunications policy in the common market”, en *Harvard International Law Journal*, 1984, págs. 299 y ss.

20 DO L 360, p. 36.

21 Ver caso 10/71 del Ministère public luxembourgeois contra Madeleine, viuda de J. P. Hein, y otros (Sentencia del Tribunal de Justicia del 14 de julio de 1971). En el cual el abogado

En esta sentencia se señaló que British Telecom al prohibir a las agencias privadas de transmisión de mensajes en el Reino Unido transmitir, a través de la red británica, mensajes cuyos expedidores y receptores residiesen en otros países distintos de los miembros de la Unión Europea, había infringido el artículo 86 del Tratado, explotando de manera abusiva una posición dominante.

Continúa la sentencia señalando que, “las medidas adoptadas por British Telecom constituían, en opinión de la Comisión, un abuso ya que, en primer lugar, prohibían que las agencias británicas transmisoras de mensajes ofrecieran un nuevo servicio también a sus clientes en otros Estados miembros, en segundo lugar, sometían el uso de los equipos públicos de telecomunicaciones a obligaciones que no eran necesarias ni técnica ni comercialmente, y en tercer lugar, colocaban a las agencias privadas implicadas en desventaja competitiva frente a las autoridades y agencias nacionales en otros Estados miembros”.

Igualmente, el Tribunal rechazó el argumento según el cual la aplicación del artículo 86 al caso, infringía el artículo 222²², ya que prejuzgaría el derecho de los Estados miembros a crear o mantener monopolios públicos para determinadas actividades económicas. Asimismo, señaló que, aunque British Telecom dispone del monopolio legal de explotar las redes de telecomunicaciones y de ponerlas a disposición de los usuarios, no posee tal monopolio en la prestación de servicios auxiliares tales como la retransmisión de mensajes por cuenta ajena.

Subraya el Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones²³ que, “la sentencia sobre el caso British Telecom confirmó claramente la posición de la Comisión en el sentido de que las reglas de la competencia del Tratado son aplicables a las administraciones de telecomunicaciones”.

También estableció claramente que el Tribunal preconizaría una interpretación restrictiva de los derechos de monopolio y desaprobaba con firmeza la extensión de un monopolio de servicios al surgir nuevas tecnologías.

Esta sentencia debe considerarse como pieza clave para la futura interpretación del Tratado con relación a las Telecomunicaciones, ya que deja claro que las empresas públicas a las cuales el Estado les haya concedido derechos exclusivos o especiales deben estar sometidas, también, a las normas sobre competencia.

general afirma, en sus conclusiones generales, que para inferir si se está en presencia de un servicio económico de interés general se debe tener en cuenta:

- a. Que dicho servicio se encuentre abierto al público y no reservado al uso y disfrute de un grupo cerrado de beneficiarios.
- b. Que dicho servicio sea de interés general, que tenga importancia para la economía general de un Estado.
- c. Que dicho servicio se encuentre dentro de los objetivos de la política económica general que persiga para el momento el Estado, siempre bajo la custodia de la Comisión.

²² Artículo 222. El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.

²³ COM (87) 290 final, 16 de diciembre de 1987, p. 124.

Posteriormente, en la misma década de los ochenta, el Tribunal de Justicia perfiló la interpretación del artículo 90 del Tratado.

En primer lugar, señala cuál es el objetivo del apartado 1º del artículo 90 *ejusdem*, “consiste en controlar la influencia de los poderes públicos con el fin de obtener un buen funcionamiento del mercado común y de tal manera que esta influencia no se utilice de manera abusiva para llegar a discriminaciones o a alteraciones de la competencia”²⁴.

En segundo lugar, en la sentencia del 12 de julio de 1984²⁵, señala que el concepto de empresa, en el contexto del Derecho de competencia, debe entenderse como que designa a una unidad económica desde el punto de vista del objetivo del acuerdo en cuestión, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas, físicas o jurídicas.

En el marco del Tratado CECA, el Tribunal de Justicia había comenzado por definir el concepto de empresa con relación al de personalidad jurídica²⁶, pero posteriormente el Tribunal matizó y quitó trascendencia a esta posición²⁷.

Actualmente el Tribunal de Justicia interpreta el concepto de empresa de forma económica y funcional, no correspondiendo a una noción jurídica. No designa organismos dotados de personalidad jurídica (noción, que por otra parte, podría variar según el Derecho de cada Estado miembro), sino que se limita a designar cualquier organismo que tenga por objeto la oferta de bienes y servicios en el mercado. La Comisión señala que, puesto que el objetivo del Tratado consiste en evitar que se falsee la competencia en el mercado común, de ello resulta que las disposiciones del Tratado se aplicarían tanto si se trata de un organismo privado como público y, en este último supuesto, ya esté dotado de personalidad jurídica, ya forme parte de la administración del Estado²⁸.

En tercer lugar, aclara que el imperativo legal del apartado 1º del artículo 90 *ejusdem*, va dirigido a los Estados y no a las empresas, aunque dicha disposición se encuentre dentro del título “Disposiciones aplicables a las empresas”. El sujeto jurídico de la norma son los Estados y no las empresas públicas, ni las empresas a las que se hayan concedido derechos exclusivos o especiales. Cabe resaltar también que tanto en las conclusiones del abogado general Sr. Cruz Vilaça, como en la propia sentencia²⁹ se señala que se debe interpretar la

24 Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, caso 118/85 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987).

25 Caso 170/83 Hydrotherm contra Compact.

26 Sentencias del 22 de marzo de 1961, caso SNUPAT contra Alta Autoridad, asuntos acumulados 42 y 49/59; del 13 de julio de 1962, caso Klöckner y Hösch contra Alta Autoridad, asuntos acumulados 17 y 20/61; y de 13 de julio de 1962, caso Mannesmann contra Alta Autoridad, asunto 19/61.

27 Sentencias de 16 de diciembre de 1963, caso Société des aciéries du Temple contra Alta Autoridad, asunto 32/62; y de 16 de junio de 1966, caso *Acciaierie e ferriere di Solbiate contra Alta Autoridad*, asunto 50/65.

28 Puede verse, también: Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, en el Caso Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GMBH, asunto C-41/90.

29 Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1988 (Caso 30/87, *Corinne Bodson contra SA Pompes Funèbres des régions libérées*).

palabra “Estado” en un sentido lato, esto es, que debe abarcar las entidades públicas territoriales de ámbito regional, provincial o municipal.

A manera de resumen, podemos señalar que la disposición primera del artículo 90 *ejusdem* está imponiendo a los Estados dos imperativos legales, desde el punto de vista de las normas a proteger, un imperativo de manera general y un imperativo de forma específica, en primer lugar cuando el artículo 90 en su primer apartado señala que los Estados no podrán mantener, ni dictar respecto de las empresas públicas y de las empresas a las que le hayan concedido derechos exclusivos o especiales ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, en este caso el artículo 90, está prohibiendo a los Estados una determinada conducta que viole algún precepto contenido en el Tratado; esto es, abarca y protege todas las normas contenidas en el Tratado de CEE; mientras que el segundo imperativo es de carácter específico, cuando el artículo 90 se refiere a la prohibición de los Estados de tomar alguna medida contraria a las normas contenidas en los artículos 7 y 85 a 94 ambos inclusive, en esta segunda obligación, como se determina claramente, el artículo 90 sólo está protegiendo el cumplimiento de las normas que sobre competencia están inmersas en el Tratado de CEE, con respecto a aquellas empresas (públicas y a las que se le hayan concedido derechos exclusivos o especiales) en las que el Estado tiene una influencia decisiva en sus comportamientos.

Por último, con relación al primer apartado del artículo 90 *ejusdem*, como se desprende de las conclusiones del abogado general Sr. Cruz Vilaça³⁰, queda claro que sirve de fundamento jurídico para poder sustraer de la competencia, del mercado común, ciertos servicios, por medio de la atribución de derechos exclusivos o especiales de explotación a uno o a varios establecimientos o empresas concesionarias, todo esto con base a razones de interés público, mas no de índole económica³¹.

Continuando con la evolución jurisprudencial referente al artículo 90 del Tratado, como fundamento jurídico para la apertura del mercado de las telecomunicaciones en la Unión Europea, se debe resaltar que fue sólo a partir de la sentencia de 19 de marzo de 1991, en el asunto República Francesa contra Comisión, C-202/88³², cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la competencia de la Comisión para dictar políticas propias, en este caso en materia de telecomunicaciones, que pueden ser contrarias a las emanadas de los Estados miembros de conformidad con el mismo artículo 90 *ejusdem*.

Esta sentencia contiene dos aspectos muy importantes, por un lado sienta jurisprudencia con relación a la facultad de la Comisión de dictar decisiones de conformidad con el apartado 3º del artículo 90 del Tratado, y por otro lado, el

30 Párrafo 73 de las Conclusiones del abogado general en el caso Corinne Bodson contra SA Pompes Funèbres des régions libérées, asunto 30/87.

31 Así también se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en la sentencia del 30 de abril de 1974, en el caso de Sacchi, asunto 155/73.

32 Llamado también, “Caso sobre la Directiva de aparatos terminales”.

giro hermenéutico que da el Tribunal de Justicia al artículo 90 *ejusdem*, en materia de concesión de derechos exclusivos o especiales a empresas públicas o privadas, por parte del Estado.

Como ya se apuntó, el Tribunal de Justicia, con esta sentencia sienta jurisprudencia sobre el apartado tercero en cuestión, el cual encomienda a la Comisión velar por que los Estados miembros cumplan las obligaciones que les incumben en lo relativo a las empresas públicas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general y atribuye expresamente a dicha Institución la facultad de intervenir mediante Directivas y Decisiones.

La Comisión puede adoptar una Decisión, con base en el artículo 90, apartado 3, del Tratado CEE, para apreciar y declarar la incompatibilidad de las disposiciones de Derecho nacional con respecto al Derecho comunitario y determinar las consecuencias derivadas de ello para el Estado miembro de que se trate.

Señala la sentencia que, si no se quiere privar de toda eficacia a la facultad de adoptar Decisiones que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión, deberá reconocerse a esta Institución la facultad de declarar que una medida estatal determinada es incompatible con las normas del Tratado, así como la de indicar las medidas que el Estado destinatario habrá de adoptar para cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho comunitario³³.

En este mismo caso el Tribunal de Justicia declaró que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión facultades para exigir a los Estados miembros (mediante una Directiva, en su caso) la supresión de los derechos especiales o exclusivos de comercializar o mantener aparatos terminales de comunicaciones que dichos Estados hubiesen concedido a las empresas, y ello basándose en que tales derechos constituyen una infracción del artículo 30³⁴ del Tratado.

Por otro lado, en esta sentencia se reseña un cambio en la interpretación del artículo 90 del Tratado CEE, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siendo que ya en reiteradas sentencias, como se ha visto en el transcurso del presente análisis, el Tribunal de Justicia ha considerado que el artículo 90, apartado 1º, permitía y a su vez servía de base jurídica para la concesión, por parte de los Estados miembros, de derechos exclusivos o

³³ Existe jurisprudencia reiterada con relación al apartado 3 del artículo 90 del Tratado, dentro de la que cabe señalar las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1992, en el caso Reino de los Países Bajos y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90; Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1988, en el asunto 226/87, Comisión/Grecia, en la que se confirmó expresamente que una Decisión basada en el apartado 3 del artículo 90 se incluye en la categoría general de las “Decisiones” a que se refiere el artículo 189 y, por consiguiente, es obligatoria en todos los elementos para el Estado miembro al que vaya dirigida. Asimismo, en el asunto C-202/88, Francia/Comisión Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, en el caso Ladbroke Racing Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-548/93.

³⁴ *Artículo 30*. Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

especiales a empresas, considerando que la existencia de un monopolio en favor de una empresa a la que un Estado miembro le había concedido un derecho exclusivo o especial, no era en sí misma incompatible con el artículo 86 del Tratado CEE.

Ahora, en el caso de autos se establece que el mantenimiento de los derechos exclusivos o especiales a determinadas empresas va en contra de las normas que sobre competencia contiene el Tratado CEE, específicamente infringe los artículos 37³⁵, 59³⁶ y 86³⁷, aun cuando el Gobierno francés alegue que la legalidad

³⁵ *Artículo 37*. 1. Los Estados miembros adecuarán progresivamente los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que, al final del período transitorio, queda asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, *de iure* o *de facto*, directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios cedidos por el Estado a terceros.

2. Los Estados miembros se abstendrán de cualquier nueva medida contraria a los principios enunciados en el apartado 1 ó que restrinja el alcance de los artículos relativos a la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros.

3. El ritmo de las medidas contempladas en el apartado 1 deberá ajustarse a la supresión de las restricciones cuantitativas para los mismos productos previstas en los artículos 30 a 34, ambos inclusive.

En caso que un producto esté sometido a un monopolio nacional de carácter comercial sólo en uno o en varios Estados miembros, la Comisión podrá autorizar a los demás Estados miembros para que apliquen medidas de salvaguardia, en las condiciones y modalidades que determine, mientras no se haya realizado la adaptación prevista en el apartado 1.

4. En caso de que un monopolio de carácter comercial implique una regulación destinada a facilitar la comercialización o a mejorar la rentabilidad de los productos agrícolas, deberán adoptarse las medidas necesarias para asegurar, en la aplicación de las normas del presente artículo, garantías equivalentes para el empleo y el nivel de vida de los productos interesados, teniendo en cuenta el ritmo de las posibles adaptaciones y de las especializaciones necesarias.

5. Por otra parte, las obligaciones de los Estados miembros sólo serán válidas en cuanto sean compatibles con los acuerdos internacionales existentes.

6. La Comisión formulará, desde la primera etapa, recomendaciones sobre las modalidades y el ritmo de realización de la adaptación prevista en el presente artículo.

³⁶ *Artículo 59*. En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente Capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad.

³⁷ *Artículo 86 del Tratado CEE*: “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

de dichos derechos exclusivos o especiales viene fundamentada en el propio artículo 90, apartado 1, *ejusdem*³⁸.

Dentro de los alegatos esgrimidos por la Comisión está que la concesión de un derecho exclusivo³⁹ restringe el comercio intracomunitario al privar a los agentes económicos de la posibilidad de hacer que los consumidores compren sus productos y de la imposibilidad del monopolista de poseer las condiciones de ofrecer toda la gama de modelos existente en el mercado, de informar a los clientes sobre el estado y funcionamiento de todos los terminales y de garantizar su calidad.

La Comisión asimila la concesión de derechos exclusivos o especiales a las medidas contrarias al Tratado que los Estados tienen prohibido adoptar y mantener, conforme al artículo 90, primer párrafo, y sobre las cuales ejerce la facultad de vigilancia.

El abogado general Sr. Giuseppe Tesaurò, anota que la esencia real del artículo 90, leído junto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “pretende impedir que los Estados, libres de elegir una opción social de política económica y de establecer o mantener un régimen de monopolio o de derechos exclusivos en uno u otro sector, no sean también libres para sustraer completamente la empresa pública o concesionaria de los derechos exclusivos a las reglas del juego, en particular, las del mercado común de mercancías y servicios, y las de la libre competencia”.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia⁴⁰ matizó la interpretación del artículo en cuestión señalando que la concesión, a una empresa, de derechos exclusivos

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

³⁸ En este mismo sentido: *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE contra Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas*, asunto C-260/89, Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1991; Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, asunto C-353/89, Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991; *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros contra Commissariaat voor de Media*, caso C-288/89, Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991; *Merci convenzionali porto di Genova SpA contra Siderurgica Gabrielli SpA*, asunto C-179/90, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991.

³⁹ En el caso de autos se hace una separación entre los derechos exclusivos y los derechos especiales, permitiendo, la sentencia, la concesión de derechos especiales en materia de terminales de telecomunicaciones.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993, en el caso C-320/91, proceso penal contra Paul Corbeau. En este mismo sentido: Reino de España y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1992); Proceso penal contra Giorgio Domingo Banhero, asunto C-387/93 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995); Proceso penal contra Silvano Raso y otros, asunto C-163/96 (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de febrero de 1998); *Métropole télévision S.A.*, y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93 (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada) de 11 de julio de 1996);

o especiales⁴¹, por parte del Estado, no es incompatible, por sí misma, con el artículo 86 del Tratado CEE, aun cuando genere una posición dominante, salvo que la empresa abuse de tal privilegio que afecte con ello al comercio intracomunitario⁴².

Con relación a la existencia de una posición dominante, como consecuencia del otorgamiento de derechos exclusivos o especiales a una empresa, el Tribunal de Justicia señala que es jurisprudencia reiterada que el hecho de crear tal posición dominante no es, como tal, incompatible con el apartado 1 del artículo 90, con relación al artículo 86. Por el contrario, la Comisión señala que, es incompatible con dichos artículos toda medida de un Estado miembro que mantenga vigente una disposición legal que cree una situación en la cual una empresa, que se beneficia de un derecho exclusivo, se vea necesariamente obligada a infringir el artículo 86, por el simple ejercicio de dicho derecho⁴³.

Partimos, por tanto, de la premisa que la posición dominante de una empresa en un mercado no es incompatible con el artículo 86 del Tratado, pero el Estado, adjudicatario del derecho en exclusiva, puede inducir, a través de sus disposiciones nacionales, que dicha empresa para dar cumplimiento a su fin, puede abusar de tal posición privilegiada, afectando al comercio intracomunitario e infringiendo así el artículo 86 sobre competencia. Es jurisprudencia reiterada que, “el artículo 86 no exige que se demuestre que el comportamiento abusivo ha afectado sensiblemente, en efecto, al comercio entre Estados miembros, pero pide que se demuestre que este comportamiento puede producir dicho efecto”⁴⁴.

Con relación al segundo párrafo del artículo 90 *ejusdem*, señala que, para poder excluir a las empresas de la aplicación de las normas que sobre competencia contiene el Tratado CEE, o dicho de otra manera, para que pueda proceder la excepción contemplada en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado,

Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf Ijsselmij NV, asunto C-393/92 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994).

41 Considero necesario resaltar la diferenciación, que la Directiva sobre servicios de telecomunicaciones trae al respecto.

Una empresa es titular de un derecho exclusivo, en materia de servicios de telecomunicaciones, cuando el Estado miembro le concede, sólo a esta empresa, el derecho de operar una red pública de telecomunicaciones, mientras que, una empresa es titular de un derecho especial, en materia de servicios de telecomunicaciones, cuando el Estado miembro concede el derecho a operar la red o a suministrar los servicios de telecomunicaciones a varias empresas, pero en un número limitado.

42 Fundamento nº 11 de la sentencia del caso en autos.

43 Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1991, caso ERT y sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, caso Höfner.

44 Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1.994, en el caso Corsica Ferries Italia Srl. contra Corpo dei piloti del porto di Genova, asunto C-18/93. En este mismo sentido pueden verse las siguientes sentencias: de 9 de noviembre de 1983, Michelin contra Comisión, caso 322/81, apartado 104 *in fine*; Sentencia del 11 de noviembre de 1.986, British Leyland contra Comisión, caso 226/84, apartado 20; Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, caso C-41/90.

la función que desempeña la empresa debe estar revestida con la calificación de servicio de interés económico general. Le corresponde la responsabilidad de determinar si una empresa tiene como función la prestación de un servicio de interés económico general o no, a los Estados miembros y a la Comisión la facultad de examinar, conforme al principio de proporcionalidad, si procede o no la excepción contemplada en el apartado 2 del artículo 90 *ejusdem*.

El Gobierno español⁴⁵ considera que para determinar si una empresa está encargada de la prestación de un servicio de interés económico general, se deberá analizar caso por caso. La calificación puede hacerse desde dos puntos de vista, el subjetivo y el objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, el servicio debe atender necesidades imperiosas de los ciudadanos, y desde un punto de vista objetivo, el servicio debe revestir una importancia esencial para las actividades económicas de los ciudadanos o del propio Estado. Continúa señalando el Gobierno español que, en ambos supuestos, el bien jurídico de la continuidad y la regularidad del servicio confiado a la empresa debe prevalecer sobre el de la competencia efectiva.

Anota el Gobierno español que, en caso de que no exista iniciativa privada en prestar un servicio en determinado sector, el hecho de atribuir la prestación de este servicio sólo a un operador público, no habría algún problema, otra situación se presentaría si un operador privado pudiese obtener algún beneficio marginal en una zona límite, lo que sí obligaría al operador público a prestar sus servicios en régimen de libre competencia.

Más adelante, el Gobierno español matiza su posición de la existencia de un monopolio público sólo cuando no haya iniciativa privada, y sostiene que, el monopolio no debe limitarse a los sectores despreciados por la iniciativa privada, sino englobar las actividades que, aunque puedan ser realizadas por operadores privados, pueden mermar la eficacia de la prestación, por parte del operador público, de los servicios generales desatendidos por la iniciativa privada.

Considero necesario resaltar de esta sentencia⁴⁶ que no repite la fórmula que se encuentra en las anteriores decisiones, la cual es, que según el apartado 2 del artículo 90, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedan sometidas a las normas sobre la competencia mientras que no se demuestre que la aplicación de dichas normas es incompatible con el ejercicio de su misión específica. Por lo contrario, esta sentencia señala lo que los Estados pueden hacer, anota en sentido positivo, y sostiene que, el apartado 2 del artículo 90 *ejusdem* permite a los Estados miembros otorgar a las empresas, a las que encarga la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado, en la medida en que las restricciones a la competencia, o incluso la exclusión de toda competencia, por parte de otros

⁴⁵ Informe presentado por el Gobierno del Reino de España en el caso C-320/91, asunto Proceso penal contra Paul Corbeau.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993, en el caso C-320/91, asunto Proceso penal contra Paul Corbeau.

operadores económicos sean necesarias para asegurar la realización de la misión específica que se ha atribuido a las empresas titulares de los derechos exclusivos.

Esta sentencia flexibiliza las condiciones para la aplicación del apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE, al considerar que no sólo se puede excluir la aplicación de las normas sobre la competencia, cuando éstas hacen imposible el desempeño de su misión de servicio público por parte de la empresa considerada, sino también cuando ponen en peligro el equilibrio económico de la misma.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 27 de febrero de 1997, en el caso *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)* y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-106/95, establece que el apartado 2 del artículo 90, por ser una excepción debe ser interpretado de forma restrictiva. Asimismo señala, que no basta sólo con que los poderes públicos hayan confiado a la empresa de que se trate la gestión de un servicio económico de interés general, para que proceda la excepción allí contemplada, sino que es necesario además, que la aplicación de las normas sobre competencia contenidas en el Tratado obstaculice el cumplimiento de la misión a ellas confiada y que el interés de la Comunidad no resulte afectado.

Resumen

Después de un análisis de 40 sentencias dictadas entre los años 70 y 90 se observa que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio un cambio jurisprudencial en la interpretación del artículo 90 del Tratado de Roma, cuando establece que dicho artículo obliga a todas las empresas públicas y privadas a someterse a las normas que sobre competencia contiene el Tratado, suprimiendo así los Derechos exclusivos o especiales que los Estados miembros habían concedido a sus operadores de telecomunicaciones nacionales.

Abstract

After an analysis of 40 sentences pronounced between the 70s and the 90s, it is observed that the Tribunal of Justice of the European Union has changed the interpretation of article 90 of the Treaty of Rome, when establishing that the article compels all the public and private companies to comply with competition rules contained in the article, therefore suppressing the exclusive or special rights that Member States had previously given to their national telecommunication operators.

Régimen Jurídico de la Interconexión en las Telecomunicaciones en Venezuela

Miguel Arrieta Zinguer*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Interconexión según la LOTEL y el Reglamento de Interconexión. 3. Principios que rigen la interconexión. 4. Los contratos de interconexión. 5. Intervención de CONATEL. 6. Fijación de los cargos por interconexión. 7. Conclusiones.

1. Introducción

El nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000¹ (en lo sucesivo LOTEL), se encuentra inspirado por un principio cardinal que es que los servicios y las actividades de telecomunicaciones deben prestarse en régimen de libre competencia, ello como consecuencia de la consideración de que los servicios de telecomunicaciones constituyen ‘servicios de interés general’², frente a la concepción³, donde no se valoraba como un bien fundamental a la libre competencia dentro de la prestación de tales servicios de telecomunicaciones. Tal es la importancia que se ha dado a la interconexión, que algunos autores como López-Ibor han llegado a considerarla como el presupuesto material de la liberalización de las telecomunicaciones⁴.

Con respecto a la consecución de un régimen donde el ejercicio de las actividades de telecomunicaciones se ejerza en libre competencia y a la necesidad de interconexión de las redes, Alejandra Sánchez (2001), ha dicho:

* Especialista en Derecho Mercantil (Universidad de Carabobo, 1999), Magíster en Gerencia de Empresas (Unet 1996), profesor asistente de la Universidad Católica del Táchira. Profesor de Postgrado de la Universidad Yacambú-Iuti, en el Postgrado de Gerencia de Telecomunicaciones-Redes. miguelarrieta@tutopia.com

¹ Publicada en la *Gaceta Oficial* No. 36.970 del 12 de junio de 2000.

² “Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”. Artículo publicado por el Escritorio de Abogados Badell & Grau en la página web: <http://www.badellgrau.com/opiLOT.htm>.

³ La Ley de Telecomunicaciones de 1940, consideraba que las actividades de telecomunicaciones eran de titularidad del ente público, si bien su gestión podía ser confiada a los particulares, bajo la modalidad de concesión.

⁴ López-Ibor Mayor, Vicente: “Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones” (obra colectiva), Civitas, Madrid, 1999, pp. 150-161.

“...Las necesidades de comunicación de la población serán satisfechas a través de redes interconectadas que garanticen tarifas razonables y donde el mercado de telecomunicaciones deberá comportarse de tal forma, que se logren niveles de eficiencia económica a largo plazo, es decir, que incluyan la producción de servicios eficientes con las infraestructuras existentes, lo cual en términos económicos es denominado eficiencia estática, y que además se promueva el desarrollo de ofertas de servicios de telecomunicaciones que satisfagan las demandas incorporando innovaciones, lo cual es denominado en términos económicos como eficiencia dinámica”⁵.

La concepción de las actividades de telecomunicaciones como actividades competitivas se rige por el principio de libertad de empresa, lo que incluye la libertad de entrada al mercado, la libertad de acceso a la red, de libre contratación, de formación competitiva de precios y de inversión. Dentro de estos principios cardinales que rigen el nuevo régimen de telecomunicaciones interesa destacar el principio de libre acceso a la red:

“...para mitigar los efectos contrarios a la libre competencia, derivado de la existencia de la red, se impone el principio de libre acceso a terceros, según el cual el titular de la red deberá permitir que otros operadores se conecten a esa infraestructura, a fin de explotar la actividad de que se trate. Tal principio es de origen anglosajón, y obedece a la teoría de las *essential facilities*, según la cual, la propiedad sobre aquellas infraestructuras indispensables para la explotación de actividades comerciales no se rige por el principio de exclusividad. En virtud de este principio se impone, en las Telecomunicaciones, el derecho a la interconexión y de acceso a las redes”⁶.

Como puede verse, este principio del libre acceso a la red resulta esencial para poder entender la interconexión desde el punto de vista jurídico, así como las consecuencias que de la misma se derivan. Sin embargo, huelga decir que la interconexión guarda a su vez estrecha relación con otros dos conceptos fundamentales como son la interconectividad e interoperabilidad, entendidas como la susceptibilidad que deben tener todas las redes de telecomunicaciones⁷ de permitir la interconexión de otras redes, de permitir el tránsito entre ellas; y la capacidad de las redes de permitir la conversión de servicio, adaptación o tránsito entre ellas (como por ejemplo entre la red RDSI y la red telefónica analógica mediante la transformación de señalización y conversión digital/analógica). Estos conceptos señalados constituyen principios que deben orientar el establecimiento y funcionamiento de todas las redes de telecomunicaciones.

5 Sánchez, Alejandra: “Nuevo Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela” (obra colectiva), Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001, p. 245.

6 “Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”. Artículo publicado por el Escritorio de Abogados Badell & Grau en la página web: <http://www.badellgrau.com/opiLOT.htm>.

7 En propiedad sólo las redes públicas de telecomunicaciones tienen legalmente la obligación de permitir la interconexión de otras redes.

Otro de los principios que busca el régimen de interconexión establecido en la LOTEL y en el Reglamento de Interconexión⁸, es aquel según el cual las comunicaciones iniciadas en los equipos terminales de cualquier usuario (de cualquier prestador de servicios de telecomunicaciones), puedan dirigirse hacia los equipos terminales de los usuarios de otros prestadores de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza o recibir las comunicaciones de éstos, en cumplimiento de su obligación de corresponsalía pública⁹.

Es conveniente precisar que al hablar de redes, nos referimos a cualquier equipo o medio de transmisión electromagnético, ya sea individualmente considerado o como parte de un conjunto interconectado, que una vez instalado o establecido puede ser destinado a soportar la prestación de servicios de telecomunicaciones, es decir, que es susceptible de servir a la emisión, transporte o recepción de una señal de telecomunicaciones, con excepción de los equipos terminales.

Respecto a la interconexión, debe distinguirse entre el derecho de acceso a las redes de la interconexión, en el sentido de que el derecho de acceso se refiere al derecho que tiene el prestador de un servicio de telecomunicaciones, a poder acceder a una red de telecomunicaciones, mientras que la interconexión se refiere al derecho-obligación que tienen los operadores de redes de telecomunicaciones de establecer conexión entre dichas redes.

“La interconexión de las redes de telecomunicaciones plantea en el plano estrictamente jurídico, una problemática específica que es objeto de atención especial en el momento presente por parte de la autoridad reguladora, los operadores y proveedores de servicios, tanto en su vertiente teórica como eminentemente práctica” (Araujo Juárez)¹⁰. Desde este punto de vista, podemos considerar que se deben analizar los principios generales acerca de la interconexión y el carácter que tienen los contratos de interconexión, como aspectos fundamentales de este fenómeno.

La interconexión (*throughconnection*) podría ser definida desde el punto de vista técnico, como una de las funciones que tiene que ver con la transmisión, conmutación para facilitar la transferencia de señales entre dos o más puntos de una red de telecomunicación, con el objeto de soportar las comunicaciones entre sus usuarios.

⁸ Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 37.085 del 24 de noviembre de 2000 (antes de la entrada en vigencia de la LOTEL, regía la materia el Decreto N° 3275 del 29 de enero de 1999, publicado en *Gaceta Oficial* N° 5301 Extraordinaria, de la misma fecha).

⁹ Definida por el Reglamento de Interconexión, como: “la obligación que tiene todo operador que preste servicios de telecomunicaciones a través de una red pública, de permitir que las comunicaciones iniciadas en los equipos terminales de sus usuarios, puedan dirigirse hacia los equipos terminales de los usuarios de otros prestadores de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza o recibir las comunicaciones de éstos”. Artículo 2, num. 7°.

¹⁰ Araujo Juárez, José: *Derecho de las Telecomunicaciones*. Universidad Católica del Táchira-Fundación de Estudios Administrativos. Caracas, 1997, p. 21.

2. Interconexión, según la LOTEL y el Reglamento de Interconexión

Tanto la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como el Reglamento de Interconexión (Decreto 1093), rigen en su articulado la interconexión, la cual como se verá constituye un derecho-obligación para los prestadores de servicios de telecomunicaciones. En efecto, la LOTEL¹¹ establece:

“Los operadores de redes de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. La interconexión se hará de acuerdo con los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores, conforme a los términos establecidos en esta Ley, sus reglamentos y demás normas aplicables”.

Del artículo transcrito puede deducirse que se concibe a la interconexión como una obligación para los operadores de redes de telecomunicaciones, de donde todo operador de una red de telecomunicaciones tiene la obligación de permitir que los operadores de las otras redes, se interconecten con la suya. Pero de otro lado, la interconexión también constituye un derecho subjetivo que poseen los titulares u operadores de una red de telecomunicaciones para interconectarse con otra red de telecomunicaciones, de donde podemos concebirla como un derecho-obligación. La interconexión concebida como obligación es inherente a la condición de prestador de servicios de telecomunicaciones¹², independientemente del título en virtud del cual use, posea o controle la red pública a través de la cual presta dichos servicios¹³ (implica necesariamente la utilización del recurso limitado de numeración). Esta obligación implica que el titular de una red pública, tiene la obligación de permitir la interconexión de los operadores que así lo soliciten y que deben además garantizar el interfuncionamiento de las redes interconectadas.

En segundo lugar, el artículo en análisis establece que el objeto de la interconexión es establecer entre los usuarios de las diversas redes a interconectarse comunicaciones de modo que de cualquier equipo terminal del abonado a una de las redes, se puedan iniciar y recibir comunicaciones que tengan como destino u origen otro equipo terminal de un abonado de otra red de telecomunicaciones. Además establece el artículo que dichas comunicaciones deben ser interoperativas, vale decir que las redes y equipos de una red puedan comunicarse efectivamente con los equipos de la otra red a interconectar.

11 Artículo 130.

12 Actual o eventual.

13 Artículo 6 Reglamento de Interconexión.

3. Principios que rigen la interconexión:

El comentado artículo 130 de la LOTEL, establece toda una serie de principios generales que rigen la interconexión. Estos principios son¹⁴:

1. *Neutralidad*: Significa que los operadores con posición de dominio deben abstenerse de prestar servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, vale decir, el no emplear prácticas restrictivas de la libre competencia.

2. *Buena Fe*: Quiere decir que cuando los operadores de las redes de telecomunicaciones, al negociar los correspondientes contratos de interconexión, deben hacerlo con la intención de llegar a un acuerdo efectivo, además que deben cumplir los contratos en la forma en que fueron concebidos, pactados y suscritos.

3. *Igualdad de Acceso*: Los operadores de redes de telecomunicaciones tienen la obligación de permitir la interconexión en condiciones equivalentes a todos los operadores que soliciten dicha interconexión.

4. *Transparencia*: Los operadores de las redes de telecomunicaciones tienen la obligación de poner a disposición de los operadores que lo soliciten, la información de carácter técnico suficiente sobre las condiciones relativas a la interconexión.

5. *No Discriminación*: Los operadores de telecomunicaciones no pueden dar un trato diferenciado o preferente a determinados operadores, en detrimento de otros.

Aparte de lo anterior, existen otros principios establecidos en el Reglamento de Interconexión, que rigen este derecho-obligación. Entre ellos tenemos:

1. *La libertad de negociación*. Los operadores de redes de telecomunicaciones establecen los términos técnicos, jurídicos y económicos dentro de los cuales se llevará a cabo la interconexión de sus respectivas redes. Estas condiciones y términos de negociación se establecen mediante los contratos de interconexión. En dichos contratos se establecerán: "...las obligaciones y responsabilidades que cada parte asumirá sobre los efectos que pudieran producirse en el sistema por la instalación de equipos inadecuados o defectuosos en sus respectivas redes"¹⁵.

Estos contratos de interconexión se llevan a cabo en principio por la libre negociación de las partes, caracterizados por mecanismos de negociación y establecimiento de los contratos de manera libre entre las partes, en principio, con una intervención subsidiaria por parte del ente regulador (Conatel), en caso que los contratantes no lleguen a un acuerdo, en un plazo determinado (a este respecto nos referiremos más adelante cuando tratemos los contratos de

¹⁴ Artículo 4, Reglamento de Interconexión.

¹⁵ Artículo 20, Reglamento de Interconexión.

interconexión y el procedimiento para la interconexión)¹⁶. Resulta interesante analizar si realmente en estos acuerdos de interconexión realmente priva la autonomía de las partes a la hora de contratar, puesto que resulta evidente que la orden de interconexión que emite Conatel, en caso que pasado el plazo establecido no se consiga el acuerdo tiene un carácter vinculante (al hacer referencia a los contratos de interconexión se profundizará en el tema).

Ahora, cabría preguntarse cuál es el motivo por el que el legislador estableció esta intervención subsidiaria por parte del ente regulador, y ésta debemos encontrarla en la experiencia desarrollada en otros países, donde los operadores establecidos (incumbents), utilizaron como estrategias para evitar la interconexión la negativa a negociar hasta que la otra parte cuente con licencia, demoras en la interconexión, imposición de requerimientos técnicos injustificados. Ante dicha situación, la solución que se le dio en los Estados Unidos fue en primer término, los competidores se vieron obligados a pedir el arbitraje de los reguladores estatales; por otra parte, la ley fija tiempos determinados para las decisiones y los reguladores tienen autoridad para hacer cumplir decisiones sobre interconexión, los contratos de interconexión incluyen cláusulas penales para casos de incumplimiento de las mismas.

Respecto a la iniciativa para lograr la interconexión, ésta corresponde a cualquiera de los operadores de las redes de telecomunicaciones, quien deberá dirigirla por escrito al otro operador con el que pretenda interconectarse¹⁷. La solicitud deberá hacerla por escrito el operador que requiera la interconexión y dirigirla al operador con el cual desea interconectarse, y deberá contener información pertinente a la relación, la cual contendrá como mínimo¹⁸:

1. El proyecto de servicio a prestar para el cual requiere la interconexión, con indicación explícita de los programas estimados de instalación y ampliaciones.
2. La capacidad de interconexión requerida inicialmente y para ampliaciones.
3. El número de puntos de interconexión requeridos inicialmente y para ampliaciones.
4. Estimación de la ubicación del punto interconexión en la red del operador al cual se le solicita la interconexión.
5. Requerimientos de coubicación.

2. *La coubicación de los equipos.* Que se refiere a la obligación que tienen los operadores de redes de telecomunicaciones que empleen o posean redes públicas, referente al uso de los espacios físicos, respecto a la colocación de los equipos y medios de transmisión que resulten necesarios para efectuar

¹⁶ El plazo para lograr el acuerdo de interconexión no podrá exceder de sesenta (60) días continuos, sin prórroga de tiempo, contados desde la fecha en que se recibió la solicitud, tal y como lo dispone el artículo 132 de la LOTEL y el 38 del Reglamento de Interconexión.

¹⁷ Artículo 132, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

¹⁸ Artículo 39, Reglamento de Interconexión.

la interconexión por parte de otro operador con quien han celebrado un contrato de interconexión. Esta obligación existe siempre que la interconexión haya sido solicitada. No obstante la obligación que tienen los operadores de las redes de telecomunicaciones, requiere en todo caso el establecimiento de una contraprestación económica correlativa. La coubicación comprende, aparte de la obligación de poner a disposición el espacio físico, el brindar los servicios auxiliares (suministro de energía, aire acondicionado y demás facilidades necesarias para la adecuada operación de los equipos y medios de transmisión requeridos para la interconexión), en términos y condiciones no discriminatorios.

3. *Eficiencia económica y técnica.* La interconexión de las redes de telecomunicaciones debe estar orientada hacia la consecución de la interoperabilidad entre las mismas, pero en términos de eficiencia en lo económico y sin que la interconexión desmejore de ninguna manera la calidad de las emisiones de telecomunicaciones.

Respecto a la eficiencia económica, se establece que el operador que desee interconectarse: "...asumirá los gastos de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones necesarias para llegar hasta el punto o los puntos de interconexión con la red del operador de la misma naturaleza con el cual se hará la interconexión. No obstante, los operadores podrán acordar en el contrato de interconexión, mecanismos para compartir los costos por las inversiones antes señaladas"¹⁹. Esta disposición tiene que ver directamente con la obligación relativa a la coubicación de los equipos a la que se hizo referencia.

4. *Eficiencia Tecnológica.* El Reglamento de Interconexión establece que el contrato respectivo debe incluir un proyecto de carácter técnico que debe considerarse como un anexo a dicho contrato. De igual modo, el artículo 31 establece que en los contratos debe especificarse:

1. Las características técnicas y la ubicación geográfica de los puntos de interconexión.
2. Las coubicaciones acordadas, sus términos y condiciones.
3. Los diagramas de interconexión de los sistemas.
4. Las características técnicas de todas las señales a transmitir por el sistema: señales principales y auxiliares, así como las condiciones técnicas de las interfaces.
5. Los requisitos de capacidad de los sistemas involucrados.
6. Los índices apropiados de calidad de servicio, nacionales e internacionales.
7. Las condiciones y características de instalación, prueba, operación y mantenimiento de equipos, así como los enlaces para la interconexión.
8. Las formas y procedimientos para la provisión de otros servicios que las partes acuerden prestarse, tales como operación, administración, mantenimiento, servicios de emergencia, asistencia de operadora, información automatizada

19 Artículo 21, Reglamento de Interconexión.

- para el usuario, información de guías, tarjetas de llamadas y servicios de red inteligente.
9. Los procedimientos para detectar y reparar averías, así como la estimación de índices promedio aceptables para los tiempos de detección y reparación.
 10. La fecha en que se completarán las facilidades necesarias para la interconexión.

Como puede observarse, el proyecto técnico que requiere la interconexión, determina que deben establecerse condiciones de carácter específico que permitan materialmente la interconexión en términos de eficiencia, a fin de mantener la calidad en las comunicaciones de los prestadores de servicios titulares de las redes a interconectarse, tanto en lo referente a la prestación de los servicios en sí misma considerada, así como en lo atinente a la detección y reparación de las averías que puedan llegar a producirse.

5. *No desmedro de la calidad.* Los cargos por interconexión deben garantizar que no se desmejore la calidad de los servicios por el hecho de la interconexión, siendo responsabilidad de cada uno de los operadores de la red, el afrontar individualmente la calidad del servicio, por lo que respecta a su abonado. En efecto, el artículo 137 de la LOTEL establece que: “La interconexión entre redes de telecomunicaciones deberá ser efectuada sin menoscabar los servicios y calidad originalmente proporcionados, de forma tal que cumpla con los planes y programas en materia de telecomunicaciones aprobados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones”.

La responsabilidad del servicio y su calidad, recaerá sobre el operador contratado por el usuario, salvo que demuestre causas no imputables a él.

De modo que, no debe producirse por causa de la interconexión una degradación de la calidad en el servicio de telecomunicaciones prestado. A este respecto debe precisarse lo siguiente: Primero, cada operador es responsable de los niveles de calidad de su red, independientemente de la interconexión, por lo que debe responderle a sus abonados en caso que desmejore el servicio prestado; Segundo, la responsabilidad frente al usuario corresponde al operador con quien dicho usuario hubiere contratado, vale decir, al abonado de ese prestador de servicios de telecomunicaciones.

6. *Los precios del enlace local y de coubicación deben basarse en costos.* Los del enlace local no deben ser ni muy ni muy bajos, ya que los altos inhiben la habilidad del competidor de comprar enlaces desagregados y los bajos desalentarían la construcción de redes. Respecto del precio, los competidores deben orientar los cargos a los costos y solicitar el uso de modelos de costo a futuro, solo los costos atribuibles a los enlaces desagregados. En el régimen legal venezolano se establece que los cargos deben estar orientados hacia los costos, así como un margen de ganancias razonable, los cuales deben indicarse expresamente en el contrato de interconexión, al igual que las metodologías utilizadas para determinarlos y las correspondientes fórmulas de

reajuste²⁰. De igual modo se debe preservar la incidencia del desarrollo de la tecnología.

En la actualidad, el proceso que se viene viviendo en Venezuela con la apertura del mercado de las telecomunicaciones, es parte de un proceso regional: Latinoamérica está abriendo los mercados nacionales a la competencia, se debe fomentar la inversión en infraestructura moderna. El desafío en el futuro es implementar la desagregación real del enlace local para asegurar una competencia efectiva, se debe reemplazar la regulación sectorial con Políticas que favorezcan la competencia. En efecto, al respecto un autor como Rodríguez Illera enuncia "... la introducción de competencia efectiva en los mercados de las Telecomunicaciones se ha visto con frecuencia dificultada por la existencia de barreras de entrada de nuevos agentes en el mercado, barreras cuyo efecto es bien el de limitar el número de agentes en el mercado, bien el de hacerles incurrir en costes distintos a los de los operadores ya posicionados..."²¹.

7. *Los prestadores de servicios que se interconecten deben cumplir con normas específicas respecto a la contabilidad.* Los operadores de redes de telecomunicaciones deben cumplir con normas específicas en cuanto al control contable de sus operaciones y costos. El Reglamento, establece que se debe establecer una separación contable de los ingresos y gastos generados por la interconexión, así como que deben adoptar sistemas contables que identifiquen con precisión los costos que genere la interconexión y los criterios para su distribución entre los elementos de red desagregados, así como emplear estructuras de costos ajustadas al plan único de cuentas del sector de telecomunicaciones emitido por Conatel²².

8. *Obligación de suministrar información.* Existe para los operadores de redes de telecomunicaciones que presten servicios de tal índole, la obligación de informar suficientemente sobre las condiciones relativas a la interconexión, a los operadores que así lo soliciten. Esta información se refiere fundamentalmente a las condiciones y características técnicas que se requieren para efectuar la interconexión (v. gr. las características técnicas, la ubicación geográfica de los puntos de interconexión, diagramas de interconexión de los sistemas, características técnicas de todas las señales a transmitir, etc.); en fin, todas aquellas características y condiciones requeridas y acordadas que permitan establecer la interconexión entre los operadores. Esta información debe ser intercambiada entre las partes.

Respecto a esta obligación de dar información, está regida por dos principios fundamentales: En primer lugar, por la libre negociación de su tratamiento, en el sentido de que las partes son libres para establecer de qué manera manejarán

20 Artículo 25, Reglamento de Interconexión.

21 Rodríguez Illera, Reinaldo. "La regulación de la interconexión en los mercados de Telecomunicaciones liberalizados", en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*, La Ley, Madrid, 1999, p. 236.

22 Artículo 63, Reglamento de Interconexión.

el proceso de suministrarse mutuamente la información que requieran para establecer, mantener y actualizar la interconexión, en los términos que contractualmente establezcan; y en segundo lugar, la especificación en el contrato, que quiere decir que la forma en que obtendrán y manejarán la información, debe ser expresamente establecida en el contrato de interconexión.

Aunado a lo anterior, los operadores de redes de telecomunicaciones tienen la obligación de suministrar a CONATEL, con una periodicidad semestral, información relativa a: a) Arquitectura de red y normativas relacionadas; b) Especificaciones de puntos de interconexión existentes y factibles; c) Capacidad en planta interna por central, tanto instalada como utilizada; d) Tráfico cursado desglosado por operador interconectado; e) Cargos de interconexión. Esta información debe ser remitida a CONATEL, dentro de los primeros treinta días continuos de cada semestre²³.

Aparte de lo señalado, existe la obligación que tienen los operadores de las redes de suministrar toda la información que sea necesaria a CONATEL con motivo de la intervención de ésta a los fines de fijar los términos y condiciones de la Interconexión, de llegar a ser esto necesario.

4. Los contratos de Interconexión

La LOTEL, como ya se ha dicho, determina la obligación y el derecho correlativo de todo operador de una red de telecomunicaciones de interconectarse y de permitir la interconexión de los operadores de redes de telecomunicaciones. Tal como se explicó antes, uno de los principios fundamentales que rigen este derecho-obligación, es la libertad de negociación, puesto que en principio la iniciativa de dicha negociación pertenece a cualquiera de los operadores de las redes de telecomunicaciones. En efecto, la ley indicada²⁴, establece:

“La iniciativa de solicitar la interconexión puede partir de cualquiera de los operadores involucrados en la misma. En caso de solicitud, la misma deberá hacerse en forma escrita, señalando con toda precisión los elementos técnicos y económicos a que haya lugar. El solicitante deberá remitir copia de la solicitud con el correspondiente acuse de recibo a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para su información”.

De la norma transcrita pareciera que pudiesen existir en los contratos de interconexión dos (2) maneras básicas para su concreción: 1) A solicitud de uno de los operadores de una red pública de telecomunicaciones que conduzca a la celebración de un contrato de interconexión; 2) Por iniciativa de CONATEL; sin embargo, en vista de la redacción definitiva de la normativa acerca de la interconexión en la LOTEL, en realidad la interconexión sólo puede iniciarse a iniciativa de uno de los operadores²⁵, o en un caso francamente raro, a iniciativa

23 Artículo 17, Reglamento de Interconexión.

24 Artículo 132, Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

de ambos. En todo caso, cualquiera que sea la manera en que se haya producido la iniciativa para negociar la interconexión, en caso que las partes no logren ponerse de acuerdo respecto a las condiciones generales o especiales del contrato en el plazo establecido en la ley, intervendrá el órgano regulador estableciendo las condiciones que regirán en lo sucesivo la interconexión.

En cuanto a los requisitos formales de la solicitud, esta debe ser presentada por escrito y contener las determinaciones y precisiones establecidas en el Reglamento de Interconexión²⁶. Aparte de lo anterior, el operador de la red pública de telecomunicaciones que solicite la interconexión, tiene la obligación de remitir copia de la solicitud en cuestión, con el acuse de recibo del mismo por parte del operador al cual se le solicitó a Conatel

Es de hacer notar que, si bien es cierto que existe plena libertad para negociar los acuerdos de interconexión, dentro de lo cual se incluye la posibilidad de establecer los medios de negociación de los contratos, también es cierto que dentro de la libertad de negociación la LOTEL establece una limitación que viene dada por el tiempo máximo que se establece para lograr el contrato de interconexión, ya que si no logran el acuerdo en el plazo perentorio de sesenta días continuos, contados desde la fecha de recepción de la solicitud de interconexión²⁷, deberá intervenir el organismo regulador para sentar las bases respecto de las cuales se llevará a efecto la interconexión, en la respectiva orden de interconexión.

En cuanto al contenido de los contratos de interconexión contendrá al menos el lapso y las modalidades bajo las cuales se ejecutará el acuerdo; Las obligaciones a cargo de cada operador, y la expresión del término en que cualquiera de ellas podrá solicitar a la otra la revisión del acuerdo respectivo, el cual no podrá exceder de dos años. El Capítulo Segundo del Reglamento de Interconexión establece que los contratos deben contener como mínimo las condiciones generales, económicas y técnicas que dicho reglamento establece.

1. *Condiciones Generales:* Dentro de las condiciones generales deberá indicarse las obligaciones que le interconexión determina para cada uno de los operadores, la descripción de los servicios que serán prestados a través de las redes públicas interconectadas; así como el establecimiento de los mecanismos que servirán para medir el tráfico cursante entre las redes interconectadas, con base en el cual se calcularán los cargos de interconexión. De igual modo se deben establecer los procedimientos utilizados para el intercambio de la información necesaria entre los operadores de las redes interconectadas

²⁵ La redacción del artículo 132, al indicar que: "...en caso de solicitud..." pareciera abrir la posibilidad de que exista otro tipo de iniciativa para la interconexión, lo cual alude sin duda, a los proyectos de Ley Orgánica de Telecomunicaciones que permitían que la interconexión se llevara a cabo a iniciativa del organismo regulador; cuestión desestimada por el proyecto aprobado por la Comisión Legislativa Nacional.

²⁶ Artículo 39, Reglamento de Interconexión.

²⁷ Artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 38 del Reglamento de Interconexión.

(servicios de red, consultas, reclamos, etc.). Los procedimientos que serán empleados para atender situaciones de contingencia que afecten la interconexión. El tiempo que durará la interconexión, así como la duración total del contrato y procedimientos para su revisión o renovación; el régimen respecto a las indemnizaciones por incumplimientos.

2. *Las condiciones económicas:* Dentro de estas condiciones económicas se resumen todas las condiciones que deben indicarse en el contrato que versen acerca de la responsabilidad acerca de los costos y gastos que determine la interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones. Es de hacer notar que en materia de interconexión existe un principio general que rige la materia y que se encuentra plasmado en el artículo 21 del Reglamento respectivo, que es que todos y cada uno de los costos que implique el lograr la interconexión, por concepto de gastos de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones que resulten necesarias para llegar hasta el punto o los puntos de interconexión, deben ser en principio cubiertos por el operador que solicita la interconexión. Sin embargo, en el texto del contrato, los operadores podrán acordar mecanismos para compartir los costos por las inversiones señaladas. En cambio, los pagos por concepto de coubicación de equipos podrán ser establecidos libremente por las partes contratantes. En lo atinente a los cargos por interconexión, el artículo 133 de la LOTEL, establece: “Las partes fijarán de común acuerdo los cargos de interconexión en los contratos que al efecto celebren, orientándolos a costos que incluyan un margen de beneficio razonable...” Como puede verse, en el contrato de interconexión deben establecerse los cargos por interconexión, así como la manera de establecer la evolución de los mismos en el tiempo²⁸. De igual modo debe quedar establecidos de manera clara los costos de los operadores, la tasa de retribución del capital, así como las fórmulas para el reajuste de los costos (las cuales deben tomar en consideración el avance tecnológico, a los efectos de determinar los costos en el futuro)²⁹. Aparte de la precisión en cuanto a los costos, en los contratos de interconexión, se debe establecer los mecanismos que se creen para la correcta medición, verificación, control y tasación del tiempo de tráfico nacional e internacional (tomando en cuenta que la base de medición debe ser en base a segundos).

3. *Condiciones Técnicas:* En los contratos de interconexión deberán indicarse toda una serie de condiciones de carácter técnico, las cuales deberán

²⁸ En idéntico sentido el artículo 23 del Reglamento de Interconexión, que determina además la obligación de establecer el procedimiento respecto al intercambio de cuentas y aprobación y pago de las facturas.

²⁹ Esta obligación determina correlativamente la necesidad de establecer por parte de los operadores de redes interconectadas, sistemas de control contable que permitan establecer de manera específica los costos de cada uno de ellos, así como la distribución de los costos indicados (artículo 26 del Reglamento de Interconexión), los cuales deben estar ajustados al plan único de cuentas para el sector de las telecomunicaciones.

incluir, entre otras: la ubicación geográfica de los puntos de interconexión; las condiciones acordadas, sus términos y condiciones; los diagramas de interconexión de los sistemas; las características de las señales a transmitir por el sistema; los requisitos de capacidad de los sistemas involucrados; los índices apropiados de calidad de servicio, nacionales e internacionales; los procedimientos para detectar y reparar averías, etc. De igual modo deberán incluirse un proyecto técnico con descripción de las obras, tiempos de ejecución, así como programa de mantenimiento de las redes interconectadas. Es de hacer notar que los operadores de las redes públicas de telecomunicaciones a interconectarse deberán realizar las modificaciones y ampliaciones en sus redes que resulten necesarias para la mejor operación de las mismas, tomando en consideración el volumen de tráfico de la red interconectada. En estos casos, el operador de la red que deba realizar las modificaciones o ampliaciones, deberá notificar, con por lo menos treinta días continuos de antelación al otro operador, con el objeto de notificar acerca de las capacidades de infraestructura requeridas³⁰.

Una vez que ha sido suscrito el contrato de interconexión por las partes (el cual debe ser autenticado), las partes deberán notificar a CONATEL dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su suscripción, a fin de informarle al ente regulador el hecho de haber conseguido un acuerdo respecto a la interconexión de las redes públicas que operan, remitiendo un ejemplar original de los acuerdos celebrados³¹. CONATEL, podrá formular los comentarios acerca del contrato en cuestión, dentro de un plazo de cuarenta y cinco días siguientes a tal notificación; resulta conveniente precisar que estos ‘comentarios del organismo regulador’ tendrán el carácter de *adendum* informativo al mismo “y estará disponible al público conjuntamente con el acuerdo de interconexión” (artículo 134 de la LOT y 42 del Reglamento de Interconexión). De lo anteriormente descrito se deduce que este *adendum* informativo no tiene carácter vinculante por lo que: “... es claro que dichos comentarios no tienen carácter vinculante, por lo que no afectan el contenido del contrato celebrado, sino que, por el contrario, son simples informaciones para el público en general”³².

5. Intervención de CONATEL:

Establece el artículo 133 de la LOTEL:

³⁰ Artículo 35, Reglamento de Interconexión.

³¹ Artículo 32, Reglamento de Interconexión.

³² Esta obligación determina correlativamente la necesidad de establecer por parte de los operadores de redes interconectadas, sistemas de control contable que permitan establecer de manera específica los costos de cada uno de ellos, así como la distribución de los costos indicados (artículo 26 del Reglamento de Interconexión), los cuales deben estar ajustados al plan único de cuentas para el sector de las telecomunicaciones.

“...Cuando las partes no logren acuerdo en el plazo previsto para ello, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispondrá de un lapso no mayor de treinta días continuos prorrogables por igual tiempo, para ordenar que se haga efectiva la interconexión solicitada, y establecer las condiciones técnicas y económicas de la misma.

La actuación de dicha Comisión, en este caso, deberá ser la estrictamente necesaria para proteger los intereses de los usuarios y se realizará de oficio, o a instancia de ambos interesados o de uno de ellos y su decisión será dictada previa audiencia de las partes afectadas”.

De la norma transcrita puede colegirse, que si bien es cierto que en principio las partes son libres para negociar los contratos de interconexión, de no lograrse entre las partes un acuerdo en el lapso perentorio de sesenta (60) días continuos, el organismo regulador contará con un lapso no mayor de treinta (30) días continuos, prorrogables por un período igual, para ordenar que se haga efectiva la interconexión que ha sido solicitada, estableciendo las condiciones de carácter técnico y económicas bajo las cuales se realizará dicha interconexión. En este caso la Comisión actuará de oficio o a instancia de parte interesada.

Para poder establecer CONATEL la orden de interconexión, previamente debe establecer un procedimiento sumario en el que se garantice la audiencia de las partes involucradas. El artículo 47 del Reglamento de Interconexión, establece respecto de este procedimiento sumario, lo siguiente:

“El acto de apertura del procedimiento administrativo contendrá las siguientes menciones:

1. El lapso en el cual las partes involucradas deberán comparecer por ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, que en ningún caso podrá ser superior a cinco (5) días continuos contados a partir de la notificación del mencionado acto.
2. Requerimiento de toda la información relacionada con la negociación de interconexión. En tal caso, los operadores involucrados, deberán especificar aquellos aspectos en los cuales hubieran llegado a un acuerdo y la posición de cada uno de ellos frente a los puntos controvertidos para el momento de la apertura del procedimiento.
3. Requerimiento de la información técnica y económica que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones estime necesaria a los fines de fijar los términos y condiciones de la interconexión, de conformidad con las previsiones del presente Reglamento.
4. Mención expresa de las sanciones aplicables de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en caso de demora injustificada, abstención, negativa o suministro inexacto o incompleto de la información requerida.
5. Requerimiento de cualquier otra información que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones estime pertinente para fijar los términos de la interconexión”.

Conviene precisar que mientras dure el procedimiento sumario y antes de que CONATEL pueda dictar decisión respecto a la orden de interconexión, las partes no podrán negociar acuerdo alguno, y que la orden de interconexión tiene un carácter vinculante para las partes contratantes. De donde cabría preguntarse si realmente en los contratos de interconexión realmente priva la

autonomía de la voluntad, por cuanto la autoridad administrativa puede, en todo caso establecer las normas que regirán la interconexión, claro está, siempre y cuando las partes contratantes no logren cristalizar un acuerdo dentro del término de sesenta días continuos establecido por la norma. Cabe destacar sin embargo, que la Comisión tiene la obligación de respetar los acuerdos que hayan alcanzado las partes sobre los puntos no controvertidos³³, los cuales deberían ser informados por los operadores a CONATEL, lo cual constituye un límite material al poder decisorio de la comisión respecto de la orden de interconexión, salvedad hecha de aquellas disposiciones acordadas por las partes que: "...por causa motivada, estime que el mantenimiento de los mismos, o de alguno de ellos, interfiera, impida, obstaculice o menoscabe la fijación del resto de las condiciones técnicas o económicas previstas en el presente Reglamento"³⁴. La orden de interconexión tiene un carácter vinculante para las partes, no obstante las condiciones establecidas en la referida orden de interconexión pueden ser revisadas anualmente. "Sin embargo, entendemos que dado el carácter vinculante de la orden de interconexión, el contrato que suscriban con posterioridad las partes deberá contener, al menos, los requisitos y señalamientos establecidos en la orden de interconexión dictada por CONATEL. De allí que el artículo 53 del Reglamento de Interconexión, señale que las condiciones de la orden de interconexión podrán ser revisadas por CONATEL en períodos anuales, contados a partir de la fecha en la que se dictó la misma"³⁵.

6. Fijación de los cargos por interconexión

La fijación de los cargos por interconexión que realizará CONATEL en la correspondiente orden de interconexión debe ajustarse a los parámetros fijados por el reglamentista en el artículo 44 del reglamento respectivo, de acuerdo con los siguientes principios³⁶:

“1. Los cargos de acceso se determinarán en función de los gastos por el establecimiento, operación y mantenimiento de las instalaciones que permitan la interconexión física y lógica de las redes públicas de telecomunicaciones.

2. Los cargos de uso se determinarán sobre la base de costos incrementales de largo plazo con desagregación de elementos, atendiendo a las teorías y principios económicos generalmente aceptados, de conformidad con el modelo que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones haya elaborado. La base de cálculo a considerar para la determinación de dichos costos será:

- a) Costos de operación y mantenimiento correspondientes a los elementos de red utilizados para la interconexión.

³³ Artículo 52, Reglamento de Interconexión.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ “Procedimiento para el Establecimiento de Contratos de Interconexión en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Interconexión”. Artículo publicado por el Escritorio de Abogados Badell & Grau en la página web: <http://www.badellgrau.com/Procedimiento%20Interconexion.htm>

³⁶ Artículo 44, Reglamento de Interconexión.

- b) Una tasa razonable de retribución de capital, asociada a los elementos de red utilizados para la interconexión.
- c) Costos comunes causados por la interconexión”.

Como puede verse, la norma en comento establece elementos de carácter objetivo que permiten establecer los cargos por interconexión por parte del organismo regulador; en consecuencia la Comisión no es libre de establecer a su real saber y entender los cargos por concepto de uso y acceso a las redes de telecomunicaciones, sino que por el contrario, el reglamento establece los parámetros en base a los cuales estos cargos deben ser fijados por el ente regulador. Esta norma debe concatenarse con la Disposición Transitoria Primera del Reglamento de Interconexión, que determina que durante los dos primeros años de vigencia del Reglamento respectivo, CONATEL establecerá los cargos de interconexión en base a los resultados de un estudio comparativo internacional (benchmarking), basado en mercados de telecomunicaciones en libre competencia. En este sentido, en fecha 9 de abril de 2001, se dictó la Resolución N° 030 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones que establece los valores referenciales y reglas a utilizar por parte de CONATEL para establecer los cargos de interconexión para los servicios de telefonía básica en las modalidades de local, larga distancia nacional e internacional y móvil, referentes a los cargos por uso, pues los cargos por acceso se determinarán de conformidad a lo establecido en el artículo 133 de la LOTEL, mediante un estudio pormenorizado para cada caso en particular.

7. Conclusiones

1. La interconexión se encuentra regulada por el Título Séptimo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, así como por el Reglamento de Interconexión dictado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según Decreto 1093 (Publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.085 del 24 de noviembre de 2000). De acuerdo con esta obligación todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones tienen la obligación de permitir la interconexión con sus redes de los operadores de otras redes públicas que así lo soliciten.

2. La interconexión constituye un verdadero derecho-obligación, por cuanto corresponde al derecho de todo operador de una red pública de telecomunicaciones el poder acceder a cualquier otra red pública, correlativamente a la obligación que compete a cada uno de ellos de permitir la interconexión de los otros titulares de las redes públicas de telecomunicaciones.

3. La interconexión debe realizarse en base a los principios de neutralidad, buena fe, igualdad de acceso, transparencia y no discriminación, los cuales permiten realizar una conexión en términos competitivos, no discriminatorios y orientados hacia los costos.

4. La negociación de los términos de interconexión se realiza por las partes contratantes de manera libre acordando las partes los términos bajo los cuales se llevará a cabo dicha negociación, estableciéndose por parte de ellos los

términos que regirán la relación contractual en materia de interconexión. Estas negociaciones se inician a solicitud del operador interesado en lograr la interconexión. Este proceso de negociación debe culminar en un término de sesenta días continuos, contados desde la fecha en que el operador a interconectar reciba la solicitud de interconexión. Si en este término perentorio no es posible conciliar los intereses de los incumbentes, el organismo regulador debe dictar una orden de interconexión en el plazo de treinta días, prorrogables por treinta días más, la cual tendrá carácter vinculante para las partes y que deberá respetar en la medida de lo posible los términos sobre los cuales las partes sí lograron ponerse de acuerdo.

5. Para dictar el acto que ordene la interconexión, CONATEL deberá sustanciar un procedimiento sumario, en el que se garantice la audiencia de las partes involucradas. Una vez materializada la intervención de CONATEL para determinar los parámetros de la interconexión, las partes están imposibilitadas de realizar negociaciones para alcanzar un acuerdo.

6. Las partes podrán suscribir posteriormente un acuerdo o contrato de interconexión donde deberán recoger las determinaciones establecidas por CONATEL en la orden de interconexión, dado el carácter vinculante que éste tiene para las partes.

Resumen

La interconexión de las telecomunicaciones constituyen un principio cardinal para el nuevo régimen jurídico del sector de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones promulgada en el 2000. La interconexión constituye una consecuencia del principio de la concepción de las actividades de telecomunicaciones como actividades competitivas que se rigen por el principio

de libertad de empresa lo que incluye la libertad de entrada al mercado, la libertad de acceso a la red, de libre contratación, de formación competitiva de precios y de inversión. La interconexión constituye un derecho-obligación por cuanto todo operador de una red pública de telecomunicaciones tiene la obligación de permitir que otro operador se interconecte con la suya, y por otra parte correlativamente tiene el derecho de interconectarse a las demás redes públicas. El objetivo de la interconexión es establecer comunicaciones entre los usuarios de las diversas redes de modo que de cualquier equipo terminal del abonado a una de las redes se puedan iniciar y recibir comunicaciones que tengan como destino u origen otro equipo terminal de un abonado de otra red de telecomunicaciones.

Abstract

Throughconnection of telecommunications constitutes a cardinal principle for the new legal regime of the area according to the Organic Law of Telecommunications (OLT) promulgated in 2000. Throughconnection is a consequence of the principle of the conception of telecommunication activities as competitive activities that are ruled by the principle of free market system, which includes freedom of entrance in market, freedom of accessing the web, freedom of contracting, of competitive formation of prices and investment. Throughconnection constitutes a right-obligation, by which any operator of a public telecommunication web has the obligation to allow that another operator be connected through with his/hers, and on the other hand, correlatively has the right to connect through the rest the public webs. The aim of throughconnection is to establish communications among various web users in a way that any terminal piece of equipment of the subscriber of one of the webs may initiate and receive communications having as destination or origin another terminal piece of equipment of subscriber of another telecommunication web.

Monopolio y competencia en el Derecho Comunitario Europeo de las Telecomunicaciones

Antonio Jesús Sánchez Rodríguez*

“El gran mercado es un reto. En el terreno de las telecomunicaciones ofrecerá un nuevo marco reglamentario y de gestión más amplio, que fomentará la investigación y el desarrollo y propiciará la creación de redes de alta capacidad, que constituirán un elemento esencial de la dinamización de nuestro potencial productivo. Es una oportunidad que debemos aprovechar en aras del empleo y del porvenir de la tecnología europea”.

Jacques DELORS.

SUMARIO: I. Introducción. II. Tratamiento jurídico de las telecomunicaciones en Derecho Comunitario. III. Asunción de poderes por la comisión y superación de los primeros obstáculos. IV. Las fases de liberalización de las telecomunicaciones en Derecho Comunitario. V. Breve referencia al cable y el satélite. VI. Reflexión final.

I. Introducción

La Unión Europea, como sabemos, es la unión económica y política de ámbito supranacional más importante del mundo, estando integrada actualmente por quince países del oeste de Europa pero con perspectivas de que a medio plazo se amplíe hacia países del este y Turquía.

La unión de mercados y la paulatina cesión de soberanía de los Estados miembros a las autoridades comunitarias tiene un reflejo en el ámbito de las telecomunicaciones. Es objeto de este artículo analizar someramente cómo se ha realizado lo que aquí podríamos denominar *unión europea de las telecomunicaciones*.

* Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. asanchez@endesa.es

Las telecomunicaciones son un servicio esencial para el desarrollo económico. No puede existir una Economía avanzada sin unas telecomunicaciones igualmente avanzadas. En los años ochenta este criterio fue ampliamente expresado por los políticos tanto en Estados Unidos como en Europa. Mientras en Estados Unidos se hablaba de crear una gran red de banda ancha que cubriera todo el territorio¹, en Europa se quería crear una red paneuropea² implicando a todos los Estados miembros de la Unión Europea y a todas las fuentes de financiación posibles, públicas y privadas³.

Para lograr ese objetivo, tanto en Estados Unidos como en Europa se pensó que la mejor forma era la apertura a la competencia del mercado de las telecomunicaciones. Hasta los años ochenta el servicio había sido prestado por operadores de telecomunicaciones en régimen de monopolio, por lo que se hacía necesario reformar todo el régimen jurídico vigente. Las instituciones comunitarias se encargarían de ello.

Los años ochenta y noventa fueron años de intensa actividad legislativa en el seno de las instituciones comunitarias. En ese periodo de tiempo se dictaron numerosas normas relativas a casi todos los aspectos de la industria de las telecomunicaciones. El resultado de dicha iniciativa legislativa comunitaria, no obstante, fue confuso, por cuanto la profusión de textos normativos introdujo cierta *asistematicidad*, y la reforma encontró una férrea oposición tanto en los operadores públicos de telecomunicaciones como en algunos Estados miembros⁴.

Todas estas normas pretenden mejorar el sector de las telecomunicaciones mediante la introducción de competencia en el mismo. De ahí los recelos de los antiguos monopolios nacionales y de algunos Estados miembros, reacios a perder el control sobre la prestación del servicio en beneficio de múltiples nuevos operadores privados.

¹ *Technology for America's Economic Growth. A New Direction to Build Economic Strength*, de febrero de 1993. Para esta parte, *vid.* QUADRA-SALCEDO, T.: "El Derecho europeo de las telecomunicaciones", en VV. AA.: *Ordenación de las telecomunicaciones*, Madrid, CGPJ, 1997; y LAGUNA DE PAZ, J. C.: "Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario", en *REDA*, n. 88, 1995. También SUÑE LLINAS, E.: "Marco jurídico de las telecomunicaciones en la Unión Europea y en España", en DAVARA, M. A. (coord.): *X Años de Encuentros sobre Informática y Derecho, 1996-1997*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

² *Vid.* Recomendación del Consejo, de 12 de noviembre, *sobre armonización en el campo de las telecomunicaciones* (84/549/CE).

³ *Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y aparatos de telecomunicaciones* (COM (87) 290 final).

⁴ La Comisión utilizó la liberalización de las telecomunicaciones como *prueba piloto* con una intención mucho más amplia de reforma del conjunto de servicios públicos. RODRÍGUEZ, R.: "La liberalización de las telecomunicaciones en la U E", CREMADES, J. (coord.): *Derecho de las Telecomunicaciones*, Madrid, La Ley, 1997, p. 280.

⁵ Los *derechos exclusivos* son los derechos concedidos por un Estado miembro a una empresa para reservar el derecho de un servicio de telecomunicaciones o de emprender una actividad, mediante cualquier instrumento legal, reglamentario o administrativo, y dentro de una zona geográfica determinada. Los *derechos especiales* son los derechos concedidos por un Estado miembro a un número limitado de empresas mediante un instrumento legal, reglamentario

El objeto de la reforma normativa que favoreciera la competencia era la eliminación de los *derechos exclusivos* y *derechos especiales*⁵ que disfrutaban los antiguos monopolios. Esto es la liberalización de las telecomunicaciones. Eliminando estos *privilegios*⁶, siempre que no estén justificados por razones de interés general, se cumple con el objetivo fundacional o constitucional de llegar a un alto grado de competitividad en el seno de la Unión Europea (art. 2 del Tratado de Roma, TCEE) en el sector de las telecomunicaciones.

II. Tratamiento jurídico de las telecomunicaciones en Derecho Comunitario

1. Normas de derecho originario

Las telecomunicaciones son uno de los *servicios de interés económico general* que el Tratado de Amsterdam (última modificación del derecho fundacional o constitucional de la Unión Europea, fundamentalmente del Tratado de Roma), en su modificación del art. 16 TCEE, ha ascendido a la categoría de *valores comunes de la Unión*.

Esos servicios, en virtud de lo dispuesto en el art. 26 TCEE⁷, admiten la liberalización mediante Directivas, siempre que la situación económica general y del sector afectado lo permita, a través de la limitación o eliminación de los

o administrativo que limite a dos o más el número de empresas autorizadas a prestar un servicio en una zona, designe a varias empresas que compitan entre sí esos derechos o 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 de telecomunicaciones o emprender la misma actividad en la misma zona geográfica y en unas condiciones básicamente similares (art. 1, Directiva 90/388/CE).

6 Dice el Considerando Sexto de la Directiva 96/19/CEE que “*en casi todos los Estados miembros competirán (los operadores entrantes en un mercado) con los actuales organismos nacionales de telecomunicaciones que disfrutaban de derechos exclusivos y especiales para prestar no sólo servicios de telefonía vocal sino también para crear y suministrar la infraestructura correspondiente, incluida la adquisición de derechos irrevocables de uso en los circuitos internacionales. La flexibilidad y aumento de opciones que este sistema ofrece impedirán que esta posición dominante se vea amenazada dentro de una competencia normal, una vez liberalizados los servicios de telefonía vocal. Con ello, los organismos de telecomunicaciones podrán mantener la posición dominante en sus respectivos mercados nacionales, a menos que se conceda a las nuevas empresas en el mercado de la telefonía vocal los mismos derechos y obligaciones. En particular, si no se ofrece a las empresas recién llegadas al mercado la posibilidad de elegir libremente la infraestructura necesaria para sus servicios, en competencia con el operador dominante, esta restricción impediría en la práctica su entrada en el mercado de la telefonía vocal, incluido el del suministro de servicios transfronterizos. El mantenimiento de derechos especiales que limiten el número de empresas autorizadas para crear infraestructura y suministrarla restringiría la libre prestación de servicios*”.

7 Otros preceptos constitucionales a aplicar son: (1) art. 6, mercado interno con abolición de todas las restricciones que impidan la libre circulación; (2) art. 3g, requerimiento de un sistema de competencia no falseada en el mercado interior; (3) art. 3o, el fomento de la creación y desarrollo de las redes transeuropeas; (4) art. 5, cumplimiento de las obligaciones del Tratado por todos los Estados miembros; (5) arts. 28-31, libre movimiento de mercancías mediante la eliminación de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros; (6) arts. 43-48, libre

derechos exclusivos y derechos especiales no amparados por razones de interés general (art. 86 TCEE).

2. Derecho derivado

En desarrollo de las anteriores previsiones normativas de derecho originario han actuado la Comisión y el Consejo de Ministros, dependiendo tanto de su capacidad negociadora como de su poder normativo.

III. Asunción de poderes por la comisión y superación de los primeros obstáculos

1. Planteamiento general

Las primeras normas jurídicas comunitarias liberalizadoras recibieron desde casi todos los Estados miembros grandes críticas y una férrea oposición, especialmente desde algunos de ellos⁸, debido a que los operadores públicos nacionales consideraban que aún no existía un mercado suficientemente fuerte como para proceder a liberalizarlo sin merma de los principios y objetivos de servicio público (continuidad del servicio, acceso, universalidad del mismo, etc.).

2. La inicial y dudosa legitimación de la comisión

2.1. Crítica a la inicial falta de legitimidad de la Comisión

La iniciativa en la política legislativa comunitaria liberalizadora la tuvo la Comisión. En un discreto segundo plano quedaba el Consejo de Ministros. También tuvo un papel importante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

La Comisión manifestó, desde el principio, una mayor voluntad liberalizadora que el Consejo de Ministros. El Consejo estaba mediatizado por los intereses de los grandes operadores públicos nacionales y la creación de una política armonizada de liberalización precisamente lo que hacía era socavar esos intereses.

Pero la Comisión no estaba suficientemente legitimada por el derecho fundacional o constitucional y hubiera sido necesaria una reforma del mismo para que pudiese tomar las decisiones que tomó.

prestación de servicios; (7) arts. 81-86 normas reguladoras de la competencia; (8) art. 95, unificación de legislaciones nacionales; (9) arts. 131-134 política comercial común; (10) art. 153, protección de los consumidores; y (11) art. 154, fomento de las redes transeuropeas.

⁸ A destacar la oposición manifestada por Francia, Italia, Bélgica, Alemania y Grecia, a la que se terminaría uniendo España. *Vid.*, sobre el particular, más ampliamente, QUADRASÁLCEDO, T.: *Liberalización, servicio público y constitución económica europea*, Madrid, CEC, 1996. También ARAUJO BOYD, M; CABRERA ZARAGOZA, S; "Introducción a la Normativa Comunitaria de Liberalización de las Telecomunicaciones", cit., pp. 21-23.

Consciente de sus extralimitaciones, y para hacer que la discusión sobre ellas no deviniera estéril, la Comisión, en las Directivas más importantes, desde la experiencia de ver cómo se recurrían ante el TJCE las primeras Directivas (liberalización de terminales de telecomunicaciones), palió con el tiempo su falta de legitimidad buscando el máximo apoyo de los Estados en el seno del Consejo de Ministros, el Parlamento e incluso entre los agentes económicos afectados. Desde entonces, el consenso ha existido con relativa frecuencia y cuando no ha existido ha tenido que ser el TJCE el encargado de solucionar las controversias, generalmente en forma favorable a la Comisión⁹. Después ha sido la reforma del derecho originario la que, a la postre, ampararía a la Comisión en su iniciativa liberalizadora.

La Comisión dictó Directivas (normas comunitarias que han de integrarse en Leyes de cada Estado miembro), desde el primer momento en que el TJCE le respaldó en sus decisiones para limitar los *derechos exclusivos* y *derechos especiales*. Actuaba bajo los principios del art. 85 TCEE (que permite a la Comisión aplicar las normas del Tratado mediante Directivas o Decisiones apropiadas), requiriendo la introducción de libre competencia en los mercados nacionales.

La misión de las Directivas ha de ser la aplicación imparcial de las normas de derecho originario, respetando las preocupaciones de los agentes socioeconómicos y políticos dentro del marco legislativo creado por el Consejo de Ministros y el Parlamento. En esa aplicación, aunque el poder legislativo de la Comisión no es ilimitado, no se restringe a las medidas meramente declaratorias (casos *Lagauche* y *Evrard*, C-46/90 y C93/91, referidos a la Directiva sobre liberalización de equipos terminales). Mientras, el Consejo adoptó Directivas bajo los principios del art. 100a TCEE¹⁰ en orden a armonizar las condiciones técnicas relevantes.

La Comisión también ha utilizado la vía armonizadora de legislaciones según el art. 95 TCEE, pero muchos Estados miembros se quejaron de la utilización de esa vía ante el TJCE. En la impugnación por Francia de la Directiva 88/301/CEE de la Comisión (C-202/88¹¹), el TJCE criticó a la Comisión que utilizara

⁹ Esta doctrina se empezaría a plasmar desde la Sentencia de 19 de marzo de 1991, caso *República Francesa c. Comisión*, en un intento de anulación de la Directiva 88/301/CEE de liberalización de terminales.

¹⁰ Actual art. 95 TCEE: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes (Aproximación de legislaciones) para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14 (mercado interior). El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. 2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena”.

¹¹ Vid. FOLGUERA CRESPO, J. y NAVARRO VARONA, E.: “Aplicación de los artículos 30, 59, 85, 86 y 90 del Tratado CE”, en CREMADES, J. (coord.): *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, La Ley, 1997, pp. 237-238.

un poder legislativo que iba más allá de la adopción de normas reguladoras de los monopolios nacionales, adentrándose en el poder general que sólo tiene atribuido el Consejo para adoptar medidas de armonización de acuerdo con el art. 95 TCEE, o medidas en base al art. 87 TCEE, que le permite dar efecto a los principios de los actuales arts. 81 y 82 TCEE (los que hacen referencia a la libre competencia como uno de los objetivos del Tratado¹²). Unos principios que, a su vez, tendrán que coordinarse con lo establecido en los actuales 295 y 86.1 TCEE, que permiten, respectivamente, la propiedad pública sobre las empresas en régimen de concurrencia con la propiedad privada (principio de *neutralidad*), y la existencia de un mercado sin privilegios (principio de *libre competencia*).

Pero el resultado general de la sentencia fue favorable a la Comisión. La liberalización de los terminales impulsada por ella, aun con la reticencia del Consejo, fue un hecho. Esto motivó a la Comisión a continuar sus planes, aun a costa de mantener el enfrentamiento con el Consejo, y se decide a aprobar la Directiva sobre la que se sustentaría posteriormente (gracias a sucesivas reformas de la misma), toda la liberalización de los servicios de telecomunicaciones en Europa: la Directiva 90/388/CEE.

Con esta Directiva se completa la labor liberalizadora de la Comisión en su primer cometido, esto es, la creación de las condiciones normativas adecuadas para que exista en un futuro una competencia real en el mercado de telecomunicaciones.

A pesar de lo que acabamos de expresar, no debemos pensar que desde siempre las instituciones comunitarias asumieron una decidida labor pro liberalizadora. Durante mucho tiempo (hasta mediados de los años ochenta), no dijeron nada sobre la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado contrarias a los monopolios. Incluso el TJCE, hasta el asunto *BT*, considera de motivación discrecional de los Estados miembros la decisión de conceder *derechos exclusivos* y *derechos especiales* a ciertas empresas¹³.

2.2. *Respeto a los Estados miembros de crear sus propios servicios públicos*

Aparte de la falta de legitimidad de la Comisión para encabezar una reforma ejerciendo unas competencias que, al menos aparentemente, correspondían al Consejo, hay otra crítica, ya que, tal y como la Comisión había planteado la reforma del régimen jurídico de las telecomunicaciones, parecía impedir a los Estados miembros establecer sus propios servicios públicos.

Si bien es cierto que el art. 86 TCEE limita la posibilidad de los Estados miembros de establecer servicios públicos que restrinjan la competencia injustificadamente, no se define el principio de *neutralidad* ante al estatuto, público o privado, de las empresas y ante la libertad de los Estados miembros

¹² Antiguos arts. 100a, 83, 85 y 86 TCEE.

¹³ QUADRA-SALCEDO, T. *Liberalización de las telecomunicaciones*, cit., p. 117.

no sólo para utilizar el estatuto público sino para incluso definir las misiones de interés general y el acierto y oportunidad del otorgamiento de los *derechos exclusivos y derechos especiales*.

Si seguimos una interpretación rigurosa del actual 86.2 TCEE, no existe realmente espacio para los monopolios en el ámbito de la UE, pues son tantos los límites impuestos para que el Estado pueda excluir de la competencia a una empresa, que hace inviable cualquier iniciativa del Estado¹⁴, algo que es contradictorio con el propio espíritu general del Tratado, que no quiere entrar en el régimen de propiedad de los Estados miembros, como así dice expresamente el art. 295 TCEE.

2.3. Ratificación de los poderes de la Comisión

Los poderes de la Comisión fueron reconocidos por el TJCE. En los casos *Hofner contra Macotron* y *La Crespelle* (C-41/90 y C0323/93) se delimitan esos poderes al establecerse que la mera creación de un operador con posición dominante mediante la asignación de *derechos exclusivos* no es incompatible con el Tratado. Un Estado miembro contravendrá las prohibiciones contenidas en el mismo si el operador en cuestión, cuando ejerce sus *derechos exclusivos*, es incapaz de actuar fuera de su posición dominante.

La comprobación de si se ha contravenido lo dispuesto en el Tratado se realizaría primero viendo si ha existido abuso de posición dominante y, después, considerando si esa contravención ha sido directamente provocada o favorecida por el Estado miembro en cuestión. En el caso *ERT* (C-260/89), el TJCE entiende que la asignación de *derechos exclusivos* a una estación de radio y televisión es contraria al (antiguo) art. 90 si se crea una situación en la que el operador *puede infringir* lo dispuesto en el (antiguo) art. 86. En la sentencia de 17 de noviembre de 1992, dictada en el caso *Reino de España y otros contra la Comisión* (C-271, 281 y 289/90) se termina diciendo que el mero hecho de otorgar *derechos exclusivos* o *derechos especiales* ya de por sí constituye un abuso¹⁵.

¹⁴ Cfr. WHISH, R.: *European Commission Policies and Technical Change. Competitive Impact and Regulatory Process*, Londres, Centre for the Study of Regulated Industries, 1992.

¹⁵ La sentencia resolvió la impugnación de la Directiva 90/388/CEE relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. También en este caso el TJCE admite la competencia de la Comisión. Los recurrentes habían alegado que el antiguo art. 90.1 TCEE permite la existencia de derechos exclusivos y derechos especiales, por lo que la Comisión, salvo que se haya identificado un abuso concreto, no puede imponer una Directiva en la que prohíbe dichos derechos. Haciendo referencia al asunto *GB-Inno-BM* (STJCE de 17 de noviembre de 1992), en el cual se resolvió la improcedencia de una regulación belga sobre el monopolio del mercado de terminales de teléfono, el TJCE concluye que la doctrina utilizada allí es ahora plenamente aplicable por cuanto tampoco se puede permitir el monopolio de los servicios. Los recurrentes habían alegado que el antiguo art. 90.1 TCEE permite la existencia de *derechos exclusivos y derechos especiales*, por lo que la Comisión, salvo que se haya identificado un abuso concreto, no puede imponer una Directiva en la que prohíbe dichos derechos.

Todas estas sentencias son ampliación de la sentencia *Sacchi* (C 155/73), que estableció que la creación de un monopolio legal debe estar justificado por un *objetivo legítimo nacional* y debe satisfacer el principio de *proporcionalidad*. Es decir, la restricción a la competencia no puede entenderse como la regla general sino como la excepción, de modo que el monopolio sólo se ha de permitir a la luz de las disposiciones del Tratado cuando sea proporcional, legítimo y responda a un objetivo nacional. Un ejemplo de objetivo nacional puede ser la necesidad de *tarifas uniformes* en todo el territorio del Estado miembro (caso *Courbeau* C-230/91¹⁶).

No obstante, mientras en la sentencia *Sacchi* se reconoce la existencia de monopolios siempre que no incurran en discriminaciones, en las posteriores se reconoce la existencia de monopolio siempre que no exista *riesgo potencial* de que se creen discriminaciones, con lo que se da un paso cualitativo importante, especialmente restrictivo, a la hora de justificar los Estados miembros no sólo los monopolios *de iure* nuevos sino incluso los ya establecidos desde antes de haber empezado la Comisión su labor liberalizadora.

2.4. *Límites a la labor comunitaria en la reforma del régimen jurídico de las telecomunicaciones: el principio de subsidiariedad*

Las instituciones comunitarias, en todo caso, han de dejar margen de maniobra suficiente para que los Estados miembros establezcan sus propias peculiaridades en la integración de las Directivas. Esto significa que las instituciones comunitarias no tienen competencia ilimitada en la regulación del sector de las telecomunicaciones y en concreto de los monopolios de telecomunicaciones, aunque la tengan para desarrollar una política legislativa contraria a los monopolios nacionales, de acuerdo con el art. 86.1 TCEE (caso *Francia c. Comisión*, C-202/88). En la creación de monopolios, la Comisión no tiene la última palabra sobre lo que ha de entenderse por *limitación proporcional* al principio de libre acceso y libre competencia, porque eso sería tanto como vulnerar la propia soberanía de los Estados miembros. Han de ser éstos quienes lo hagan y, en su caso, revisarlo el TJCE. Otra cosa sería que el Consejo estableciera o concretara esas limitaciones, en cuyo caso poco podrían decir individualmente los Estados.

¹⁶ Un residente de Lieja fue sometido a procedimiento penal por realizar tareas de recolección de cartas propia del monopolio de correos. Era un servicio distinto y de mayor calidad que el ofrecido por el servicio público de correos belga, pero que fue negado por el TJCE. JIMÉNEZ-BLANCO, A.: “Servicio público, interés general, monopolio: Recientes aportes del Tribunal Europeo de Justicia de la Comunidad Europea”, en *REDA*, n. 84, octubre-diciembre de 1994.

IV. Las fases de liberalización de las telecomunicaciones en Derecho Comunitario

1. Se empezó por lo más sencillos: SVA y Terminales

1.1. *Las primeras resoluciones judiciales*

La liberalización de los Servicios de Valor Añadido (SVA) comenzó a principios de los ochenta de forma parcial con resoluciones del TJCE¹⁷, especialmente en los asuntos 41/83, *Italia/Comisión*, y 311/84, *Centre belge d'études de marché-télémarketing c/ Compagnie Luxembourgoise de Télédiffusion (CLT) et S.A. Information Publicité Benelux (IPB)*.

Paralelamente, la Recomendación del Consejo de 12 de noviembre de 1984 perfiló algunas líneas maestras en la política comunitaria de telecomunicaciones: promover la creación de una infraestructura avanzada de telecomunicaciones en el territorio comunitario, facilitar la creación de un mercado común de servicios y equipos, y lograr un sector competitivo en el mercado mundial de la industria y los servicios de telecomunicaciones.

Inmediatamente después, el acuerdo del Consejo de 17 de diciembre de 1984 señalaría algunas pautas a seguir: coordinación de infraestructuras, creación de un mercado europeo de terminales y equipos, lanzamiento del programa de I+D RACE, promoción de servicios y redes avanzados en regiones periféricas, y definición de posturas comunes europeas¹⁸.

El objetivo de estos acuerdos aún no se encuentra en quitar competencias propias a las Administraciones nacionales para asumirlas las instituciones comunitarias sino en armonizar las políticas sobre telecomunicaciones de los distintos Estados miembros, aunque un año antes la Directiva 83/189/CEE ya evitaba que se introdujeran obstáculos al establecimiento del mercado único.

En 1986, el Acta Única Europea siguió sin incluir el sector de las telecomunicaciones dentro del Tratado. No obstante, indirectamente, ayudó mucho a la política comunitaria sobre el sector al debilitar los poderes de bloqueo de los Estados miembros en el Consejo en todo lo relativo al mercado interior, imponiendo las mayorías cualificadas en las votaciones, y las telecomunicaciones estaban ínsitas en dicho mercado interior, saliendo fortalecida la Comisión por ese debilitamiento del poder de bloqueo en el Consejo.

¹⁷ Anteriormente hubo algunas Resoluciones, pero estaban referidas al sector industrial y al mercado de equipos, como la Comunicación de la Comisión al Consejo de 1 de septiembre de 1980.

¹⁸ Los objetivos de esta Recomendación eran: (1) Definir los intereses de los usuarios, que cada vez demandan nuevos servicios y con un alcance superior al de las fronteras nacionales; (2) suprimir las barreras al libre comercio de los equipos y servicios de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en toda la Comunidad; y (3) garantizar la viabilidad de la industria europea ampliando sus mercados más allá de las fronteras nacionales para poder soportar sus costes de I+D; y (4). contribuir a la creación de un mercado competitivo. *Vid.*, más ampliamente, GAITÁN, R.; ESCARIO, M. y LÓPEZ, M. R.: *Las telecomunicaciones ante el mercado único*, Madrid, Fundesco, 1992, pp. 113-115.

En el *Libro Verde del desarrollo del Mercado Común de los servicios y equipos de telecomunicaciones* en 1987 (COM (87) 290), centrado en los SVA, se entiende pertinente que haya una mayor competencia para satisfacer las necesidades de una clientela cada vez más exigente¹⁹. Pero se dejó en régimen de monopolio a los servicios básicos de voz pública e infraestructura, aunque los Estados miembros pudieran introducir la competencia en sus mercados nacionales, como ya hiciera Gran Bretaña.

1.2. La Directiva 88/301/CEE

La Directiva 88/301/CEE de liberalización de los equipos terminales²⁰, sostiene que el monopolio sobre los terminales ejercido por los operadores públicos de telecomunicaciones ya no está justificado²¹ desde la perspectiva de un mercado paneuropeo²².

Esta Directiva tenía como antecedente a la Directiva 86/361/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el *reconocimiento mutuo de las homologaciones de equipos terminales*, y la Decisión 87/95/CEE, de 22 de diciembre de 1986, sobre *normalización en el campo de la tecnología de la información y de las telecomunicaciones*. Recurrida por Francia, el TJCE eliminó las referencias a los *derechos especiales*, por ser demasiado genéricas (asunto C-202/88, sentencia de 19 de marzo de 1991²³). No obstante, la liberalización de los terminales era ya un hecho y las industrias europeas aumentaron su producción

¹⁹ A este documento le siguieron el *Libro Verde del desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones*, COM (88) 48 final, y el *Informe sobre el estado de aplicación de una política de telecomunicaciones*, COM (88) 240 final.

²⁰ Integrando esta Directiva se dictó el R D 303/1991, de 8 de marzo, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las previsiones de la Directiva.

²¹ Los terminales ejercen una barrera para la competencia en la medida que evitan que el operador que presta el servicio en régimen de monopolio utilice su posición para impedir el acceso de otros operadores mediante el establecimiento de requisitos o especificaciones en los terminales, o incluso mediante la obligación sobre los usuarios finales de adquirir sus propios equipos terminales. GAITÁN, R.; ESCARIO, M. A. LÓPEZ, M. R.: *Las telecomunicaciones españolas ante el mercado único...*, cit., p. 132. La LOT, vigente entonces, ya establecía la plena libertad de adquisición de terminales, precisamente integrando las previsiones de las normas comunitarias sobre liberalización de equipos terminales, en su art. 13.4: "*los equipos terminales, cuyas funciones estarán especificadas en la definición de cada servicio final de telecomunicación, podrán ser libremente adquiridos a la entidad explotadora o a otra entidad, o cedidos por éstas mediante cualquier título jurídico válido*".

²² En el asunto *GB-Inno-BM* (STJCE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-18/88, Rec 1991, p. I-5973), se discutió sobre si la normativa belga que permitía al operador de telecomunicaciones homologar y adoptar normas relativas a los terminales telefónicos, ejerciendo de esa manera un completo control sobre el mercado de terminales, mientras que competía en el mercado de servicios con aquellos operadores que estaban vinculados por las normas primeras, era conforme a los principios del Tratado. En concreto, se pensó que era incompatible con el (antiguo) art. 30 TCEE la facultad de homologar los terminales no suministrados por el operador nacional de telecomunicaciones, por cuanto esto podría atentar contra la competencia.

superando la barrera que suponía la presencia de operadores con derechos especiales; simplemente se tenían que homologar sus equipos. Para mejorar la estandarización de dichos terminales se dictó la posterior Directiva 91/263/CEE²⁴. Toda esta política recibió el nombre genérico de ORA²⁵, *Oferta de Redes Abiertas*²⁶.

2. Oferta de redes abiertas y telefonía vocal

La siguiente etapa consistió en elevar la competencia a las redes e infraestructuras. Esto se consigue mediante el derecho de los nuevos operadores a acceder a las redes del operador monopolista. De esta manera, todas las redes (públicas) han de estar abiertas a la competencia.

2.1. Redes Abiertas

La normativa ORA estaba formada principalmente por la Directiva 92/44/CEE²⁷, la conocida como Directiva 90/388/CEE, la Directiva Marco ORA 90/387/CE, la Directiva 95/62/CE, y la Recomendación del Consejo del 5 de junio de 1992 sobre la aplicación de la ORA a los servicios de datos por comu-

²³ *Vid.*, más ampliamente, sobre esta sentencia, MATTERA, C.: “L’arrêt Terminaux de télécommunications du 19 mars 1991: interprétation et mise en oeuvre des articles 30/36 et 90 du Traité CEE”, en *Revue du Marché Unique Européen*, n. 3, 1991.

²⁴ Esta Directiva, modificada por la Directiva 93/68/CE, de 22 de julio, establece un sistema de reconocimiento de las homologaciones, de modo que un terminal que haya obtenido en un Estado miembro el certificado de conformidad puede ser libremente comercializado y utilizado en toda la Unión, sin tener que ser objeto de una nueva homologación en el Estado miembro que se pretende comercializar o utilizar.

²⁵ La Comunicación de 18 de mayo de 1984 ya había afirmado que el mercado europeo es estrecho y compartimentado, fragmentado y carente de pautas de normalización. La ORA supone una forma de superar este *statu quo*.

²⁶ *Implementing European Telecommunications Law Conference. Speeches and Résumés of panel discussions*, conference book de la conferencia 21-22 de noviembre de 1994, Bruselas, 1995, pp. 79-95. Cfr. también, ampliamente, QUADRA-SALCEDO, T.: *Liberalización de las telecomunicaciones...*, cit., pp. 38-42.

²⁷ El objetivo de la Directiva 92/44/CEE es conseguir que los operadores titulares de redes públicas de telecomunicaciones no tengan control abusivo (a expensas de sus competidores en el mercado de servicios) sobre las condiciones de acceso a la red. Esto implicaría, en todo caso, que esos operadores no puedan aplicar tarifas abusivas y utilizando la información sobre los servicios que sus competidores pretenden prestar, adquirida como suministradores de infraestructura, para captar clientes en el mercado de servicios. Sin embargo, al no imponer una separación estructural entre los operadores de telecomunicaciones como suministradores de líneas arrendadas y como prestadores de servicios, los logros en este punto son escasos, ya que “esta Directiva no impide a los operadores titulares de las redes emplear la información adquirida como suministradores de capacidad sobre pautas de utilización de los abonados, requisito necesario para dirigirse a grupos específicos de usuarios, y sobre elasticidad-precio de la demanda en cada segmento del mercado de servicios y en cada región del país”. (Considerando séptimo de la Directiva 96/19/CEE, de 13 de marzo, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones).

tación de paquetes (92/382/CEE), complementada por la Recomendación 92/383/CEE del Consejo del 5 de junio sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la RDSI (Red Digital de Servicios Integrados).

La ORA pretende la creación de un mercado interior, armonizando las condiciones de acceso de todos los operadores, favoreciendo una utilización abierta y eficaz de las redes y, en su caso de los servicios de telecomunicaciones. Persigue la creación de unas condiciones de oferta de redes abierta, es decir, garantizar el acceso a las redes y servicios en condiciones no discriminatorias, transparentes y objetivas (art. 3 Directiva 90/387/CE). En definitiva, se trata de armonizar con esta política las condiciones de acceso a las redes.

Estas condiciones podrán excepcionarse de acuerdo con lo que los propios textos comunitarios denominan *requisitos esenciales*, y que se pueden utilizar por los Estados miembros para no aplicar los principios ORA siempre y cuando estén debidamente justificados por razones de interés general (seguridad, mantenimiento de la red, interoperabilidad de los servicios, y protección de los datos).

Señalando expresamente cuáles pueden ser los requisitos esenciales utilizables por los Estados miembros como justificación para excepcionar las normas ORA, las instituciones comunitarias intentan evitar que aquéllos puedan ampararse en conceptos genéricos, indeterminados, demasiado vagos como para ser controlables por las propias instituciones comunitarias. Uno de esos conceptos genéricos es precisamente el de *interés general* establecido en el Tratado (actual art. 86 TCEE). Remitir a ese concepto hubiera supuesto, a la postre, una posible ineficacia de las normas ORA al poder ampararse en él fácilmente los Estados miembros para no permitir el libre acceso a sus redes.

De especial importancia en esta fase de liberalización es la política de *Redes Transeuropeas*, que se inició con una Resolución del Consejo de 22 de enero de 1990 por la cual se instó a la Comisión el inicio de los trabajos en esta materia. El resultado del trabajo de la Comisión se plasmaría en un informe provisional (COM (90) 310 final), un programa de acciones comunes (COM (90) 585 final), y una serie de Directivas y Recomendaciones sobre líneas alquiladas, servicios de datos y Redes Digitales de Servicios Integrados, etc.²⁸

Hubo, no obstante, algunos desacuerdos entre los Estados miembros sobre el ritmo de liberalización de las infraestructuras, la fijación de los costes del servicio universal, la necesidad de compartir frecuencias, etc. Pero, en general, existió un amplio respaldo en la creación de un marco eficaz sobre interconexiones, licencias, implantación de un sistema de contabilidad de costes y mantenimiento del servicio universal.

Es en esta época cuando las sucesivas reformas de la Directiva 90/388/CE²⁹ de la Comisión (que ha de relacionarse directamente con la Directiva 90/

²⁸ GAY FUENTES, C.: *La Televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 202.

387 del Consejo *relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones*, conocida como Directiva ORA), propugna la liberalización de todos los servicios excepto los servicios de telefonía vocal³⁰, la creación de autoridades independientes y una clara apertura a la competencia de los excedentes de capacidad de las redes.

La Directiva 90/388/CE liberalizó los servicios de telecomunicaciones, a excepción de los *servicios reservados* (satélite, telefonía móvil, radio búsqueda, radiodifusión y servicios de telefonía vocal para la población en general, que desde el 31 de diciembre de 1992 fueron solamente los servicios de telefonía vocal). Queda fuera de la aplicación de esta Directiva la televisión, que no se considera *telecomunicación*³¹.

2.2. El servicio telefónico básico (telefonía vocal)

Por Resolución del Consejo de 22 de junio de 1993 *relativa al informe sobre la situación del sector de las telecomunicaciones y la necesidad de que prosiga el desarrollo de ese mercado* (93/C 213/01), se decidió liberalizar el servicio telefónico básico a partir del primero de enero de 1998, concediendo períodos transitorios o de carencia para aquellos países que lo solicitaron³². Entramos, pues, en la liberalización plena de las telecomunicaciones en Europa.

3. La plena liberalización de las telecomunicaciones

²⁹ Esta Directiva es consecuencia de un acuerdo de diciembre de 1989 por el que la Comisión cumplía la obligación que le impone el Tratado de definir la aplicación de las normas de éste al sector de las telecomunicaciones. Posteriormente, esta Directiva ha sido confirmada por el TJCE en los asuntos C-271, 281, 289/90, y por el Consejo en julio de 1993 en 93/C213/01, que añade la reventa de los servicios públicos de voz a la liberalización.

³⁰ La *telefonía vocal* queda definida en el art. 1 como “*la prestación comercial al público del transporte directo e intercambio de expresiones a tiempo real entre los puntos de terminación de la red pública conectada, permitiendo a cualquier usuario del equipo conectado a tal terminación de red para comunicar con otro punto de terminación*”.

Las razones que alegó la Comisión para no liberalizar en estos momentos la telefonía vocal estuvieron basadas en la estabilidad financiera de los operadores públicos. La competencia en la prestación del servicio telefónico básico podría poner en peligro la estabilidad financiera de los operadores de telefonía y obstruir el cumplimiento de la misión de interés económico general que les había sido asignada.

³¹ AMORY, B.: “*Liberalising Services*», en *Implementing European Telecommunications Law Conference, Speeches and Résumés of panel discussions*, Bruselas, 1994, p. 69. España ha trasladado la normativa contenida en la Directiva liberalizadora de servicios con la LGTT. La UE ha firmado diversos acuerdos para armonizar dicha normativa con países de la EFTA y los países del Este, consciente de la importancia que tienen dichos acuerdos para la industria y para el desarrollo de las políticas de interconexión y de redes abiertas.

³² Esta Resolución fue dictada tras un período de consultas organizado por la Comisión un año antes. Hubo unanimidad del Consejo sobre la liberalización de todos los servicios de telefonía vocal antes del primero de enero de 1998, sin perjuicio de la fijación de períodos adicionales transitorios de hasta cinco años para permitir a los Estados miembros con redes

3.1. Resolución del Consejo de 22 de diciembre de 1994 (94/C 379/03)

La definitiva liberalización de las infraestructuras nació de una Resolución del Consejo. Las consultas en torno a sus propuestas dieron lugar al *Libro Verde sobre liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y redes de televisión por cable* (COM (94) 682 final)³³, y la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo (COM (95) 158 final).

Paralelamente, se propone la liberalización de las comunicaciones móviles y personales en el *Libro Verde sobre un enfoque en el área de las comunicaciones móviles y personales en el seno de la Unión Europea* (COM (94) 145 final), que pretende que se permita a los operadores de servicios móviles explotar y desarrollar sus redes creando infraestructuras *ex novo* o utilizando las preexistentes. También establece de forma suficientemente clara la necesidad de eliminar los *derechos exclusivos* y *derechos especiales* que aún existan, las restricciones impuestas a la prestación de servicios móviles, eliminar las restricciones de la oferta combinada de servicios a través de las redes fijas y móviles así como facilitar una explotación y una prestación de servicios paneuropeos gracias a los avances tecnológicos que permiten la superación de los mercados nacionales de comunicaciones móviles.

También en 1994 se publica un importante documento, la segunda parte del *Libro Verde sobre liberalización de las infraestructuras* (COM (94) 682, final), que estableció los criterios que se habrían de seguir en toda política paneuropea de liberalización de las telecomunicaciones en la UE:

3.2. La Directiva 96/19/CE

La Directiva 96/19/CE, que modifica a la Directiva 90/388/CEE³⁴, al no prever ésta la creación y suministro de redes de telecomunicaciones³⁵, liberaliza definitivamente todas las redes de telecomunicaciones para 1998, sin perjuicio de la fijación de períodos adicionales transitorios de hasta cinco años para

menos desarrolladas (España, Irlanda, Grecia y Portugal), realizar los ajustes necesarios, especialmente reequilibrando sus regímenes tarifarios. *Vid.* la Directiva 96/19/CE. MOSTESHAR, S.: *European Community Telecommunications Regulation*, Graham & Trotman, Londres, 1993, pp. 37 y sigs.

³³ La primera parte fue aprobada por Resolución del Consejo de 17 de noviembre de 1994. La segunda parte fue aprobada por Resolución del Consejo de 24 de noviembre de 1994. Algunas propuestas son: 1. *Eliminación de los derechos exclusivos y especiales* sobre el uso de las infraestructuras para la prestación del servicio de telecomunicaciones. 2. *Salvaguardia y desarrollo del servicio universal*, desde los criterios de redes abiertas e interconexión. 3. *Establecimiento del marco básico para la interconexión de redes y servicios*. 4. *Procedimientos de concesión de licencias unificados* y garantía de competencia leal, revisando acuerdos de interconexión entre operadores que no se basen en los principios de transparencia y no discriminación; etc.

³⁴ En el mismo sentido, las Directivas de la Comisión 94/46/CE, de 13 de octubre de 1994; 95/51/CE, de 18 de octubre de 1995; y 96/2/CE, de 16 de enero de 1996. La razón por la que la

permitir a los Estados miembros con redes menos desarrolladas llevar a cabo los ajustes necesarios, especialmente en lo que respecta a las tarifas (Considerando segundo). Obliga a los Estados miembros a suprimir la concesión de *derechos exclusivos* y *derechos especiales* para suministrar y operar redes fijas y públicas de telecomunicaciones (C. duodécimo), no pudiéndose limitar el número de licencias salvo cuando resulte inevitable para garantizar la conformidad con exigencias esenciales relativas a la utilización de recursos escasos (C. décimo).

De especial importancia en esta Directiva que comentamos son las normas sobre interconexión entre redes, ya que los servicios con *derechos exclusivos* o *derechos especiales* serán de *acceso público, objetivo y no discriminatorio*, debiendo publicarse los interfaces técnicos, y las tarifas de interconexión y acceso han de ser no discriminatorias (art. 3 *quinquies*, 4 y 4 bis). No se podrá impedir el tratamiento de las señales antes de la entrada o después de la salida de la red pública, salvo exigencias especiales justificadas por la integridad y la seguridad de la red (art. 6). La autoridad o Administración que emita las autorizaciones o controle la legalidad de la actuación de los prestadores de servicios deberá ser independiente del organismo público (empresa) que gestione la red general de telecomunicaciones (art. 7).

V. Breve referencia al cable y el satélite

El cable y el satélite, de forma similar a lo ocurrido en los Estados Unidos, han tenido una importancia decisiva en el camino hacia la liberalización. No es posible, por tanto, dejar de lado estos importantes servicios, especialmente en lo que tienen en común con el general proceso liberalizador de las telecomunicaciones tal y como ha sido impulsado por las instituciones comunitarias.

1. El mercado europeo del cable y el satélite

Directiva 96/19/CEE procede a liberalizar las infraestructuras se explica en el considerando séptimo de la siguiente manera: “*la supresión de los derechos exclusivos y especiales relativos a la prestación de servicios de telefonía vocal surtiría poco efecto, o ninguno, si las nuevas empresas se vieran obligadas a utilizar la red pública de telecomunicaciones de los actuales organismos, con los que competirían en el mercado de la telefonía vocal. Reservar a una empresa que comercializa servicios de telecomunicaciones la función de suministrar a todos sus competidores la materia prima disponible, es decir, la capacidad de transmisión, equivaldría a conferirle el poder de determinar según su voluntad dónde y cuándo, y a qué coste, podrían sus competidores ofrecer sus servicios, así como controlar a sus clientes y el tráfico generado por sus competidores, colocando de este modo a esta empresa en una situación propicia para abusar de su posición dominante*”.

³⁵ La Directiva 90/388/CEE inicialmente no mencionaba la creación y suministro de redes ya que preveía una excepción temporal con arreglo al antiguo art. 90. 2 TCEE en el otorgamiento de *derechos exclusivos* y *derechos especiales* al servicio que alcanza una mayor importancia económica y social de todos los servicios suministrados mediante redes de telecomunicaciones, la telefonía vocal.

1.1. *Evolución hacia las redes transeuropeas de cable y satélite*

El *mercado europeo del cable y el satélite* será aquel espacio europeo en el que se hagan efectivas las libertades de circulación gracias a los servicios de cable y satélite. En concreto, las emisiones de televisión y la distribución de las telecomunicaciones se consideran prestaciones de servicios, y como tales, han de ser favorecidas por la supresión de todas las limitaciones impuestas por las legislaciones nacionales a la libre prestación. Al ser prestación de servicios, se sometieron a los arts. 59 y 62 TCEE (actual art. 49 y artículo derogado respectivamente). Según esto, los Estados miembros pueden difundir las emisiones en libertad por el resto de los Estados miembros³⁶.

Si bien en cable la posibilidad de prestar *servicios transfronterizos* está más limitada, en el caso del satélite, gracias a las peculiaridades de sus emisiones, capaces de irradiar a más de un país miembro, la política de mercados abiertos en telecomunicaciones adquiere todo su significado e importancia.

La política comunitaria sobre los servicios de satélite comenzó en 1982 con una Resolución del Parlamento Europeo³⁷. Desde entonces se ha entendido que la muy importante función que está desempeñando el satélite en las comunicaciones justifica una especial regulación. Los actuales satélites no tienen mucho que ver con los satélites de hace sólo diez años, muy caros, de baja potencia y sometidos a organizaciones internacionales de satélite. Los satélites de hoy permiten mayores servicios y mayor posibilidad de creación de redes. Esto ha favorecido las limitaciones a los *derechos exclusivos y derechos especiales*³⁸, aunque hay que mejorar en la coordinación de frecuencias y la homologación de equipos terminales³⁹.

1.2. *El mercado común de la radiodifusión, especialmente por satélite y por cable*

La política comunitaria sobre un mercado común del cable y el satélite nació en el denominado *Libro Verde sobre el establecimiento del mercado común de la radiodifusión, especialmente por satélite y por cable* (COM (84) 300 final). Este es uno de los pilares en que se apoya el intento de la UE de crear un mercado europeo de la radiodifusión en el que se hagan efectivas

³⁶ Cfr. GÓMEZ-REINO, E.: "El mercado común y los medios de comunicación social", *Revista Telos*, n. 3.

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 1982 relativa a la televisión y a la radiodifusión de la Comunidad Económica Europea, DOC 87 de 5 de abril de 1982. Fruto de esa Resolución, la Comisión elaboró el *Informe provisional sobre la realidad y las tendencias de la televisión en Europa: Perspectivas y opciones*, COM (83) 229 final, de 25 de mayo de 1983; y el documento *Televisión sin fronteras. Libro Verde sobre el establecimiento del mercado común de la radiodifusión, especialmente por cable y por satélite*, COM (84) 300 final.

³⁸ Directiva de la Comisión 94/46 sobre comunicaciones por satélite.

³⁹ *Vid.* la Directiva del Consejo 91/263/CEE.

las libertades de circulación de personas, capitales, servicios y bienes. Contenía el *Libro Verde* una serie de propuestas que constituyeron con el tiempo el marco liberalizador europeo de las telecomunicaciones por cable y por satélite. Era, en esencia, un documento de debate de la liberalización en Europa⁴⁰ y del acercamiento posible al sistema norteamericano de audiovisual, caracterizado por la extensa liberalización⁴¹ que favorecía y que, a la par, era consecuencia de unos volúmenes de inversión considerables.

El Parlamento Europeo se pronunció sobre el *Libro Verde* en dos Resoluciones adoptadas de 10 de octubre de 1985, una relativa a los aspectos económicos del mercado común de la radiodifusión y otra relativa a la normativa marco para la política europea de los medios de comunicación (DO C288 de 11 de noviembre de 1985).

2. La Directiva 95/51/CE

De especial importancia en la consecución del mercado único del cable y satélite en Europa, el objetivo del *Libro Verde sobre liberalización de infraestructuras de telecomunicaciones y de las redes de televisión por cable* (COM (94) 682 final⁴²), al que le siguió la Directiva de la Comisión 95/51/CE, de 18 de octubre de 1995, *Directiva por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de los servicios de telecomunicación ya liberalizados*, es eliminar los cuellos de botella en las infraestructuras y los abusos de los operadores titulares de las redes de telecomunicaciones. La interconexión se regirá mediante acuerdos comerciales entre los interesados. Reúne los principios de acceso a las redes ORA. Establece que el mero suministrador de servicios sólo necesita una *autorización general* pero otorga un estatuto jurídico especial a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones con derechos de uso de dominio público y derechos de paso.

Finalmente, la Comisión ha dictado una Directiva (99/64/CE, de 23 de junio), basada en el art. 86 TCEE, por medio de la cual se pretende obligar a algunas empresas de telecomunicaciones a abandonar el mercado del cable. Con ello se intenta modificar la Directiva 95/51/CE, de modo que se corrija la actual posición de dominio de algunas empresas que prestan servicios de cable y de

40 Todas las opiniones sobre el *Libro Verde* se vertieron en el documento *Rapport fait au nom de la Commission de la jeunesse, de la culture, de l'éducation et des sports sur un règlement-cadre établissant une politique européenne des médias, sur la base du Livre Vert de la Commission sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par cable*, Doc A 75/85.

41 Esto ya lo había proclamado el *Informe provisional sobre la realidad y las tendencias de la televisión en Europa: Perspectivas y opciones*, COM (83) 300 final.

42 CALVO CHARRO, M.: *La televisión por cable*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 218 y sigs.

telecomunicaciones, y que han actuado en el pasado con privilegios monopolísticos en el mercado de las telecomunicaciones.

Esta dualidad en la prestación tanto de servicios de cable como servicios de telecomunicaciones de estas empresas entiende la Comisión ahora que puede retrasar una competencia efectiva en el mercado del cable. Piensa también la Comisión que la separación de cuentas no es suficiente y no solventa el problema de la existencia de una situación asimétrica que favorece a los operadores de telecomunicación dominantes en detrimento de los nuevos operadores. Para solventar este problema las empresas de cable tendrían que ser legalmente diferentes a las empresas de telecomunicaciones.

VI. Reflexión final

En Europa, debido a las peculiares condiciones que impone el hecho de que la Unión Europea es un proceso de integración supranacional, la reforma de la legislación del sector de las telecomunicaciones ha pasado por un largo proceso impulsado por las instituciones comunitarias, fundamentalmente la Comisión Europea. El resultado ha sido un mercado ampliamente abierto a la competencia y la privatización de muchos operadores ex monopolistas.

Los resultados están aún por verse, pero parece que la reforma era algo necesario y que no hay voces que digan que hay que retomar el antiguo modelo monopolista.

Resumen

La liberalización de las telecomunicaciones es un objetivo primordial a conseguir en Europa. La Unión Europea ha venido desregulando el sector de las telecomunicaciones, un sector de gran importancia como proveedor de infraestructuras y que es el tercero con más necesidades de capital, después del sector bancario y de salud, según la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT). En los países europeos, los gobiernos han privatizado sus operadores públicos, reestructurando la legislación, y abriendo el mercado a la competencia. Estas páginas describen ese proceso.

Abstract

Telecommunications deregulation is a growing force in Europe. European Union have been deregulating in recognition of the importance of telecommunications as infrastructure and as the third highest capitalized business in the world, after banking and health care, according to the International Telecommunications Union (ITU). In European countries, governments have privatized their primary national carriers, restructuring the regulatory environment, and opening up their market to competition. These pages describe the process.

Protección jurídica del software: un debate abierto

Fernando Maresca*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Importancia del Software. 3. Historia. 4. El régimen de las patentes. 5. Las patentes en Internet. 6. La situación en Argentina. 7. El marco internacional: El Acuerdo TRIPS. 8. Con-clusiones.

1. Introducción

En el Derecho positivo argentino, el software es considerado una obra intelectual que goza de la protección de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual tras haber sido incluido en su art. 1ro. como obra protegible, luego de fallidas construcciones pretorianas, por la ley 25.026. Mucho se ha recorrido para arribar a semejante solución. Sin embargo, todo indicaría que estamos recién comenzando a transitar un largo y sinuoso camino.

2. Importancia del Software

Los programas de computación constituyen el pilar de la sociedad de la información y cumplen en ella un papel crucial que se desdobra en varias facetas. Son herramientas de las nuevas tecnologías ya que han contribuido poderosamente al nacimiento y desarrollo de las nuevas tecnologías; son beneficiarios de las nuevas tecnologías pues éstas incrementan y facilitan los canales de distribución de la obra; y son víctimas de estas tecnologías pues representan cauces y vehículos inmejorables para la defraudación¹. Habida cuenta del importantísimo rol que desempeña en nuestros días, no podemos dejar de analizar la tendencia internacional y reflexionar sobre la delimitación del régimen legal aplicable al software, vale decir, el Derecho de autor o el Derecho de patentes.

3. Historia

* Abogado. LLM en "Information Technology and Telecommunication Law", University of Strathclyde, Reino Unido. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho de Alta Tecnología e Internet. fmaresca@aadati.org

¹ Antonio Castán: *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual - Perspectivas Actuales en la Protección de los Programas de Ordenador*. Editorial Reus, 1999.

El debate sobre la protección legal que merece el software tomó relevancia en el momento en que se lo comenzó a distinguir del hardware. Como resultado de la creciente demanda de los programas de aplicación, el software comenzó a adquirir un valor económico independiente que se fue incrementando a medida que transcurría el tiempo.

Un programa de computación puede ser considerado, por un lado como una obra científico-técnica, mientras que, por el otro, como un componente de una máquina, como un programa que la controla e indica qué tareas realizar y en qué forma².

Dada su particular naturaleza, el software siempre fue reacio a dejarse encasillar en las tradicionales categorías jurídicas, siendo complicado encontrar la rama del Derecho que lo proteja en forma acabada. Es por ello que tanto el régimen del Derecho de autor como el de marcas y patentes son susceptibles de ser utilizados para proteger distintos aspectos de un mismo software, existiendo algunas zonas en las que la aplicación de los mencionados troncos se superponen y otras que parecen estar desprotegidas.

El régimen de marcas proporciona un medio relativamente económico y eficaz de proteger al software en el ámbito internacional. Es difícil para los piratas vender ilegalmente copias de software y acceder a un público masivo sin usar su palabra distintiva, frase, logo o símbolo gráfico utilizado para identificar la fuente del producto y distinguir al fabricante.

Las patentes, por su lado, tienen por objeto la tutela de invenciones que arrojen como resultado un nuevo producto o procedimiento de aplicación industrial. Este régimen históricamente encontró obstáculos para proteger al software, como veremos más adelante.

Fue el Derecho de autor el que supo brindar la protección más idónea en los últimos años en el ámbito internacional, básicamente a partir de la década del 80. La protección del software conforme a las leyes del *copyright* se debió al hecho de que sus normas y principios subyacentes eran bien conocidos a escala mundial en virtud de la existencia de convenios internacionales. Conforme al Convenio Universal o al Convenio de Berna, toda obra creada en un país es susceptible de recibir automáticamente idéntica protección en casi todos los países del mundo. Este convenio establece que la protección del Derecho de autor protege las "obras literarias y artísticas". Este término abarca diversas formas de creatividad, como escritos, tanto de ficción como de no ficción, entre ellos los textos técnicos y científicos y programas informáticos; bases de datos en función de la selección o disposición de sus contenidos; obras musicales; obras audiovisuales, obras de arte, incluyendo dibujos y pinturas; y fotografías.

La OMPI ratificó esta ubicación del software en el Derecho de autor. En su reciente tratado sobre Derecho de Autor (WCT) establece en su art. 4 que

2 Henry W. Hanneman: "The Patentability of Computer Software", Kluwer Law and Taxation Publisher, 1992, p. 7.

"los programas de computación están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el art. 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión". Vale aclarar que este artículo está en conformidad no sólo con el Artículo 2° del Convenio de Berna sino que también se encuentra a la par con las disposiciones pertinentes del Acuerdo TRIPs. El artículo 10 establece que se protegerán como obras literarias tanto los programas de ordenador como de las bases de datos. En su inc. 1ro. establece que "Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971). A su vez, el inc. 2do. estipula que "Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos".

El hecho de que exista en principio un consenso internacional entre la mayoría de los países en clasificar al software como una obra literaria no hace sino justificar a priori la decisión de utilizar al copyright como medio principal de protección.

Amén de las bondades brindadas por este cuerpo normativo, la utilización del Derecho de autor a estos fines es objeto de diversas críticas. Muchos sostienen que si bien el software se ha visto beneficiado por la tutela provista por el Derecho de autor, la cobertura todavía es insuficiente. En efecto, este régimen solo protege la expresión de un trabajo, y no las ideas, los conceptos y las funciones subyacentes. Un productor independiente puede arribar a través de su trabajo a idéntico resultado y, en la medida en que no haya tenido acceso a la obra que ya gozaba de protección, tendrá derecho a que la suya esté también tutelada. Debe existir cierto grado de intención por parte del que copia para que se configure la infracción. Por otro lado, técnicas que pueden atentar contra los intereses económicos del autor tales como la de ingeniería inversa, descompilación y desensamblaje³ o "clean room"⁴, no pueden ser evitadas satisfactoriamente con este régimen. En definitiva, la protección que otorga el Derecho del autor se presenta como débil, atendiendo a las características particulares del software y su importancia en la industria.

En la jurisprudencia internacional tenemos ejemplos que nos llevan a concluir que el Derecho de autor deja desprotegidos determinados aspectos del software. En los Estados Unidos, fue paradigmático el caso de "*Apple Computer Inc. v Microsoft Corp.*"⁵. La demandante exigía ser indemnizada por haberse sido

3 Estudio de la forma en que opera el programa para descubrir sus especificaciones.

4 Técnica que consiste en destinar a un equipo técnico a que descompile el software y describa cómo funciona a fin de que, con tal información, un segundo equipo que nunca tuvo acceso al software mencionado, cree un código independiente. De esta forma, se evita la copia y se burla el régimen del *copyright*.

violado sus derechos alegando que Microsoft había copiado la *interface* (en especial el uso de iconos) de su programa. La demanda fue rechazada pues se consideraba que los objetos en cuestión no eran susceptibles de ser protegidos por régimen de *copyright*. Otro resonante caso fue el protagonizado por "*Lotus v. Borland*"⁶ en el que se decidió que el menú de instrucciones del programa de Lotus tampoco era protegido por el régimen de *copyright*. Las grandes compañías de software no tardaron en advertir que su negocio requería de otro medio de protección más eficaz y concentraron su atención en el régimen de las patentes.

4. El régimen de las patentes

La aplicación del régimen autoral al software, concluye un informe del Office *Technology Assement* del Congreso de los Estados Unidos de América, es el resultado de la discrecionalidad de los jueces, lo cual genera una dosis de ambigüedad que no satisface ni a la industria del software ni a los consumidores o competidores.

Frente a semejante escenario, y dado el significativo crecimiento de la industria del software, los creadores de programas de computación o inventos que hacen uso de ellos, comenzaron a indagar nuevamente en el régimen de las patentes⁷.

El régimen de las patentes da respuesta a todas las falencias presentadas por el *copyright*. Al conferir un monopolio de explotación, habilita al inventor a oponerse a que otros no autorizados exploten su invención, aunque sean éstos productores independientes, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho de autor.

Sin embargo, la obtención de una patente para un programa de computación no es tarea fácil ya que debe enfrentar una serie de obstáculos, en especial en aquellas situaciones en las que la novedad del invento reside principalmente en el programa que lo controla.

Tradicionalmente el régimen de las patentes no fue visto con buenos ojos para proteger inventos relacionados con el software. El Convenio de Munich sobre la Patente Europea prohíbe expresamente en su artículo 52 otorgar patentes a programas de computación "como tales", por lo que la Oficina Europea de Patentes ha rechazado sistemáticamente este tipo de solicitudes. En Estados Unidos, si bien el plexo normativo no excluye expresamente a los programas de computación, la Oficina de Patentes y Marcas ("*United States Patent and*

⁵ 24 USPQ2d 1081 (N.D.Cal. 1982)

⁶ 49 F.3d 807 (1st Cir 1995)

⁷ El beneficio de obtener una protección como la otorgada por las patentes puede ser extraordinario, como mostró "Stac Electrónico" con sus ciento veinte millones de dólares que obtuvo por una infracción cometida por Microsoft. Cuando le preguntaron al inventor de Visi Cale la diferencia entre los derechos de autor y los beneficios de las patentes, él afirmó que "con la patente la única diferencia podrían ser varios cientos de millones de dólares".

Trademark Office") reaccionó en forma similar a su par europeo y tampoco aceptó las solicitudes argumentando que el software consistía en algoritmos matemáticos, los cuales fueron siempre considerados como "leyes de la naturaleza" o "puros pensamientos", ambos excluidos del ámbito de protección del régimen de las patentes.

Sin embargo, a medida en que el papel del software se fue incrementando, y con ello su valor económico, la industria del software comenzó a analizar el régimen de las patentes y a esgrimir argumentos convincentes que sugerían su utilización, los cuales fueron bien admitidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comparada.

El beneficio económico que motiva este debate es evidente. En una reciente Comunicación de la Comisión Europea se afirmaba que la legislación en materia de patentes de programas informáticos en los Estados Unidos de América había tenido un efecto positivo en el desarrollo de la industria de soportes lógicos en ese país⁸. Las rígidas políticas instrumentadas tanto por la Oficina de Patentes Europea como de Estados Unidos comenzaron a distenderse, dando lugar a un criterio más flexible, que permitió el otorgamiento de patentes a inventos basados en programas de computación. Esta tendencia fue ratificada por la jurisprudencia.

En Europa, el *leading case* de "*Vicom/Computer-related invention*"⁹ adoptó el concepto de "contribución técnica" del invento al arte. La Junta de Apelación sostuvo que "Un invento que podría ser patentable de acuerdo con el criterio de patentabilidad convencional, no debería ser excluido de la protección por el solo hecho de que, para su implementación, sean utilizados medios técnicamente modernos en forma de programas de computación". Así, para que un invento cuya novedad resida en el software utilizado reciba protección debe cumplir dos requisitos: Producir alguna contribución técnica y pasar el tradicional test que se le aplican a todos los inventos: Que sea novedoso, que produzca una ventaja para la industria y que ésta sea inesperada para una persona ducha en el tema.

El rumbo adoptado por Estados Unidos es similar. El emblemático caso de "*Diamond v. Diehr*"¹⁰ despejó el camino. Allí se estableció que al invento hay que verlo como un "todo", sin apoyarse en el hecho de que éste funcionase en virtud de un programa para negarle la patente. En el caso de "*Arrhythmia Research Technology, Inc. v. Corazonix Corporation*"¹¹ se determinó que lo que prevalecía no era el "proceso" sino el "resultado" del mismo. Asimismo, en el caso de "*In re Alappat*"¹² se concluyó que lo importante era que la máquina produzca un resultado útil, concreto y tangible. En el caso de "*Computer Associates v. Altai*"¹³ directamente se sostuvo que el régimen de

8 Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de Europa, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, 5 de febrero de 1999 COM (1999) 42.

9 [1987] 2 EPOR 74.

10 450 U.S. 175 (1981).

11 33 F 3d 1526 (1994).

12 33F3.d 1526 (Fed. Cir. 1994).

patentes "podría ser la rama más apropiada para proteger la tecnología proveniente de las ciencias de computación". Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en 1995 la Oficina de Patentes de dicho país anunció que no rechazaría más reclamos por el solo hecho de que esté involucrado un programa de computación, sino que simplemente exigiría que cumplieren con los requisitos tradicionales. Se estudiará únicamente si el invento es útil a las artes tecnológicas en el "mundo real", por oposición a algo que no representa más que una idea o concepto, lo cual no sería patentable.

5. Las patentes en Internet

Prácticamente todo tipo de negocios que tiene lugar en Internet está siendo patentado en los Estados Unidos: Desde páginas de apuestas hasta sitios de encuentros amorosos. La puerta hacia el patentamiento de estos 'inventos' fue dejada abierta por el famoso caso de *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial*¹⁴.

En este caso, el tribunal determinó que un método financiero para gestionar fondos mediante un ordenador constituye un modelo de negocios patentable. Lo interesante del caso radica en el nuevo tratamiento que se le da a las excepciones que fueron utilizadas jurisprudencialmente para denegar el otorgamiento de patentes: La excepción del "algoritmo matemático" y la del "modelo de negocio".

Con relación a la primera excepción la Corte históricamente ha sostenido que el algoritmo matemático, entendiéndose a esto como una fórmula matemática usada para organizar datos y así procesarlos mediante el ordenador, no era patentable toda vez que no es más que una "idea abstracta". La cuestión no es tan clara en caso que el algoritmo tenga una aplicación práctica: aquí podríamos estar frente a un procedimiento patentable. En el caso *State Street Bank*, la computadora, a través de una serie de cálculos matemáticos, transforma datos que representan diversas cantidades de dólares en un precio final. Conforme a lo sostenido por el tribunal, ello constituye una aplicación práctica de un algoritmo matemático toda vez que produce un resultado útil, concreto y tangible: un precio final aceptado por las autoridades y utilizado en subsiguientes transacciones. "Después de todo —se sostuvo— todo proceso, sea electrónico y químico, implica la utilización de un algoritmo en el sentido amplio del término". En idéntico orden de ideas, en el caso *AT&T Corp. v. Excel Communications, Inc.*¹⁵, se dijo: "el punto central para determinar si una invención contiene un algoritmo informático susceptible de ser materia patentable no está en si hay en funcionamiento un algoritmo matemático, sino en si el algoritmo que contiene la invención en su conjunto produce un resultado útil y tangible".

¹³ 989 F 2d 693 (1992).

¹⁴ 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998).

Respecto a la excepción de los "modelos de hacer negocios" se sostuvo que la misma debía ser cuestionada ya que se basaba en un principio legal obsoleto. Tal es así que el PTO estableció —removiendo uno de los ataques más poderosos que existía contra la patentabilidad del software— en el texto "*Examination Guidelines for Computer Related Inventions*", que las solicitudes no debían ser categorizadas como "modelos de negocios" sino que debían ser tratadas como cualquier otro proceso. Esta fue la postura de la Corte quien estableció que bastaba que se cumpliera con los requisitos de novedad, no obviedad y aplicación industrial para ser acreedora de una patente.

Así las cosas, vemos que en Estados Unidos se han lanzado de lleno tanto en el patentamiento de software como en los modelos de hacer negocios en Internet, comenzando a transitar por un terreno inexplorado que todos pretenden conquistar. Las consecuencias son imprevisibles.

6. La situación en Argentina

En nuestro país, la ley 24.481 en su artículo 4 establece los requisitos que debe cumplir un invento a fin de ser patentado: Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Por su parte, el art. 6 determina que no se considerarán invenciones para los efectos de esta ley a los programas de computación.

Esta exclusión parecería cerrar todo tipo de discusión. Sin embargo el análisis no debe cerrarse en esta etapa. Es necesario revisar todo el conjunto normativo relativo a las patentes, en especial el Acuerdo TRIPs.

7. El marco internacional: El Acuerdo TRIPs.

La tendencia que aboga por el patentamiento del software que está teniendo lugar en los países desarrollados, amén de las construcciones jurídicas llevadas a cabo en los ordenamientos internos, ya ha encontrado un marco legal internacional donde recostarse. Se trata del Acuerdo sobre los Aspectos Intelectuales Relacionados con el Comercio (el "Acuerdo TRIPs"¹⁵). Este acuerdo establece estándares mínimos universales abarcando diferentes áreas en el campo de la propiedad intelectual, tales como los derechos de autor, marcas, diseño industrial, y patentes, entre otros.

El art. 10.1 del Acuerdo dispone que "Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna". Ello no hace más que ratificar el consenso internacional mencionado anteriormente.

Nada obsta, sin embargo, a que sigamos en la lectura del Acuerdo y nos topemos con el artículo 27, el que alude a la materia patentable, estableciendo

¹⁵ "TRIPs" corresponde al título en inglés del Acuerdo ("Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights").

que "...las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial".

A continuación, el mismo artículo establece las excepciones de la patentabilidad, entre las que no se encuentran los programas de computación.

A pesar de su aparente vaguedad, estas líneas brindan el soporte legal en el que se apoyan aquellos abogados que entienden que el régimen de las patentes debe aplicarse a los programas de computación. En efecto, al no incluir el Acuerdo una definición de "invención" debe entenderse que el apartado I del art. 27 consagra el principio de patentabilidad absoluta¹⁶, por lo que no existiría razón para excluir al "software" del término "invención", máxime cuando el artículo comprende "cualquier campo de la tecnología".

La generosidad del mencionado artículo nos invita a suponer que el "software" no debería ser rechazado del régimen de las patentes a priori por el simple hecho de ser tal. Ello no implica que todo software es susceptible de ser protegido por el Derecho de patentes. Antes bien, ello ocurriría en la medida en que la invención sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial.

Así las cosas, no estamos frente a un argumento alocado o desprovisto de lógica. Antes bien, estamos ante el argumento más sólido utilizado en el Derecho comparado para patentar el software. Vale la pena recordar un reciente caso en la Unión Europea en el que se debatió acerca de la patentabilidad de un software de IBM¹⁷. La importancia del fallo radica en el hecho que la Unión Europea tiene un régimen similar al nuestro, el cual prohíbe expresamente otorgar patentes a programas de computación, aunque ellos hacen la salvedad que los programas de computación sean "como tales". En el caso IBM los abogados de IBM solicitaron la aplicación del TRIPs para defender sus derechos. La aplicación de dicho tratado fue rechazada ya que la Organización Europea de Patentes no es signataria de dicho acuerdo. Ello no fue óbice para que se analizara su texto. De tal análisis la Corte de Apelaciones de dicha organización concluyó que la intención del TRIPs no es excluir al software del régimen de las patentes, toda vez que adoptó un concepto amplio al referirse a "todas las invenciones de cualquier campo de la tecnología". A su vez, el fallo advierte que el hecho que el art. 10 mencione a los programas de ordenador no debilita este razonamiento habida cuenta que la idea que subyace a esta línea argumentativa es que tanto el derecho de autor como el régimen de las patentes pueden ser utilizados para proteger el mismo elemento, el software, toda vez que cada uno procura la consecución de sus propios fines.

¹⁶ Casado Cerviño, Alberto y Cerro Prada, Bergoña: "GATT y propiedad intelectual: el proyecto de acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio", *Revista General del Derecho*, n° 576, 1992, pág. 8341.

¹⁷ Case Number T 0935/97.

Esta es la lectura que se está haciendo del Acuerdo TRIPs. La Argentina, por ley 24.425, aprobó el Acta Final de la Ronda de Uruguay y con ella el Acuerdo TRIPs, por lo que su normativa ha quedado incorporada a la legislación nacional. La reforma constitucional de 1994 estableció que todos los tratados internacionales aprobados en el Congreso tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22). Así, la doctrina ha entendido que un tratado deroga, expresa o implícitamente, a toda ley o norma de inferior jerarquía que se oponga a sus contenidos¹⁸. En tal sentido, podríamos llegar a concluir que aun en nuestro país existen argumentos sólidos que pueden ser utilizados para patentar el software, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, máxime cuando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados consagra el principio por el cual un Estado no puede invocar su derecho interno para eximirse de cumplir un tratado internacional.

8. Conclusiones

- * El software desempeña un papel crucial en la sociedad de la información.
- * Existe un consenso mundial en aplicar el régimen de Derecho autoral para su protección, el cual se manifestó en nuestro ordenamiento con la incorporación del software a la ley 11.723.
- * Se vislumbra una clara tendencia internacional hacia el patentamiento de software.
- * La exclusión del software como elemento patentable establecida por la ley 24.481 debe interpretarse a la luz de otros cuerpos normativos.
- * La reforma constitucional de 1994 y de la aplicación de la Convención de Viena hace que prestemos máxima atención a lo dispuesto por los tratados internacionales.
- * Una lectura armoniosa del Acuerdo TRIPs y de los antecedentes jurisprudenciales en el Derecho comparado nos demuestra que el software es susceptible de ser tutelado por el régimen de las patentes, en la medida que cumpla con todos sus requisitos, lectura que en ningún caso supone la privación a su titular del régimen tutelar de Derecho de autor.

Resumen

¹⁸ Badeni, Gregorio: *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, págs. 137 y 138.

El artículo analizará el papel del software en la sociedad de la información y la delimitación del régimen tutelar aplicable al software. Se estudiará la tendencia mundial a proteger el software mediante el régimen de las patentes y se concluirá que en la medida en que se cumplan requisitos inherentes al régimen de las patentes, no habría razón para excluir al software de la mencionada tutela legal.

Abstract

This article will concentrate on the protection afforded by the patent system to the software-related inventions. It will demonstrate that as long as the software-related invention satisfies the requirements of novelty, non-obviousness and industrial application, there is no reason to exclude such inventions from the patent system.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Origen de los sistemas de autorregulación. 3. Causas que provocan la aparición de la autorregulación publicitaria. 4. Delimitación del concepto de autorregulación. 5. Objetivos de la autorregulación publicitaria. 6. Reconocimiento de los Sistemas de autorregulación publicitaria.

1. Introducción

En la actualidad la actividad publicitaria posee una naturaleza eminentemente competitiva, dirigida al consumidor potencial de los productos que divulga e igualmente es fuente de creación intelectual.

La publicidad adquiere una autonomía y una relevancia sin precedentes convirtiéndose en un mismo hecho social. Existe, sin embargo, un problema de desarrollo económico, a propósito del cual la publicidad se ve particularmente afectada. Al actuar respecto a productos que no se estiman indispensables, al persuadir a las personas a que adquieran lo superfluo cuando a veces carecen de lo necesario, se le reprocha engañar al consumidor y dificultar la adaptación del consumidor a la economía¹.

La publicidad comercial en sentido estricto, en sus principios, fue relegada y tuvo una escasa atención por el legislador, pero hoy en día gana terreno la tendencia de que los poderes públicos se preocupen más atentamente de ella. En el fondo, las regulaciones de distinto tipo —rigurosamente jurídicas o simplemente de carácter privado y contenido ético— responden al auge de la publicidad potenciado por el desarrollo económico en los países de economía de mercado y libre competencia.

Hay opiniones contrarias respecto del tipo de regulación que debe abordar la materia: unos consideran más oportuno un control jurídico, pero otros señalan

* Abogada egresada de la Universidad Iberoamericana de México, magíster Universitario en Marcas, Diseños, Patentes y Derechos de Autor, Universidad de Alicante, España. Doctoranda en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. mlastiri@hotmail.com

¹ Cadet, A. y Cathelat, B.: *La Publicidad. Del instrumento económico a la institución social*. Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1971, pág. 48.

² De Urzaiz y Fernández del Castillo, J.: “Necesidad de Autocontrol publicitario”, en *Campaña*, No. 53/54, 1975, pág. 16.

que la responsabilidad económica que la publicidad comporta debe provocar el autocontrol de la misma ante síntomas de agotamiento o saturación². Si la publicidad es vector decisivo en el desarrollo de una economía de mercado debe tener cuidado en su funcionamiento y procedimientos para evitar que sus ventajas sean utilizadas en perjuicio de la sociedad.

Los anunciantes, agencias publicitarias y medios de comunicación conscientes de su responsabilidad social, son los primeros interesados en tomar las medidas convenientes para asegurarse de que su publicidad sea irreprochable y reconocen la conveniencia de ciertos controles para proteger a los consumidores contra eventuales abusos publicitarios.

La situación exige el aseguramiento de una competencia leal junto con la protección al público consumidor. El control de protección puede organizarse y realizarse bajo dos fórmulas. La primera de ellas está representada exclusivamente por la intervención del Gobierno a través de una legislación concreta, pero la experiencia en otros países no ha sido del todo satisfactoria pues la intervención de no profesionales puede dañar la efectividad de la publicidad como instrumento del desarrollo económico. Debido a que la publicidad es un tema de controversia, su regulación atrae, sin duda, la intervención de los políticos; la segunda fórmula es un sistema de autorregulación eficaz, desarrollado por los propios estamentos publicitarios³.

2. Origen de los sistemas de autorregulación

Los profesores GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA al comenzar a hablar de la autorregulación dicen que el Derecho mercantil nace y se desarrolla en buena medida como un conjunto de normas de carácter consuetudinario, elaboradas por los interesados en atención a las necesidades del tráfico. Sólo los cambios políticos y sociales que se inician con la Revolución francesa comienzan a alterar este cuadro, concediéndose primacía a las normas estatales para garantizar la seguridad jurídica y conseguir la igualdad de los ciudadanos ante la Ley⁴. Un ejemplo de reglas de este tipo dentro del tráfico comercial son

³ López Vive, R.: “Autocontrol de la publicidad: a la mejora de la imagen social de la publicidad, mediante autodisciplina y respeto al consumidor”, en *Campaña*, núms. 89-90, 1977, pág. 46.

⁴ Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C.: “La autodisciplina publicitaria en el Derecho Comparado y en el Derecho español”, en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo 7, 1981, pág. 32. La codificación en el campo mercantil no tuvo sólo un alcance que podríamos denominar puramente técnico de búsqueda de la claridad y la certeza del Derecho, sino también político. Porque la codificación tuvo como presupuesto el principio del carácter estatal del Derecho, de forma que su producción reservaba a la soberanía absoluta del Estado pretendiendo eliminar la facultad de producción de normas jurídicas a cuerpos intermedios entre él y los ciudadanos como podían ser las corporaciones o colegios de comerciantes. Por ello, la codificación partió del presupuesto de que las normas jurídicas surgidas de los usos sociales —las costumbres— sólo podían alcanzar la consideración de verdaderas fuentes del Derecho, en tanto el propio Estado así lo reconociera respecto a sectores y supuestos determinados que la ley previera. Además, precisamente por consideraciones políticas se pensaba que era inadmisibles que existieran

las llamadas *Trade Rules* norteamericanas⁵, que su contenido se ha incorporado a legislaciones de diferentes países. Estas *Trade Rules*, que necesitan la aprobación de las autoridades competentes, suponen la concreción por parte de los empresarios de las prácticas usuales y legítimas que se han de observar en el mercado⁶.

La autorregulación surge como una especie de derecho consuetudinario sin serlo, es decir, las reglas que van a formar los códigos de conducta (instrumentos necesarios para el sistema), no van a referirse a usos y costumbres mercantiles sino a una especie de objetivos para alcanzar la perfección, van a ser totalmente voluntarios y de carácter ético (reglas que los empresarios consideran deseable respetar). Estos objetivos podrían servir de criterio delimitador a la hora de determinar el concepto de expresiones tales como “usos honestos” o “costumbres mercantiles” contenidas en legislaciones de diferentes países e inclusive en Convenios internacionales⁷.

De lo que se trata, es de una regulación voluntaria a partir de una libre iniciativa, que funciona creando “metas” de perfeccionamiento que nacen como consecuencia de la vivencia de la práctica publicitaria; es decir, del buen o mal desarrollo de los “usos y costumbres comerciales”. El Código no va a tener normas de carácter consuetudinario, si bien se pone a un nivel “pre-jurídico”, en cuanto se basa en principios de naturaleza esencialmente moral contemplando el umbral más elevado respecto de aquel jurídico, en relación con aquello que está permitido o prohibido⁸.

Los empresarios establecen unas pautas de conducta, unos cánones éticos que se comprometen a respetar, estableciendo incluso organismos de control encargados de corregir y evitar las infracciones⁹:

“...la idea de fijar un modelo de comportamiento, entendido como conjunto de reglas de moral mercantil, que cuenta de antemano con el asentimiento de las categorías interesadas, se presenta, en efecto, como un recurso estimable en el cual podrían llegar a sintetizarse algunos de los instrumentos que hasta ahora han mostrado mayor eficacia en la ordenación jurídica de cualquier mercado”¹⁰.

normas que, como en el caso de las mercantiles, estaban creadas por los comerciantes y ellos mismos eran los destinatarios de esas normas y no otras personas. Sánchez Calero, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vigésima Edición, McGraw-Hill, pág. 6.

⁵ Vid. Rosden, George Eric & Rosden, Peter Eric.: *The Law of Advertising*, Nueva York, Matthew Bender, 1993, págs.40-7.

⁶ Gómez Segade, J. A.: “Sistemas de autorregulación publicitaria”, *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de la Publicidad, Madrid, 1980, pág. 156.

⁷ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

⁸ Rossotto R. y Sindico D.: “Responsabilidad ética y legal de anunciantes, agencias y medios por la difusión de avisos publicitarios - El sistema italiano”. “Presente y Futuro en el mundo y en la Argentina”, noviembre, 1999, Buenos Aires. <http://www.ad.line.net/investigación/invest154.htm>

⁹ Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C.: *op.cit.*, pág. 32.

¹⁰ Sánchez, A.: “En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 155, 1980, pág. 61.

3. Causas que provocan la aparición de la autorregulación publicitaria

En la publicidad como en otras actividades humanas se ha procurado, entre los propios comerciantes o publicitarios, inculcar normas de ética para evitar — más allá de las disposiciones legales y aun prescindiendo de ellas— los abusos, los engaños, la inmoralidad y la competencia desleal¹¹.

Era indispensable buscar la manera de frenar el comportamiento desleal para así lograr un correcto ejercicio de la información comercial. Por lo anterior, se hizo necesario que las mismas categorías interesadas (anunciantes, agencias y medios de comunicación), en ausencia o poca efectividad de la legislación, se sometieran voluntariamente a reglas creadas por ellas mismas y lograr así un mejor desempeño en la publicidad.

Se consideraba que nada mejor que la autorregulación lograría controlar uno de los medios más poderosos para actuar deslealmente en el mercado, la publicidad, ya que su poder sugestivo y persuasivo capaz de influir en la libre determinación de los consumidores podía llegar a lastimar el equilibrio económico a tal punto que podría ocasionar su caída¹².

Asimismo, la facultad que poseen los medios de comunicación de decidir el alcance, contenido y forma de comunicaciones, los dota de una relevante fuerza social. Pero, en contrapartida, se encuentran sometidos a la constante observación y crítica de círculos de personas afectadas. Esta situación provoca que los responsables de tales medios de comunicación tengan en cuenta los intereses de los destinatarios. Esta sensibilidad se ha acentuado en relación con la actividad publicitaria, que ha sido objeto de juicios despiadados. De ahí que los publicitarios, conscientes de los riesgos, y con objeto de hacer frente a las críticas que se dirigían a la actividad objeto de su empresa, trataron de imponer voluntariamente límites a la indiscriminada libertad de la publicidad. Así fue como surgió la autorregulación publicitaria, plasmada en un conjunto de reglas tendentes a lograr cierta finalidad¹³.

El origen de los organismos de autodisciplina publicitaria surge como respuesta de la propia industria a la inquietud social de exigencia de unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad. Las posibles conductas aisladas de dudoso carácter ético afectan a la generalidad de la industria, erosionando su imagen como actividad productiva, fundamental para el resto del proceso económico. A raíz de estas conductas, en algunos países comenzó a surgir una amplia legislación, que sin lograr eliminar esas prácticas aisladas, pueden perjudicar la libertad de comunicación comercial del resto de las empresas que se ajustan a las prácticas leales y de respeto al consumidor¹⁴.

11 Zavala Rodríguez, C. J.: *Publicidad Comercial*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, pág. 304.

12 *La publicidad no es la economía, pero ninguna economía contemporánea puede funcionar sin la cultura de consumo que producen los medios de información vía la práctica publicitaria.*

13 Gómez Segade, J. y Lema Devesa C.: *op. cit.*, pág. 34.

14 *Folleto de Presentación de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP).*

La autorregulación publicitaria igualmente nace como una expresión ética empresarial y profesional para tratar también de prevenir la intervención administrativa donde se imponen prohibiciones y censuras por parte de los poderes públicos¹⁵. Las primeras manifestaciones fueron en el mundo anglosajón¹⁶. La autodisciplina se presenta como la única alternativa frente a la regulación poco adecuada o excesiva del Estado, o bien a una desregulación total de mercado, destacándose las ventajas de su aplicación.

Más tarde, se acentúa el papel del sistema de autorregulación como “complemento” cada vez más necesario a la regulación jurídica de nuestras sociedades, como una manera de hacer efectivos compromisos, valores normativos y de juzgar las conductas individuales o colectivas de acuerdo con ellos.

Según THOMPSON, ex-secretario de *The Advertising Standards Authority* (en adelante, ASA) organismo de autorregulación inglés:

“...para que la publicidad comercial pueda alcanzar las normas más altas que exige el consumidor moderno, debe ocuparse principalmente del aspecto más importante de la publicidad: las normas éticas aplicables a todo lo que se dedica a la realización y difusión de anuncios. En otras palabras, la responsabilidad en función de las leyes y de la autodisciplina”¹⁷.

La publicidad es una fuente de información y un medio de intercesión. A la industria le interesa principalmente la publicidad como cauce de venta de sus productos. A los consumidores, en cuanto compradores de bienes y servicios que constituyen hoy un grupo de presión, un interés político al que debe responder la Autoridad.

Existen posturas que niegan la conveniencia de autorregular específicamente la comunicación publicitaria. ESTEINOU dice que el establecimiento de la autorregulación para orientar los medios de comunicación vía los Códigos éticos y otros recursos morales, son mecanismos colegiados muy útiles que pueden ayudar a garantizar complementariamente la existencia del Derecho a la Información, pero nunca deben de operar como elementos únicos para normar y conducir una estratégica acción colectiva¹⁸.

15 En este sentido *vid.* Serrano Maillo, S. y Martínez Pastor, E.: *Publicidad a examen*. Entrevista con Carlos Lema Devesa. <http://www.wucm.es/info/di/4/lema.htm>.

16 Durante el gobierno de Ronald Reagan, Presidente de los Estados Unidos de América de 1981 a 1989, las leyes básicas no cambiaron, pero la perspectiva regulatoria sí lo hizo. La regulación jurídica ya no era considerada el remedio que demandaba el mercado. Las perspectivas de regulación se convirtieron en una desregulación, se quería evitar la normativa directa del gobierno por medio de la autorregulación. Don. R. Duc. “Deregulation and the Dream of Diversity”, *Journal of Communication* 32 (Autumn 1982), pág. 174.

17 Thompson, Peter. “¿Cómo funciona el autocontrol publicitario en Gran Bretaña?”, *Información, publicidad y Marketing* No. 124, enero, 1974, pág. 46.

18 Javier Esteinou del Departamento de Comunicación y Educación de la Universidad Autónoma Metropolitana (México D. F.) considera que el establecimiento de un organismo de autorregulación como único control sobre los medios de información comercial significaría caer

DE LA CUESTA RUTE, citando a VANZETTI, señala que un sistema de legalidad ni se opone, ni contradice ni desvirtúa la posibilidad de que un círculo concreto de personas afines por el ejercicio de la misma actividad sometan ésta a unas reglas que ellas mismas se imponen, pero el alcance de uno y otro sistema es muy diverso. La autorregulación supone, evidentemente, un estimable factor de ordenación del sector; pero en opinión del autor, es en absoluto insuficiente. La positiva disciplina de la actividad publicitaria sólo puede conseguirse a través de un adecuado sistema de legalidad¹⁹.

Haciendo a un lado los aspectos de conveniencia que se manejan en cada caso particular, si comparamos el articulado de los códigos de autorregulación con las diferentes normas jurídicas que regulan el contenido de los mensajes comerciales, encontraremos que las limitaciones existentes en uno y otro ordenamiento son muy similares. Los Códigos de autorregulación publicitaria no son normas jurídicas y por tanto su cumplimiento no es obligatorio, en la práctica dicho ordenamiento de carácter ético es una herramienta útil que debe ser tenida en cuenta al realizar el análisis sobre la corrección e incorrección de las piezas publicitarias.

La similitud entre las normas arriba mencionadas, se debe a que lo jurídico no es antiético y lo ético no es antijurídico, pues ambos ordenamientos tienen un elemento en común, consistente en regular la forma correcta como se debe desarrollar el comportamiento de los individuos en una comunidad. Así las cosas, ese gran principio universal que establece que “la publicidad debe ser honesta, decente, verdadera y ajustarse a las normas legales”, tiene desarrollo y aplicación tanto en el ámbito ético, como en el jurídico, pues quien con su comportamiento lo infringe, está actuando en forma censurable ante los ojos de la moral y de la ley.

Con base en el principio antes citado, los Códigos de Autorregulación publicitaria buscan que aquello que se diga en un anuncio publicitario sea cierto y no induzca al consumidor a error, para lo cual establece que aquellas afirmaciones objetivas que se hagan, deban ser susceptibles de ser comprobadas, de tal forma que no se abuse de la confianza que el público deposita en la publicidad y, no se aproveche del desconocimiento científico o técnico que el consumidor tiene del producto o servicio que se anuncia²⁰.

En la actualidad las disposiciones legales, no obstante su previsión o severidad, se consideran insuficientes para reprimir los abusos cuando no existe una base

en una concepción liberal extrema de pretender crear una especie de “Estado cero”, es decir, el Estado no necesario como instancia rectora para dirigir la sociedad, ya que ésta se puede autoconducir a sí misma por las leyes de la “mano invisible” de la lógica del mercado, así el Estado debe reducirse a una mínima expresión, para dejar que la sociedad (industria) se conduzca por otros mecanismos de autorregulación del poder. <http://www.coneicc.org.mx/index.html>.

¹⁹ De la Cuesta Rute, J. M.: *Régimen jurídico de la Publicidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 264.

²⁰ Jaeckel Kovacs, Jorge: Bogotá, Colombia, octubre de 1997. <http://www.elheraldo.com>.

moral y ética uniforme²¹; hay que tomar en cuenta que el único límite para cometer abusos: es el ingenio del que los realiza.

Asimismo, sin olvidar la necesidad de la previsión legal, el carácter multiforme de la publicidad y la imposibilidad de prevenir legalmente todos los elementos que configuran la ilicitud del mensaje publicitario determina la necesidad de acudir a otro sistema como el de la autorregulación. Se dice que en los países donde existe una legislación concreta de publicidad, el sistema de autorregulación viene a convertirse en un complemento por medio del cual se resuelven las lagunas que podría llegar a tener la legislación, y sirve como instrumento para el cumplimiento de las normas legales existentes:

“Los organismos de autocontrol han mostrado su utilidad en cuanto auxiliares de organismos de heterocontrol²², sean administrativos o judiciales, elaborando estatutariamente dictámenes o peritajes cuyos matices técnicos o éticos no pueden apreciar nada más que los profesionales mismos de la publicidad”.

Las restricciones legales que pesan sobre la publicidad parten de dos motivaciones básicas:

- 1) la igualdad entre comerciantes;
- 2) la protección del interés público: en el caso de la autorregulación, la idea que ha sido predominante a la hora de aparecer los sistemas de autocontrol europeos es aquella en la cual la actividad informativa constituye una función privada, pero de interés público. Si la información tiene que estar al servicio del interés general, quiere decir, que tiene que haber alguien que la controle para que la actividad informativa no se desvíe hacia otros intereses que no sean el interés público en general²³.

Los sistemas de autodisciplina son capaces de ir más allá de una ordinaria aplicación de la ley positiva y, por tanto, son capaces de matizar más que los órganos que aplican la ley escrita habitualmente. En efecto, estos organismos, bien sea la Administración, los Tribunales, tienen que atenerse al principio de legalidad. El Justiciable solamente puede ser enjuiciable sobre la base de una disposición escrita o de un principio general de justicia inminentemente admitido. Este precepto de la ley o de los principios generales del Derecho cabe afinarlo mucho más dada la elasticidad de los criterios que han de aplicar los organismos de autocontrol²⁴.

21 Zavala Rodríguez, C. J.: *op. cit.*, pág. 304. En el mismo sentido, Vázquez Gestal, Montse. “Los límites de la Publicidad. Análisis de las resoluciones del Jurado de ética publicitaria”, en *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 34, de octubre de 2000, La Laguna (Tenerife): <http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa200kjl/w34oc/44/montse.htm>

22 Desantes Guanter, J. M.: *El autocontrol de la actividad informativa*, Editorial Edicusa, Madrid, 1973, pág. 88.

23 Desantes Guanter, J. M.: *op. cit.*, pág. 21.

24 *Ibid.*, pág. 77. Un ejemplo donde las normas éticas complementan y concuerdan con las normas jurídicas está en las resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (en adelante, AAP) española, que señalan “que las reglas deontológicas de las que se hace aplicación se encuentran en perfecta sintonía con la cláusula general de lealtad contenida en

Igualmente se afirma que los criterios generales de ética publicitaria aplicados por el Jurado de la AAP inspiran el Derecho positivo sobre publicidad y las normas básicas de conducta por las que debe regirse el sector publicitario [...]²⁵.

La participación honesta es crucial para el porvenir de la sociedad. La honestidad o más bien dicho la ética profesional, ha de inducirnos a evitar todos aquellos mensajes o actividades publicitarias que conlleven falsedad, con el consiguiente engaño al consumidor. Por medio de estos organismos, se buscará velar por el cumplimiento de la legislación a través de la confección y aplicación de normas éticas.

Con la autodisciplina se ha conseguido también la elevación técnica de las profesiones informativas y de los medios de comunicación de masas; y proporcionar a los tribunales un conocimiento de la realidad técnica suficiente para que sus sentencias sean no solamente justas, sino también prudentes, ya que la prudencia no es otra cosa que el sentido realista de las cosas y de las circunstancias en toda su complejidad²⁶.

Es indiscutible reconocer que la creación de un sistema de autorregulación publicitaria igualmente atiende al propio interés egoísta de los anunciantes, medios y agencias. Sin embargo, la autorregulación también tiene otra finalidad que es hacer que la profesión se depure dentro de la profesión misma; que sean los mismos profesionales los que indiquen que la actividad se desarrolle dentro de unos cauces éticos y técnicos, para proteger igualmente a los consumidores²⁷.

la vigente Ley de Competencia Desleal que reputa desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Nótese, que aun cuando, en este cuerpo legal se trate de una norma jurídica, siendo una cláusula general remite al campo de la ética, y es aquí donde coincide la norma deontológica del abuso de buena fe del consumidor y el comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. (Vid. Resolución del Jurado de la Publicidad español del 11 de julio de 1996 “LECHE PASCUAL, S. A.”, *Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 1, pág. 7.

²⁵ Vid. Resolución de la 2a Sección del Jurado de AAP del 4 de septiembre de 1996. (J. GARCÍA CARRIÓN, S.A./CERVECEROS DE ESPAÑA) (*Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 2).

²⁶ Desantes Guanter, J. M.: *op. cit.*, pág. 51. En una Asamblea general ordinaria de la AAP celebrada en abril de 1997, se valoró mucho el crecimiento de actividad y presencia de la AAP en 1996, consideró muy satisfactorio el prestigio y la credibilidad que se estaban alcanzando ante la sociedad y la opinión pública y, concretamente, ante la Administración y las asociaciones de consumidores. [...]. En el caso de que algún afectado quisiera acudir a Tribunales tras pasar por la AAP, la experiencia ha demostrado que la resolución del Jurado de la Publicidad favorece el procedimiento judicial, ya que a través de la misma se podría cumplir el requisito de “aparición de buen derecho” necesarios para la adopción de medidas cautelares. *Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 9, pág. 1.

²⁷ El primer intento de autorregulación publicitaria se llevó a cabo en Estados Unidos de América y en Inglaterra. En EUA se constituyó en 1905 el *Advertising Club of America*, que tenía como objetivo promover la adopción de reglas de corrección para uniformar la comunicación publicitaria. Con los mismos intentos se constituyó el *Curtis Advertising Code* de 1910, el *Printer's Ink Statute* de 1911, y los *Standards of Newspaper Practice* de 1914. En 1924, la

4. Delimitación del concepto de autorregulación

Para abordar el estudio de la autorregulación publicitaria es necesario delimitar inicialmente el término autorregulación.

Como se ha podido observar, a lo largo del presente se han utilizado como sinónimos del vocablo autorregulación, las palabras autocontrol o bien autodisciplina. La razón por la cual se han utilizado esos términos se debe a que su significado es prácticamente el mismo. Las acepciones mencionadas son las empleadas por las organizaciones de autorregulación en distintos países, entre los que podemos citar: España: “Asociación de Autocontrol de la Publicidad” (AAP), México y Venezuela²⁸: “Consejo de Autorregulación y Ética publicitaria” (CONARES); Italia: Istituto dell’ Autodisciplina Publicitaria”. Al mismo tiempo, autores como LEMA DEVESA y GÓMEZ SEGADÉ denominan al sistema: “autodisciplina publicitaria”.

4.1 Definición de autorregulación publicitaria

Enfocar el tema de la publicidad desde la perspectiva de la autorregulación, ofrece un panorama muy completo del complejo fenómeno publicitario, de la necesidad de establecer límites y cauces más sutiles que los típicamente legales. Como pone de relieve su nombre “autorregulación”, quiere ser una regulación desde dentro, que tome como único criterio los bienes y valores de la comunicación²⁹.

Casi todas las facetas de la actividad de una empresa son susceptibles de ser sometidas a un sistema de autorregulación donde la actividad publicitaria encuentra cabida.

En el campo de la información comercial, podemos hablar de autorregulación cuando en el marco de una empresa se establecen unas normas publicitarias de lealtad, de cuyo cumplimiento se encarga la propia empresa³⁰. En relación con lo anterior, cabe aclarar que la autorregulación a la que nos referiremos en adelante, es aquella en la que participan varios empresarios, es decir, la autorregulación colectiva³¹ de la publicidad, pues actuaciones aisladas, carecen de eficacia para erradicar o atenuar las incorrecciones que se producen en la

American Association of Advertising Agencies publicaba un código de comportamiento, que con sus respectivas enmiendas es considerado el código más representativo de los Estados Unidos no sólo en lo que se refiere a la Publicidad sino en las relaciones entre los operadores. Fusi, M. y Testa, P.: *op. cit.*, pág. 10. En el mismo sentido, Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C.: *op. cit.*, pág. 38. Rosden George Eric & Rosden, Peter Eric: *op. cit.*, págs. 40-5.

²⁸ País Sede de la SILEC.

²⁹ Aznar, H.: “La autorregulación de la comunicación: entre el Estado y el mercado”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 1, diciembre, 1998, pág.12.

³⁰ *Idem*.

³¹ Consiste en la creación de pautas dirigidas y aplicadas no solamente por una sola empresa, sino por varias empresas de una misma actividad.

actividad publicitaria³². Bajo esta perspectiva existen varias formas en las que se ha definido a la autorregulación publicitaria:

Autorregulación en la materia que nos ocupa, es la forma de someterse voluntariamente a unas reglas para difundir los mensajes publicitarios que corresponden a una ética publicitaria que analice cuidadosamente: 1) el fondo; 2) la forma; y 3) el emplazamiento del anuncio. Lo anterior, para proteger al consumidor de cualquier desviación que le avasalle³³.

Otro concepto es “la posibilidad de que un círculo concreto de personas afines por el ejercicio de la publicidad, sometan ésta a unas reglas que ellas mismas se imponen”³⁴.

También se entiende como el conjunto de principios, normas y reglas que los publicistas, anunciantes y medios de comunicación aceptan cumplir voluntariamente en el ejercicio de sus funciones para servir adecuadamente a la comunidad. En otras palabras, es la declaración de principios que hacen los profesionales de la publicidad para que su trabajo contribuya al bien común³⁵.

Para la *European Advertising Standards Alliance* (en adelante, EASA)³⁶ la autorregulación publicitaria es el reconocimiento de la industria publicitaria de que la publicidad debe ser legal, decente, honesta y verdadera. Todo anuncio debe ser preparado con un obligado sentido de responsabilidad a la sociedad y al consumidor, deberá ajustarse a los principios de competencia leal, tal y como está generalmente aceptado en el mundo empresarial³⁷. Lo anterior, se logrará a través del establecimiento de reglas y principios éticos, mediante los cuales los propios industriales publicitarios las acepten y se sometan a ellas. La meta principal es guardar unas altas pautas de conducta para asegurar la confianza del consumidor para el beneficio de todos³⁸.

La labor de los publicitarios tiene de fondo una cuestión ética y por ende una responsabilidad social. La creatividad publicitaria implica un amplio compromiso en su entorno con los individuos, con las familias y con la sociedad. La publicidad también forma conciencias y con ello se debe tratar de fortalecer o delimitar la escala de los valores sociales, aunque no es obligación de la

32 Gómez Segade, J. A.: y Lema Devesa, C. *op. cit.*, pág. 39.

33 Calvet, J. A.: *op. cit.*, pág. 97.

34 De la Cuesta Rute J. M.: *op. cit.*, pág. 264.

35 López Zepeda, S.: “La ética y la autorregulación benefician al consumidor”, *La libertad de Expresión Comercial en el Continente Americano*, SILEC, núm 3, pág. 16.

36 La Alianza Europea de Estándares de Publicidad, EASA por sus siglas en inglés, es una organización sin ánimo de lucro, con sede en Bruselas, Bélgica. Por medio de ella se coordinan los diferentes puntos de vista de los diversos organismos de autorregulación nacionales del continente europeo.

37 Algunos líderes insisten en que la ética no es imponer algo a alguien, sino más bien, es ampliar la perspectiva de la responsabilidad social. González Lorente, José, M. “El código de Ética: una necesidad urgente de la publicidad contemporánea”, en *International Advertising Association*, Miami, 1999. *Vid.* “La Libertad de Expresión Comercial en el Continente Americano”, SILEC, núm. 3, págs. 19 y ss.

38 EASA Information Page, <http://www.easa-alliance.org/easa1.html>.

publicidad concienciar a la población, debe existir un límite tanto legal como moral.

La AAP, organismo de autocontrol español, señala que el concepto de autocontrol de la publicidad se basa en la regulación de la actividad publicitaria por parte de la propia industria publicitaria. El compromiso de la autodisciplina tiene por objetivo anticipar y resolver eventuales conflictos, estableciendo un marco ético donde se desenvuelva una comunicación comercial responsable y veraz³⁹.

De las definiciones arriba transcritas se desprende la búsqueda de la credibilidad de los mensajes contribuyendo a una mayor vigorización de la deontología publicitaria, fin último que se persigue en este empeño.

La autodisciplina publicitaria está considerada como un instrumento internacional de corrección de prácticas desleales y abusivas para los consumidores⁴⁰.

Por su parte, GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA, después de un amplio estudio al respecto, definen la autodisciplina publicitaria como un sistema mediante el cual los profesionales publicitarios se someten voluntariamente a unas normas de conducta, cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano de control que puede actuar de oficio o a instancia de los interesados: sean competidores o consumidores⁴¹.

Para la elaboración de dicha definición, estos juristas tomaron en cuenta que la realización de la autorregulación entraña el cumplimiento de cuatro tareas:

1. Fijación de reglas de conducta para la industria publicitaria, en las que se reflejan las opiniones de observadores ajenos, ya se trate de un parecer amigable u hostil.
2. Anticipación y resolución de cuestiones que podrían devenir en litigios judiciales que ocasionarían una merma en la confianza en la publicidad.
3. Proporción de una estructura objetiva y procedimientos aptos para resolver los conflictos publicitarios.
4. Proporción de una pronta, veloz y objetiva resolución de quejas presentadas por los consumidores o competidores⁴².

Asimismo, AZNAR señala que la autorregulación se realiza a través de diferentes mecanismos e instrumentos:

1. La primera es formular las normas éticas que deben guiar la actividad de los empresarios; en este sentido, la autorregulación se relaciona

³⁹ *Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 5, pág. 1.

⁴⁰ Lo afirma el Profesor Lema Devesa en el Seminario Técnico sobre la resolución de controversias en publicidad organizado por la AAP, *vid. Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 10, pág. 1.

⁴¹ Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C.: *op. cit.*, pág. 40.

⁴² Neelankavil, J. P. y Stridsberg, A. B.: *op. cit.*, pág. 4.

fundamentalmente con la ética y la deontología profesional de la comunicación, no con el Derecho y las normas jurídicas.

2. No es suficiente con proclamar las normas y los valores de una actividad; hay que hacer lo posible además para que puedan aplicarse en la práctica sin que ello suponga problemas o costes adicionales.

3. Examinar, juzgar y poner en conocimiento de la opinión pública aquellos casos en los que no se produzca ese cumplimiento.

4. La autorregulación cumple una última e importante función, derivada de la anterior. El estudio, la discusión y el juicio de las actuaciones éticas conflictivas que se dan en los medios permite que la profesión, quienes la realizan y el público en general puedan aprender sobre la dimensión moral de esta actividad⁴³.

4.1.1. Requisitos de la autorregulación publicitaria.

En el entendido de que este tipo de sistema de autorregulación es una vía extrajudicial que se configura de manera distinta según los países y sectores publicitarios, trataremos de establecer un modelo básico de autorregulación.

Basándonos en las funciones y en los principios arriba señalados, y siguiendo la tendencia ya iniciada por los Profesores LEMA DEVESA y GÓMEZ SEGADÉ encontramos los requisitos necesarios para el establecimiento de la autorregulación publicitaria:

- a) La agrupación voluntaria de los profesionales publicitarios.
- b) Existencia y aceptación de códigos o normas de carácter moral, ético y social, elaborados por ellos mismos;
- c) La existencia de un órgano de control.
- d) Regulación de medidas que hagan posible el más eficaz cumplimiento de las decisiones emanadas del órgano de control⁴⁴.

a) *Agrupación voluntaria de los profesionales publicitarios.*

Los anunciantes, agencias y medios de comunicación deben enmarcar su acción dentro de un código de conducta común; para ello, se requiere de la

43 Aznar, H.: *op. cit.*, pág. 8.

44 Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C.: *op. cit.*, pág. 40. La AAP sigue la tendencia enunciada, *vid.* Lema Devesa, C. "Seminario Técnico sobre Resolución de Controversias en Publicidad". *Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 10, pág. 1. Requisitos también enunciados por Krum J. R. y Greenhill R. H. "The extent of industry self-regulation through trade association codes of ethics", *Antitrust Bulletin*, No. 17, págs. 379-392. Igualmente en el proyecto del sistema de autorregulación brasileño se siguieron unas condiciones parecidas a las planteadas en el presente trabajo, tomándose en cuenta cuatro puntos básicos: 1) el establecimiento de normas éticas para la industria publicitaria; 2) facilitar la forma efectiva de anticipar las controversias; 3) crear un foro para la solución de quejas y disputas, fuera del poder público, y 4) garantizar una solución rápida y objetiva a dichas quejas, reclamaciones y disputas. *Exposición de motivos del Código Brasileño, 1978.*

asociación de los empresarios mencionados. Nos interesa entender la autodisciplina como la agrupación de distintas empresas publicitarias y no como empresa única que se autorregula.

Por lo anterior, los miembros de la industria publicitaria son la pieza básica para que se configure el sistema de autorregulación, éstos haciendo uso de su derecho a asociarse y expresarse dentro del comercio, deciden en unirse voluntariamente para someterse a los acuerdos y pautas que ellos mismos establezcan.

La doctrina es unánime al afirmar que todo sistema de autorregulación colectivo y centralizado⁴⁵ debe nacer de una agrupación voluntaria de empresarios sometida al Derecho privado y regida por el principio de libertad de adhesión⁴⁶ y expresión.

La libertad de expresión presupone autorregulación. Es obligación de la industria publicitaria proporcionar límites responsables en todos los niveles y adoptar la responsabilidad social de la publicidad⁴⁷.

La libertad de expresión comercial es una parte indivisible del derecho a la libertad de expresión, el cual está consagrado por las constituciones de todos los países democráticos y además por numerosos tratados internacionales firmados por diferentes países⁴⁸. Es imprescindible, disponer de la libertad necesaria para que las informaciones y los conocimientos puedan difundirse sin barreras⁴⁹.

Las libertades arriba mencionadas, combinadas con responsabilidad y función ética ocasionan que las ofertas se basen en los valores más altos, en la necesidad de servir a los demás y no simplemente en los apetitos de poder, en ambiciones personales o de grupo. La publicidad, con todas las libertades que tiene implícitas, está relacionada con un ejercicio diario de la profesión y con un contacto permanente con la sociedad, la autorregulación es un camino adecuado para propiciar con responsabilidad el ejercicio de la publicidad.

Por otro lado, esta agrupación o asociación voluntaria de empresarios debe tener carácter privado en un doble sentido. De un lado, ha de ser totalmente libre de adhesión a la misma y de otro, su organización ha de establecerse siguiendo criterios de Derecho privado, lo que implica garantía de participación de todos los asociados, sin injerencias ajenas en la formación de la voluntad colectiva. Asociaciones más o menos obligatorias de empresarios, sometidas a la tutela de la Administración Pública, y regidas por normas de Derecho público,

45 Existen dos clases básicas de sistemas de autorregulación: el sectorial y centralizado, *vid.* Tato Plaza, Anxo: “El nuevo sistema de autodisciplina en España”, *Actas de Derecho Industrial*, Tomo XVIII, 1996, pág. 165.

46 Tato Plaza, Anxo: “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *op. cit.*, pág. 166.

47 Senyon, Kim: “Advertising Self Regulation”, en *IAA Magazine*, 1998.

48 <http://www.silecinternacional.com>, *SILEC instrumentos*.

49 La libertad de expresión y el derecho a recibir y difundir informaciones han sido considerados como uno de los derechos humanos fundamentales, tal y como se recoge en el Artículo 19 de la Declaración Universal de 1948.

no constituyen un auténtico sistema de autorregulación⁵⁰. Esta organización supone la mejor manera de evitar el riesgo de la regulación externa y de las injerencias ajenas, es decir, de la imposición de criterios distintos a los de la comunicación comercial⁵¹. Aquello que pueda realizar la iniciativa privada que no lo haga el Estado, obedece también a un criterio básico de descentralización y a su vez de autonomía publicitaria. El hecho de que participen en esta entidad empresas anunciantes, agencias y medios facilita la interrelación y la mutua comprensión del problema⁵².

La idea es que los sistemas de autorregulación se mantengan apartados de la influencia administrativa para así poder dictar sus resoluciones y llevar a cabo su actividad con libertad. Sin embargo, puede existir una especie de cooperación con los órganos de gobierno. El sistema de autorregulación en su sentido más puro, administrado solamente por la industria está siendo remplazada por formas mezcladas de autocontrol donde los consumidores y el gobierno participan, en distintos grados, en el desarrollo y establecimiento de los códigos éticos⁵³.

El autocontrol ha ido teniendo cambios; en un principio, el desarrollo, uso y aplicación de las normas éticas se lleva a cabo solamente por la industria publicitaria, excluyendo de cualquier intervención, bien sea una opinión, a terceras personas como por ejemplo los consumidores y la Administración pública. Con el tiempo y con el objeto de alcanzar su objetivo, la industria publicitaria por voluntad propia, involucra a gente que no pertenece a la industria (consumidores, expertos en algunas materias relacionadas con la publicidad) para ampliar criterios o bien para formar parte en la elaboración, desarrollo y aplicación de las normas éticas. Asimismo, el autocontrol también puede nacer por sugerencia del mismo gobierno; antes como veíamos, nacía con el objeto de evitar la intervención administrativa y debido al exitoso desempeño de los sistemas de autodisciplina, el gobierno la propone y apoya.

La cooperación mencionada anteriormente, podría traducirse en apoyo de la Administración pública al sistema de autorregulación. A lo largo del presente hemos venido enfatizando que la autorregulación publicitaria obtiene resultados más positivos si éste funge como complemento de la regulación gubernamental.

50 Gómez Segade y Lema Devesa: *op. cit.*, pág. 41.

51 Aznar, H.: *op. cit.*, pág. 12.

52 Agencias: "Las Agencias y el autocontrol", *Campaña*, núms. 89-90, junio 1997, pág.40. Por otro lado, Eduardo Ortiz ex-Presidente de la AEA opinaba que el autocontrol o se hacía contando con el Estado y el Sindicato, o no habría autocontrol. A juicio de Juan Luis Calleja en ese entonces Director del Instituto Nacional de Publicidad en España opinaba que con la intervención del Estado habría control y que era al final de cuentas lo que se pretendía eludir. Calleja J. L. *op. cit.*, pág. 19.

53 La Asociación de Autocontrol de la Publicidad de España (en adelante, AAP) asume entre sus funciones adicionales la elaboración de dictámenes sobre cuestiones relativas a la publicidad, el ejercicio o la participación en acciones procesales para la defensa de los objetivos de la Asociación y el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de publicidad, o la colaboración con las Administraciones Públicas e instancias internacionales en materia de publicidad.

En países como Estados Unidos de América ha venido a integrarse como política pública desde el momento en que los gobiernos hacen referencia a sus principios, participan en su funcionamiento, los promueven y lo supervisan. La autorregulación publicitaria con su independencia no pretende ser un sustituto del control legal, sino servir de útil complemento a éste. A través de la autorregulación, los consumidores pueden beneficiarse de una mayor protección respecto del contenido de los anuncios publicitarios y las empresas encuentran un cauce ágil y eficaz para prevenir y dirimir las controversias que afectan la lealtad en la competencia⁵⁴.

Hay una creciente interacción entre la industria y el gobierno en esta área, desde que la política pública ha venido apoyando la autorregulación. En algunos países, se aplican los códigos éticos y la ley en sus procedimientos (Alemania), del mismo modo los Tribunales y otras instituciones gubernamentales confían en los códigos y reglas de autorregulación como parámetro para la determinación de la buena conducta publicitaria.

Los verdaderos retos en esta área recaen en el apoyo gubernamental y supervisión de la autorregulación. El rol del gobierno es importante. En Francia las autoridades alientan la autorregulación. Otro ejemplo, está en Inglaterra donde la *Office of Fair Trading* (Oficina Británica de leal Comercio) lleva a cabo la promoción y la supervisión de los códigos voluntarios de la industria así como también tienen reservada las facultades de recomendar normas jurídicas en donde falla el código ético⁵⁵.

El gobierno no tiene que estar dentro de la estructura de autodisciplina con el propósito de influenciarla, puede tomar las capacidades reales de la autorregulación publicitaria para complementar sus propias fuentes⁵⁶.

b) *Existencia y aceptación de códigos o normas de carácter moral, ético y social, elaboradas por los mismos operadores publicitarios*

Una vez agrupados los empresarios, es necesaria la propuesta de pautas en las cuales se basen para poder desarrollar su actividad. Una vez plasmadas las normas en cuestión, se requiere la aceptación de las mismas⁵⁷. Esta aceptación implica la confección de normas de conducta que sirvan de orientación a la

54 <http://www.aap.es/data/frames/fraap.htm>.

55 Boddewyn, J. J.: "Advertising Self-Regulation: Private Government and Agent of Public Policy". *Journal of Public Policy and Marketing*, No. 4, 1985, pág. 136.

56 Por ejemplo, la representación de instituciones públicas dentro de un órgano de autodisciplina puede resultar beneficiosa porque favorece el intercambio de ideas, información y estrategia. *Vid.* Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C.: *op. cit.* págs. 62-65.

57 La Sociedad Interamericana de Libertad de Expresión (en adelante, SILEC) mantiene unos "Lineamientos Interamericanos de Ética y Autorregulación Publicitaria" cuyo fin es servir de guía en la confección o revisión para el establecimiento de un código de ética de la Región. Debe quedar muy claro que la SILEC no pretende el establecimiento de un código de ética, sino que recomienda a cada país la adaptación de un código a su cultura, usos y costumbres particulares. <http://www.silecinternacional.com>.

industria publicitaria e incluso a terceros, esas normas tendrán que ser de carácter moral, ético y social, pues si no fuera así, se correría el riesgo de que las decisiones del órgano de autorregulación fuesen arbitrarias, injustas o abusivas.

Se ha llegado a afirmar que la fuente del “Derecho de la publicidad” es doble: existen normas de origen estatal y normas de origen privado (autodisciplinarias), la obligatoriedad de las segundas está limitada a los operadores publicitarios que se adhieren voluntariamente aunque ninguna Ley del Estado les obligue a hacerlo⁵⁸.

Las reglas de comportamiento se inspiran en la moral, la utilidad de este carácter ético y social ayuda a determinar lo que puede o no puede hacerse en la publicidad. Estas reglas permiten clarificar la posición de los sujetos publicitarios en torno a cuestiones en las que tienen interés el Estado y los consumidores⁵⁹.

Para los sujetos publicitarios que forman parte de la organización de autorregulación, el establecimiento de unas normas de conducta constituye una garantía en un doble sentido. Por una parte, si en el ejercicio de sus actividades publicitarias observan y respetan esas normas, obviamente su publicidad no podrá ser considerada desleal, ni prohibida. Por otra parte, si los restantes miembros (y fundamentalmente sus competidores) vulneran las normas en cuestión, serían sancionados. En consecuencia, se logra uno de los fines primordiales del sistema de autodisciplina publicitaria: proteger a los anunciantes, agencias y medios contra la competencia desleal⁶⁰. Del mismo modo, se mejora la imagen de la publicidad aumentando la credibilidad en los avisos publicitarios, además de proteger al consumidor proporcionando una veraz y honesta información comercial.

Tampoco hay inconveniente en que una organización privada asuma la defensa de intereses públicos, siempre que, como sucede en el caso de la autodisciplina, lo haga complementando la indispensable actuación de los órganos del Estado. Esta tesis generalizada, también ha sido confirmada expresamente por la Comisión Jurídica del organismo de autodisciplina español en su resolución de 17 de mayo de 1979. La adhesión a las reglas éticas del sistema de autodisciplina no implica renuncia a la acción judicial, no impide plantear el caso ante los Tribunales para que resuelvan el mismo, si procede, con criterios de legalidad⁶¹.

La relación que los jueces tendrían para con las normas éticas es puramente moral, éstas son utilizadas como criterio delimitador de usos y costumbres mercantiles prevaleciendo contundentemente las normas jurídicas sobre las éticas en el desempeño de sus funciones. Es preciso señalar que del conjunto

58 Rossotto R. y Sindico D.: *op. cit.*, <http://www.ad.line.net/investigación/invest154.htm>

59 Neelankavil, J. P. y Stridserg, A. B.: *op. cit.*, pág. 46. Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C., *op. cit.*, pág. 42.

60 Gómez Segade, J.A. y Lema Devesa, C.: *op. cit.*, pág. 42.

61 *Ibid.*, págs. 44 y 45.

de artículos que forman la mayoría de los códigos de ética publicitaria se deducen cuatro principios básicos aplicables a todo mensaje publicitario: 1) legalidad; 2) buena fe; 3) autenticidad, y 4) veracidad.

El profesor TATO PLAZA opina que el principio de legalidad es uno de los más problemáticos, pues no en vano permite invocar ante un órgano de autorregulación la infracción de normas legales y permiten también al mismo órgano declarar contrarias al Código de conducta este tipo de infracciones. Un ejemplo de lo anterior lo podemos citar en el Código de Conducta de la AAP que dice: “La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”⁶². En estas circunstancias, bien podría pensarse que los órganos de decisión de los sistemas de autocontrol están asumiendo la aplicación directa de normas legales, circunstancia ésta última que entraría en franca contradicción con la propia naturaleza del órgano decisorio de autorregulación, entendido éste como “órgano especializado en materia deontológico-publicitaria”, además de suponer una injerencia en la función jurisdiccional que en las leyes de los diferentes países atribuyen con carácter exclusivo a los jueces y tribunales⁶³.

En el ejemplo citado, el órgano decisorio español no aplica normas jurídicas, sino simplemente normas éticas. Ahora bien, esta diferencia, aparentemente clara y nítida, se diluye cuando el conflicto se plantea en torno al principio de legalidad recogido en los diversos Códigos éticos. Es entonces cuando los órganos decisivos de autorregulación deben separar nítidamente los criterios deontológicos y la aplicación de normas legales. A este respecto, se considera que dotar de contenido a la citada norma no es sino elevar a rango de principio ético la exigencia de respeto y cumplimiento de los valores constitucionales como punto de partida básico y necesario a todo acercamiento deontológico al mundo publicitario⁶⁴.

El principio de legalidad no supone que el órgano decisorio de autorregulación asuma la aplicación directa de normas legales. Supone sólo que, desde una perspectiva deontológica, el respeto a la legalidad vigente se considera la primera y la principal norma para un comportamiento ético en la actividad publicitaria. Y, en consecuencia, se permite que el órgano decisorio de

62 Norma 2 de la Segunda parte del Código de la AAP.

63 Artículo 117 de la Constitución Española.

64 Fundamentos de carácter deontológico reproducidos en la Resolución del Jurado de la Publicidad del 28 de julio de 1997 (Udie, S. A.), *Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 13, págs. 8 y ss. Citadas también por Tato Plaza, A. *op. cit.*, pág. 174. *Vid. Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 15 (Udie, S. A.), págs. 16-19. Por otro lado, en la Resolución del Jurado de la Publicidad de fecha 24 de julio de 1996 (Conservera Campofrío) el Jurado mencionado destaca: “Ante todo, hay que poner de manifiesto que el Jurado ... no aplica normas jurídicas sino simplemente normas éticas. Por lo tanto, no se pueden tomar en consideración las normas jurídicas generales relativas al etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios...” *Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 1, pág. 8.

autorregulación sancione la infracción de la legalidad vigente como un comportamiento contrario a esta ética publicitaria⁶⁵.

El Estado a través de sus órganos competentes se servirá, cuando lo estime conveniente, tomar en cuenta criterios de autorregulación para sus sentencias⁶⁶. Hay una larga categoría de reglas de autorregulación las cuales son aplicadas por los tribunales como reglas de derecho, y hay muchas normas jurídicas que son utilizadas como recomendaciones profesionales por los órganos de autorregulación⁶⁷.

El conjunto de reglas y preceptos en materia publicitaria recibe diferentes nombres: “Códigos”, “Principios”, “Guías” o “Directrices”, de todos modos la denominación más común en los sistemas de autorregulación hispanos es “Códigos”, entre los que se pueden mencionar tres modelos fundamentales: 1) Códigos de conducta que contemplan la publicidad en general, abarcando diversas disposiciones complementarias y aclaraciones; 2) Códigos de conducta sectoriales, que son aquellos que observan preceptos especiales para la publicidad que exige una normativa específica, bien por los productos o servicios a que se refiere (productos farmacéuticos, cosméticos, bebidas alcohólicas), bien por los destinatarios de la publicidad (niños, ancianos, mujeres, pequeños y ahorradores); 3) Códigos de conducta generales, con la existencia de códigos sectoriales, este modelo es el más recurrido, España es un ejemplo.

Es importante mencionar que dentro de los códigos sectoriales más recientes está el de INTERNET. El profesor LEMA DEVESA señala que el mundo de INTERNET es muy nuevo, y que como sucede en cualquier sector de la vida, el Derecho siempre va por detrás de la realidad:

...“se han aprobado normas jurídicas en otros sectores, como la firma electrónica. Estoy convencido que si se respeta un código ético en este sector publicitario, puede ser innecesaria una regulación concreta de la publicidad en Internet o en todo caso, si llegara el momento o fuese preciso regular la publicidad en ese soporte, el código ético podría ser la base para la regulación jurídica”⁶⁸.

Los “Códigos” deontológicos tienen como cualidad su adaptabilidad a las exigencias de los cambios tecnológicos. En el caso de la publicidad, la ceñida defensa de los regímenes de autorregulación es consecuencia de una tradición

65 Tato Plaza, A., *op. cit.*, pág. 174.

66 Como ejemplo podemos ver cómo el TS Español toma muy en cuenta el criterio de la AAP en un conflicto relativo a publicidad ilícita y acto de competencia desleal: publicidad indirecta de bebida alcohólica de más de 20 grados. *Vid.*, Sentencia del TS de fecha 26-7-1997; sentencia de fecha 9-11-1999, núm. 292/1999 y Resolución de la AAP de fecha 24-7-1997.

67 Boddewyn, J. J.: *op. cit.*, pág. 137.

68 Serrano Mayillo, S. y Martínez Pastor, E.: *op. cit.*, entrevista con Carlos Lema Devesa. <http://www.ucm.es/info/di/4/lema.htm>

internacional de parte de los anunciantes en defensa de las libertades empresariales de la industria y de comercio⁶⁹.

Por último, la elaboración de códigos de ética publicitaria, tanto generales como sectoriales, constituye una de las principales herramientas para el desarrollo de la autorregulación publicitaria. Las normas son revisadas frecuentemente, dando cabida a nuevas reglas deontológicas que reflejen la evolución de la actividad publicitaria. La autorregulación se puede considerar también un punto de prueba para normas o reglas que pueden ser incorporadas en la ley cuando su efectividad ya ha sido probada.

c) La existencia de un órgano de control

Para la aplicación de las normas éticas es imprescindible la existencia de una institución que lleve a cabo esa tarea.

Lo más recomendable es que este órgano este compuesto por profesionales, entendiendo por éstos tanto los anunciantes, agencias y medios de comunicación, además de la presencia de elementos representativos de la sociedad, que en el caso publicitario, sería el último destinatario de los mensajes, el consumidor. Estas personas son las indicadas debido al conocimiento del problema y de las realidades del tema, además de que están directamente vinculados con la publicidad.

Este cuerpo de profesionales será el encargado de decidir si un anuncio publicitario cumple con las disposiciones del Código, si el comportamiento de un anunciante es conforme a la ética profesional, es decir, determinará la rectitud o en su caso la incorrección de la publicidad.

Para la implantación de este órgano de control se debe tomar en cuenta los sectores publicitarios adheridos al sistema. Se puede establecer un esquema dualista de administración, creando dos niveles de decisión en cada uno de los cuales existe el órgano correspondiente. En uno de los niveles se puede prever una más amplia representación de los empresarios integrados en el sistema, mientras que en el otro por razones de eficacia y objetividad será predominante la presencia de expertos en distintas ciencias sociales y personalidades independientes, tal como funciona en Italia. Uno de estos órganos desempeña funciones de asesoramiento e instrucción de los procedimientos y, en su caso, decide en primera instancia; mientras que el otro órgano cumple funciones decisorias de forma más específica, resolviendo en apelación cuando proceda⁷⁰.

Otra solución es la impuesta por el organismo de autocontrol español que está formado por un órgano decisorio autónomo e independiente en sus funciones y formado por personas también independientes, le llaman “Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad” especializado en materia

⁶⁹ Márquez Ruadle, M.: *Régimen jurídico de las comunicaciones*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 177.

⁷⁰ Gómez Segade y Lema Devesa: *op. cit.*, pág. 46.

deontológica-publicitaria⁷¹. Este Jurado está formado por secciones que asumen la mayor parte de las competencias del Jurado, se encargarán de resolver las reclamaciones que se presenten contra los asociados o contra terceros, también asumen las tareas relativas a la emisión de dictámenes y elaboración de anteproyectos de códigos éticos⁷². El jurado en pleno sólo asume la resolución de los recursos de alzada que se presenten contra las resoluciones emitidas por las correspondientes Secciones, además de la aprobación de los anteproyectos de códigos éticos elaborados por aquéllas⁷³.

Para favorecer la credibilidad del sistema, el órgano u órganos de control deben garantizar la accesibilidad a cualquier persona. La principal ventaja de la autorregulación frente al control estatal es la libre posibilidad de fácil acceso, seguida de una actuación rápida y eficaz, de otro modo la imagen de la autorregulación se vería seriamente mermada. La actuación de los órganos de autocontrol será más ágil que la de los organismos de control administrativos y judiciales, y por otra parte, más susceptible de captar la última incidencia técnica o jurídica que la Ley todavía no ha captado, pues ésta última cuenta con un procedimiento más lento.

Llevar a cabo procedimientos rápidos, eficaces, económicos y donde ambas partes se adhieran libremente al sistema para quedar vinculadas a las resoluciones debe ser una cualidad de la autodisciplina. Los mecanismos de autorregulación deben ser más veloces que los tribunales e incluso tratar de evitar el recurso a éstos. La autorregulación aliviaría la sobrecarga de la justicia, sin disminuir en nada el protagonismo último que el Derecho debe tener en nuestras sociedades en la resolución de los casos más graves, difíciles o complejos⁷⁴.

El papel de la autorregulación es especialmente importante, ya que muchos de los conflictos tienen una suficiente trascendencia, algunos no parecen justificar el recurso a los tribunales pero tampoco conviene dejarlos sin solución ni posibilidad de arreglo (especialmente para quienes han sido objeto de un tratamiento poco correcto o inexacto por parte de un medio y consideran necesaria una rectificación), otros por su novedad no se encuadran en la ley. Los órganos de autorregulación deben promover estas vías de diálogo y acuerdo, contribuyendo así a aliviar a la sociedad de tensiones innecesarias que es conveniente evitar.

71 Artículo 1 del Reglamento del Jurado de AAP y artículo 43.1 de los Estatutos de la misma asociación.

72 *Vid.* artículos 3 y 4 del Reglamento del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

73 *Vid.* artículos 5, 6, 7 y 8 del Reglamento del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

74 Aznar, H.: *op. cit.*, pág. 1. La autorregulación tiene gran facilidad para abordar cuestiones como el gusto y la decencia. El sistema de autorregulación canadiense considera que ellos le dan mejor tratamiento a lo que ellos denominan "*SOFT ISSUES*" (cuestiones blandas) y el gobierno se ocupa de los temas más complejos. BODDEWYN señala que la regulación tiene dificultades en la elaboración de normas tocantes a la "decencia, el buen gusto y la opinión". *Vid.* Boddewyn, *op. cit.*, pág. 132.

Normalmente, los organismos de autorregulación tienen una composición amplia en la que cuentan con representantes de ciertos sectores sociales y del que suele formar parte personas que proceden del campo del Derecho, éstas tienen como misión propia velar por lo que pudiera llamarse una cierta seriedad procedimental en la actuación de los organismos, éstos dan garantía de objetividad e independencia⁷⁵.

d) *Regulación de medidas que hagan posible el más eficaz cumplimiento de las decisiones emanadas del órgano de control*

Como ya hemos visto, los órganos de autorregulación van a decidir si un anuncio es aceptable o no; en el caso de no ser aceptable, se recomendará la rectificación del anuncio o su retirada, aquí el anunciante sancionado tendrá que cumplir con lo dispuesto por el órgano de autorregulación, en el caso de que no cumpla, se requerirá la adopción de ciertas medidas, a través de las cuales puedan ser ejecutadas las decisiones de los órganos de control. Una vez agotado el trabajo de los sistemas de autodisciplina es opción de los involucrados en el conflicto acudir a los Tribunales.

En algunos países cabe el auxilio judicial⁷⁶, es decir, en el caso de que haya inobservancia de las decisiones de los órganos de autorregulación se puede originar la remisión, por parte del órgano decisorio de autorregulación, del asunto a un órgano administrativo o a los Tribunales Ordinarios de Justicia, éstos pueden imponer sanciones más duras y de acatamiento obligatorio. GÓMEZ SEGADÉ y LEMA DEVESA opinan que en los casos de remisión del caso a la autoridad que corresponda desnaturaliza el sistema de autodisciplina publicitaria, puesto que se aleja de la regulación voluntaria, no viéndose con claridad si estamos ante un sistema de autodisciplina, o si estos organismos son instituciones paraestatales. Según estos autores nada impediría que paralelamente a la acción de los organismos de autodisciplina se ejercite una acción judicial, pues lo contrario supondría infringir derechos fundamentales de los miembros de la asociación y atentar contra el monopolio jurisdiccional de los Tribunales. Para evitar cualquier duda en este punto, la propuesta de directriz de la CEE sobre publicidad engañosa y desleal, señala que si un Estado se reconoce o consiente la validez de organismos de autodisciplina, las personas y asociaciones legitimadas para entablar acciones judiciales, también podrán dirigirse

⁷⁵ El Profesor Gómez Segade señala que existe tendencia a designar para formar parte de estos órganos a personalidades del mundo del Derecho y así el jurado italiano de autorregulación hasta 1977, disponía de al menos siete juristas sobre un total de nueve miembros. Esta presencia mayoritaria de juristas, además de poder incitar a ciertas rutinas legalistas, parte de un equívoco que debe evitarse: se cree que la "justicia de las resoluciones se incrementará con la presencia de expertos en Derecho. Pero en realidad, cuando así se procede, se olvida el principio fundamental de que la actuación de la autodisciplina no se mueve en el campo del Derecho, sino en el de la ética. Gómez Segade, J. A.: *op. cit.*, pág. 182. Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C.: *op. cit.*, pág. 63.

⁷⁶ Estados Unidos de América.

simultáneamente ante tales organismos⁷⁷. El acercamiento a la autorregulación minimiza las fricciones entre las empresas y consumidores, pues prima la persuasión y la negociación.

Con relación a las medidas de los órganos de autorregulación, hay que ser muy cautelosos, ya que puede existir una variedad de ellas que resulten contrarias a otros derechos, como por ejemplo: la negativa de difundir los anuncios que han sido calificados de desleales por los citados órganos, este tipo de sanciones plantean problemas que se presentan en el Derecho antitrust. Del mismo modo, la expulsión del infractor de la organización de autodisciplina también puede colisionar con la legislación protectora de la libre competencia, en algunos países no será de fácil aplicación, sin embargo, existe y se emplea en casos extremos⁷⁸.

Asimismo, otra alternativa para lograr que las decisiones del órgano de autorregulación se hagan efectivas es la presión moral. Exigir imperativos morales que orienten las buenas formas publicitarias. Se crea una adhesión moral más fuerte que la ley porque los códigos éticos están voluntariamente desarrollados y adoptados por miembros que deben obedecer no sólo la letra sino el espíritu de las normas auto-impuestas y deben soportar las decisiones de sus auto-elegidas autoridades.

Las sanciones impuestas por los órganos de control significan para el anunciante una presión moral ya que el anunciante se enfrenta con una posible crítica de los consumidores y, pierde prestigio entre los sujetos publicitarios arriesgando su reputación, exponiéndose a perder clientela. La autorregulación no comporta sanciones civiles o penales, sino solamente la censura social⁷⁹.

Las medidas para hacer cumplir las decisiones de los órganos de control puede suponer un mayor nivel de deontología profesional que evite la necesidad de recurrir a los mecanismos establecidos legalmente para que la actividad publicitaria se desarrolle con pleno respeto de los valores y derechos reconocidos en la Constitución y de los derechos e intereses legítimos de los destinatarios, de la publicidad y los competidores.

Los organismos de autorregulación juegan un papel primordial para lograr la confianza del consumidor en la publicidad, garantizar a consumidores y empresarios una resolución de las controversias rápida, eficaz y creíble:

“Aunque no sea el único, el medio coercitivo que nos gustaría emplear es la fuerza moral de unas resoluciones adoptadas por un Jurado imparcial, que garantiza la igualdad de las partes en el procedimiento y que son respaldadas por el compromiso ético del conjunto de la industria publicitaria”⁸⁰.

⁷⁷ Gómez Segade, J.A. y Lema Devesa, C.: *op.cit.*, pág. 52. Neelankavil- Stridberg, *op. cit.*, pág. 30.

⁷⁸ El incumplimiento de las decisiones puede ocasionar la expulsión del sistema. El artículo 15 de los Estatutos de la AAP dispone: “[...]se podrán imponer como sanciones: a) Apercibimiento; b) Suspensión temporal del cargo directivo hasta el límite de 6 meses, ampliable a un año en caso de reincidencia; c) Suspensión temporal de los derechos electorales durante un año, ampliable a dos en caso de reincidencia; d) Expulsión, que procederá especialmente en los casos de reiteración de las faltas y conductas[...].”

⁷⁹ *Vid.* Reglamento de la Asociación de Autocontrol Española.

5. Objetivos de la autorregulación publicitaria.

Bajo el concepto de autorregulación de la comunicación se agrupan toda una serie de mecanismos e instrumentos relacionados con la actividad de los medios que comparten el objetivo de garantizar que su actuación se ajuste a los valores y normas de dicha actividad. Dentro de los sistemas de autorregulación en el ámbito publicitario se persiguen tres objetivos fundamentales:

- 1) Se intenta defender a los consumidores frente a todas las posibles formas de publicidad incorrecta⁸¹.
- 2) Protección de los competidores.
- 3) Mejorar la imagen social de la publicidad.

6. Reconocimiento de los sistemas de autorregulación publicitaria

Los sistemas de autorregulación en el ámbito publicitario han sido reconocidos por las leyes de algunos países, entre los que podemos mencionar se encuentra España con su Ley General de Publicidad (en adelante, LGP)⁸².

Asimismo, la actividad de autorregulación ya encontraba respaldo explícito en la Resolución del Consejo de Europa de fecha 18 de febrero de 1972, sobre

⁸⁰ García Gutiérrez, R.: “Seminario Técnico de sobre la Resolución de Controversias en Publicidad”, *Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 10, pág. 2.

⁸¹ La demostración más elocuente de que los sistemas de autorregulación publicitaria son también un instrumento de protección para el consumidor se vuelve a situar en España, donde la AAP es considerada por la Comisión Europea (CE) como un organismo extrajudicial de solución de controversias en materia de consumo (reconocido por la CE en diciembre del 2000). Dicha Comisión otorga a este sistema de autodisciplina el reconocimiento mencionado por cumplir los requisitos establecidos en la Recomendación 98/257/CE relativa a “los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo”. Hasta este momento, en España, sólo las Juntas Arbitrales de Consumo gozaban de este reconocimiento. La AAP, es también el primer sistema de autorregulación, en Europa, que ha sido reconocido e incluido en la relación de la Comisión Europea. Para la Comisión Europea “la mayoría de los conflictos en materia de consumo se caracterizan por la existencia de una desproporción entre la magnitud económica del asunto y la duración de su solución por vía judicial”. Con objeto de resolver los problemas específicos de los litigios de consumo, varios Estados miembros se han orientado hacia soluciones extrajudiciales cuya flexibilidad se ajuste más a las necesidades de los consumidores y de los profesionales: el bajo coste, la rapidez y el carácter no oficial de esos procedimientos son la principal baza de dichas soluciones. Por esa razón la Comisión Europea ha adoptado una Recomendación sobre la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, con vistas a garantizar que esos procedimientos ofrezcan a las partes un mínimo de garantías de calidad, como la independencia, la transparencia, la eficacia y el respeto del Derecho.

⁸² La exposición de motivos de dicha ley señala: “En el Título IV se establecen las normas de carácter procesal en materia de sanción y de represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina”.

protección de los consumidores, en la que se recomienda a los Estados miembros la creación de sistemas de autodisciplina publicitaria y la cooperación de éstos con los organismos públicos y las asociaciones de consumidores.

Igualmente, la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y la Directiva 97/55/CE por la que se modifica la anterior a fin de incluir en la misma la regulación de la publicidad comparativa señala que:

“...los controles voluntarios ejercidos por organismos autónomos para suprimir la publicidad engañosa pueden evitar el recurso a una acción administrativa o judicial y por ello deberían fomentarse”.

Por su parte, la Directiva sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior) apuesta firmemente por la autorregulación al afirmar en su Preámbulo:

“Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la elaboración de códigos de conducta; ello no irá en perjuicio del carácter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos”

y que

“Corresponderá a cada Estado miembro, llegado el caso, ajustar aquellas disposiciones de su legislación que puedan entorpecer la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos por vías electrónicas adecuadas. El resultado de dicho ajuste debe hacer posible el funcionamiento de tales mecanismos de forma real y efectiva, tanto de derecho como de hecho, incluso en situaciones transfronterizas”.

Esta posición a favor del adecuado impulso y promoción de los sistemas de autorregulación se refleja explícitamente en los preceptos de la Directiva sobre comercio electrónico. El artículo 16 de la Directiva favorece la elaboración de códigos de conducta por las partes implicadas:

“1. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán: a) la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15; b) el envío voluntario a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario; c) la posibilidad de acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias; d) la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio

electrónico; e) la elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana. 2. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores en la redacción y aplicación de los códigos de conducta que afecten a sus intereses, y que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta sus necesidades específicas, deberá consultarse a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes”.

Asimismo, el artículo 17 propugna el fomento, por parte de los Estados miembros, de mecanismos de resolución extrajudicial de litigios, lo que supone un reconocimiento implícito a la efectividad de estos sistemas:

“1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas. 2. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de tal modo que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas. 3. Los Estados miembros incitarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico”.

Finalmente, es preciso resaltar la ya mencionada Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, que forma parte de un amplio elenco de actos normativos comunitarios destinados a facilitar el acceso de los consumidores a la justicia. En dicha Recomendación se establecen los requisitos que todo sistema extrajudicial de solución de conflictos con consumidores debe cumplir para su reconocimiento por la Comisión Europea; independencia del órgano, transparencia en sus actuaciones, la eficacia y respeto al Derecho, etc.

Se confirma así que la normativa jurídica confía y considera de gran ayuda el papel que hace la autorregulación en materia publicitaria.

Resumen

La implantación de un sistema de autorregulación está en íntima relación con la importancia adquirida por la publicidad como instrumento económico. El gran poder que tiene la publicidad la convierte en el campo de batalla donde se lucha por la conquista de la clientela. Surge así, una larga serie de mensajes publicitarios que atentan de la forma más variada a los intereses de consumidores y competidores. La autorregulación se considera como un medio eficaz de protección al consumidor y encuentra campo en la actividad publicitaria.

Abstract

The implantation of a self-regulation system is closely related to the acquired importance by the advertising as an economic instrument. The self-regulation is considered as a helpful way to protect the consumers and resolve in many cases advertising conflicts.

LEGISLACIÓN

Decreto mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político, social y político de la República Bolivariana de Venezuela

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

DECRETO N° 825 DE FECHA 10 DE MAYO DE 2000

HUGO CHÁVEZ FRÍAS
Presidente de la República

De conformidad con lo previsto en el artículo 110 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 5° de la Ley de Telecomunicaciones y 5° de la Ley Orgánica de la Administración Central, en Consejo de Ministros,

CONSIDERANDO

Que la Constitución reconoce como de interés público la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información, a los fines de lograr el desarrollo económico, social y político del país, y que el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Ciencia y Tecnología, debe velar por el cumplimiento del mencionado precepto constitucional,

CONSIDERANDO

Que el Plan Nacional de Telecomunicaciones tiene como finalidad insertar a la Nación dentro del concepto de sociedad del conocimiento y de los procesos de interrelación, teniendo en cuenta que, para el desarrollo de estos procesos, la red mundial denominada Internet, representa en la actualidad y en los años por venir, un medio para la interrelación con el resto de los países y una herramienta invaluable para el acceso y difusión de ideas,

CONSIDERANDO

Que el Plan Nacional de Telecomunicaciones plantea entre sus objetivos a mediano plazo el incentivo al uso de Internet a todos los niveles y mejorar la calidad de vida de la población, a través del uso de los servicios de telecomunicaciones,

CONSIDERANDO

Que el Plan Nacional de Ordenación del Territorio plantea la amplia divulgación del conocimiento y el uso de las modernas tecnologías de telecomunicaciones,

CONSIDERANDO

Que el Plan Nacional de Desarrollo Regional indica que las comunicaciones, tanto físicas como electrónicas, constituyen uno de los factores fundamentales de consolidación del nuevo modelo de desarrollo territorial,

CONSIDERANDO

Que el Estado provee servicios de diversa índole a los ciudadanos, los cuales pueden ser prestados en forma más eficiente a través de Internet, lográndose así un beneficio inmediato para la población,

CONSIDERANDO

Que Internet es un medio que permite acceder a nuevos conocimientos, empleos y mano de obra especializada, además de ser un importante generador de iniciativas que incentivan el espíritu emprendedor de la población, sin distinción de clases sociales ni de generaciones, constituyendo una fuente inagotable de oportunidades para pequeñas, medianas y grandes empresas,

CONSIDERANDO

Que el Ejecutivo Nacional ha previsto el impacto positivo que tienen las tecnologías de información, incluyendo el uso de Internet, en el progreso social y económico del país, en la generación de conocimientos, en el incremento de la eficiencia empresarial, en la calidad de los servicios públicos y en la transparencia de los procesos,

DECRETA

Artículo 1º. 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.

la tramitación de los asuntos de sus respectivas competencias.

Artículo 2º. Los órganos de la Administración Pública Nacional deberán incluir en los planes sectoriales que realicen, así como en el desarrollo de sus actividades, metas relacionadas con el uso de Internet para facilitar

Artículo 3º. Los organismos públicos deberán utilizar preferentemente Internet para el intercambio de información con los particulares, prestando servicios comunitarios a través de Internet, tales como bolsas de trabajo, buzón de denuncias, trámites comunitarios con los centros de salud, educación, información y

otros, así como cualquier otro servicio que ofrezca facilidades y soluciones a las necesidades de la población. La utilización de Internet también deberá suscribirse a los fines del funcionamiento operativo de los organismos públicos tanto interna como externamente.

Artículo 4º: Los medios de comunicación del Estado deberán promover y divulgar información referente al uso de Internet.

Se exhorta a los medios de comunicación privados a colaborar con la referida labor informativa.

Artículo 5º: El Ministerio de Educación, Cultura y Deportes dictarán las directrices tendentes a instruir sobre el uso de Internet, el comercio electrónico, la interrelación y la sociedad del conocimiento. Para la correcta implementación de lo indicado, deberán incluirse estos temas en los planes de mejoramiento profesional del magisterio.

Artículo 6º: El Ministerio de Infraestructura tramitará el otorgamiento de las habilitaciones administrativas necesarias para prestar servicios de acceso a Internet de manera expedita, simplificando los requisitos exigidos.

Artículo 7º: El Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, en coordinación con los Ministerios de Infraestructura, de Planificación y Desarrollo y, de Ciencia y Tecnología, presentará anualmente el plan para la dotación de acceso a Internet en los planteles educativos y bibliotecas

públicas, estableciendo una meta al efecto.

Artículo 8º: En un plazo no mayor de tres (3) años, el cincuenta por ciento (50%) de los programas educativos de educación básica y diversificada deberán estar disponibles en formatos de Internet de manera tal que permitan el aprovechamiento de las facilidades interactivas, todo ello previa coordinación del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

Artículo 9º: Todos los Ministerios presentarán a la Presidencia de la República, en un plazo de noventa (90) días continuos contados a partir de la publicación del presente Decreto en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, sus respectivos planes de ejecución, incluyendo estudios de financiamientos e incentivos fiscales a quienes instalen o suministren bienes y servicios relacionados con el acceso y el uso de Internet destinados a la aplicación de los objetivos previstos en el presente Decreto.

Artículo 10: El Ejecutivo Nacional establecerá políticas tendentes a la promoción y masificación del uso de Internet. Asimismo, incentivará políticas favorables para la adquisición de equipos terminales por parte de la ciudadanía, con el objeto de propiciar el acceso a Internet.

Artículo 11: El Estado, a través del Ministerio de Ciencia y Tecnología promoverá activamente el desarrollo del material académico, científico y cultural para lograr un acceso adecuado y uso efectivo de Internet, a

los fines de establecer un ámbito para la investigación y el desarrollo del conocimiento en el sector de las tecnologías de la información.

Artículo 12. Todos los Ministros quedan encargados de la ejecución 190° de la Independencia y 141° de la Federación.

(L.S)
Hugo Chávez Frías

Refrendado:

El Vicepresidente Ejecutivo	Julián Isaías Rodríguez Díaz
El Ministro de Relaciones Exteriores	José Vicente Rancel
El Ministro de Finanzas	José Alejandro Rojas
El Ministro de la Defensa	Ismael Eliécer Hurtado Soucre
El Ministro de la Producción y el Comercio	Juan de Jesús Montilla Valdivia
El Ministro de Educación, Cultura y Deportes	Héctor Navarro Díaz
El Ministro de Salud y Desarrollo Social	Gilberto Rodríguez Ochoa
El Encargado del Ministerio del Trabajo	Pedro Azuaje Montell
El Ministro de Infraestructura	Alberto Emerich Esqueda Torres
El Encargado del Ministerio de Energía y Minas	Bernardo Alvarez
El Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales	Jesús Arnaldo Pérez
El Ministro de Planificación y Desarrollo	Jorge Giordani
El Ministro de Ciencia y Tecnología	Carlos Genatios Sequera
El Ministro de la Secretaría de la Presidencia	Francisco Rangel Gómez

del presente Decreto, bajo la coordinación de los Ministros de Educación, Cultura y Deportes, de Infra-estructura y de Ciencia y Tecnología.

Dado en Caracas, a los diez días del mes de mayo de dos mil. Año

LA COMISIÓN LEGISLATIVA NACIONAL

En ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 6 numeral 1 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se establece el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.920 de fecha 28 de marzo del año 2000, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 187, numeral 1, y 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Decreta la siguiente,

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

Título I

Disposiciones Generales

Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes.

Se excluye del objeto de esta Ley la regulación del contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, la cual se regirá por las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.

Artículo 2. Los objetivos generales de esta Ley son:

1. Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones, en adecuadas condiciones de calidad, y salvaguardar, en la prestación de

éstos, la vigencia de los derechos constitucionales, en particular el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, al secreto en las comunicaciones y el de la protección a la juventud y la infancia. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los operadores de los servicios para la garantía de estos derechos.

2. Promover y coadyuvar el ejercicio del derecho de las personas a establecer medios de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público sin fines de lucro, para el ejercicio del derecho a la comunicación libre y plural.

3. Procurar condiciones de competencia entre los operadores de servicios.

4. Promover el desarrollo y la utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías cuando estén disponibles y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad de personas e impulsar la integración del espacio geográfico y la cohesión económica y social.

5. Impulsar la integración eficiente de servicios de telecomunicaciones.

6. Promover la investigación, el desarrollo y la transferencia tecnológica en materia de telecomunicaciones, la capacitación y el empleo en el sector.

7. Hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último.

8. Incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa, en materia de telecomunicaciones.

9. Favorecer el desarrollo armónico de los sistemas de telecomunicaciones en el espacio geográfico, de conformidad con la ley.

10. Favorecer el desarrollo de los mecanismos de integración regional en los cuales sea parte la República y fomentar la participación del país en organismos internacionales de telecomunicaciones.

11. Promover la inversión nacional e internacional para la modernización y el desarrollo del sector de las telecomunicaciones.

Artículo 3. El régimen integral de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, es de la competencia del Poder Público Nacional y se regirá por esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones normativas que con arreglo a ellas se dicten. Las autoridades nacionales, estatales y

municipales prestarán a los funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la colaboración necesaria para el cabal, oportuno y efectivo cumplimiento de sus funciones.

Artículo 4. Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, inventados o por inventarse. Los reglamentos que desarrollen esta Ley podrán reconocer de manera específica otros medios o modalidades que pudieran surgir en el ámbito de las telecomunicaciones y que se encuadren en los parámetros de esta Ley.

A los efectos de esta Ley se define el espectro radioeléctrico como el conjunto de ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de tres mil gigahertz (3000 GHz) y que se propagan por el espacio sin guía artificial.

El espectro radioeléctrico se divide en bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente. Las bandas de frecuencias constituyen el agrupamiento o conjunto de ondas radioeléctricas con límite superior e inferior definidos convencionalmente. Estas a su vez podrán estar divididas en subbandas.

Artículo 5. El establecimiento o explotación de redes de telecomuni-

caciones, 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.

En su condición de actividad de interés general y de conformidad con lo que prevean los reglamentos correspondientes, los servicios de telecomunicaciones podrán someterse a parámetros de calidad y metas especiales de cobertura mínima uni-forme, así como a la prestación de servicios bajo condiciones preferenciales de acceso y precios a escuelas, universidades, bibliotecas y centros asistenciales de carácter público. Así mismo, por su condición de actividad de interés general el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones podrá someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezcan la Constitución y la ley.

Artículo 6. El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones, podrán realizarse en beneficio de las necesidades comunicacionales de quienes las desarrollan o de terceros, de conformidad con las particularidades que al efecto establezcan en leyes y reglamentos.

Artículo 7. El espectro radioeléctrico es 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.

Artículo 8. Los servicios de telecomunicaciones para la seguridad y defensa nacional quedan reservados al Estado. La calificación de un servicio como de seguridad y defensa la hará el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, oída la opinión del Consejo de Defensa de la Nación, de conformidad con la ley.

Artículo 9. Las habilitaciones administrativas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como las concesiones para el uso y explotación del dominio público radioeléctrico, sólo serán otorgadas a personas domiciliadas en el país, salvo lo que establezcan los acuerdos o tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

La participación de la inversión extranjera en el ámbito de las telecomunicaciones sólo podrá limitarse en los servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta, de conformidad con lo que al efecto prevean las normas legales y reglamentarias correspondientes.

Artículo 10. El significado de los términos empleados en esta Ley o en sus reglamentos y no definidos en ellos, será el que le asignen los convenios o tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, en especial, las definiciones adoptadas por la Unión Internacional de

Telecomunicaciones (UIT), y en defecto de éstas las normas establecidas en el respectivo reglamento.

Artículo 11. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de producir o modificar los actos normativos que puede dictar de conformidad con esta Ley, realizará con-

sultas públicas previas con los sectores interesados. A tales efectos establecerá mediante resolución los mecanismos que permitan asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad que aporten sugerencias o recomendaciones, en los términos y condiciones que se determinen, para lo cual procurará el

establecimiento de mecanismos abiertos, electrónicos o audiovisuales.

Las personas, naturales o jurídicas, podrán proponer a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la regulación de nuevos servicios de telecomunicaciones.

Título II

De los derechos y deberes de los usuarios y operadores

Capítulo I

De los derechos y deberes de los usuarios

Artículo 12. En su condición de usuario de un servicio de telecomunicaciones, toda persona tiene derecho a:

1. Acceder en condiciones de igualdad a todos los servicios de telecomunicaciones y a recibir un servicio eficiente, de calidad e ininterrumpido, salvo las limitaciones derivadas de la capacidad de dichos servicios;

2. La privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones, salvo en aquellos casos expresamente autorizados por la Constitución o que, por su naturaleza tengan carácter público;

3. Ejercer individual y colectivamente su derecho a la comunicación libre y plural a través del disfrute de adecuadas condiciones para fundar medios de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de

servicio público sin fines de lucro, de conformidad con la ley;

4. Que se le facturen oportuna y detalladamente la totalidad de los cargos por los servicios que recibe, evitando incurrir en facturación errónea, tardía, o no justificada, salvo en los casos de servicios prepagados, de conformidad con el reglamento de esta Ley, que dicha facturación sea expresada en términos fácilmente comprensibles y a recibir oportunamente dicha facturación;

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

6. Disponer, gratuitamente, de una guía actualizada, electrónica o impresa y unificada para cada ámbito geográfico, relacionada con el servicio independientemente del operador

que se trate. Todos los abonados tendrán derecho a figurar en dichas guías y a un servicio de información nacional sobre su contenido, sin perjuicio, en todo caso, del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías;

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

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

9. Que en la contratación de servicios de telecomunicaciones se utilicen los modelos de contratos previamente autorizados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y a obtener copia de los mismos;

10. Que se atiendan a la brevedad y de manera eficaz todas sus solicitudes, quejas o reclamos derivados de la prestación del servicio y, de forma especial, exigir el cumplimiento por parte de los operadores de servicios de telecomunicaciones de parámetros de calidad mínima en la prestación de los servicios que serán establecidos para cada servicio, por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

11. Que se le haga conocer previamente y en forma adecuada la suspensión, restricción o eliminación de los servicios de telecomunicaciones que haya contratado, expresando las causas de tales medidas;

12. Que se le haga conocer la existencia de averías en los sistemas de telecomunicaciones que los afecten, el tiempo estimado para su reparación y reclamar por la demora injustificada en la reparación de las averías;

13. Acceder a la información en idioma castellano relativo al uso adecuado de los servicios de telecomunicaciones y, al manejo, instalación y mantenimiento de equipos terminales, así como las facilidades adicionales que éstos brinden;

14. Que se le proporcione adecuada y oportuna protección contra anomalías o abusos cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley;

15. Que se le ofrezca servicios de información precisa, cierta y gratuita sobre las tarifas vigentes, consultables desde el equipo terminal empleado por el usuario, con el objeto de permitir un correcto aprovechamiento y favorecer la libertad de elección;

16. Los demás que se deriven de la aplicación de leyes, reglamentos y demás normas aplicables.

Artículo 13. En su condición de usuario de un servicio de telecomunicaciones, toda persona tiene el deber de:

1. Pagar oportunamente los cargos por los servicios recibidos, de conformidad con los precios o tarifas preestablecidos que correspondan;

2. Informar al prestador del servicio, cualquier interrupción, deficiencia o daño ocurrido en el sistema, una vez que tenga conocimiento del hecho;

3. No alterar los equipos terminales que posea, aunque sean de su propiedad, cuando a consecuencia de ello puedan causar daños o inter-

hechos que puedan ir en contra de las previsiones de la ley;

6. Respetar los derechos de propiedad y uso de otras personas relativos a elementos vinculados a las telecomunicaciones;

7. Respetar las disposiciones legales, reglamentarias, las normas que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y las condiciones generales de contratación de los servicios.

Capítulo II

De los derechos y deberes de los operadores

Artículo 14. Los operadores de servicios de telecomunicaciones, debidamente acreditados, tienen los derechos siguientes:

1. Al uso y protección de sus redes e instalaciones empleadas en la prestación del servicio de telecomunicaciones.

2. A participar, con el carácter de oferentes, en procesos de selección para la obtención de la habilitación administrativa o concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, con las

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

4. Prestar toda la colaboración posible a los funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, cuando éstos se las requieran en el cumplimiento de sus funciones;

5. Informar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones sobre

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

3. Solicitar y recibir información oportuna sobre planes, programas, instructivos y demás disposiciones de carácter normativo, así como las de carácter individual en la que estén interesados, que emita la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

4. Participar en los procesos de consulta que adelante el Ejecutivo Nacional, en materia de telecomunicaciones, en la forma y condiciones que se establezcan mediante reglamento.

5. Los demás que se deriven de la ley y los reglamentos.

Artículo 15. Los operadores de servicios de telecomunicaciones, debidamente acreditados, tienen los deberes siguientes:

1. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en la Constitución y en la ley, a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno;

2. Respetar las condiciones de calidad mínimas establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la prestación de sus servicios, de conformidad con los reglamentos de esta Ley;

3. Cumplir con las obligaciones previstas en la habilitación administrativa correspondiente;

4. Actuar bajo esquemas de competencia leal y libre, de conformidad con la ley;

5. Publicar los precios máximos de los servicios que prestan a los usuarios, con por lo menos quince días

continuos de antelación a su entrada en vigencia, en diarios que tengan mayor circulación en el área geográfica en la que actúan o, en su defecto, en diarios de circulación nacional, así como notificar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de este mismo plazo, los precios máximos de los servicios antes señalados;

6. Cumplir las decisiones que de conformidad con esta Ley y sus reglamentos dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

7. Pagar oportunamente los tributos legalmente establecidos;

8. Contribuir a la realización de los planes nacionales de telecomunicaciones, en la forma que determine el reglamento respectivo;

9. Orientar sus actividades y procedimientos al cumplimiento de la ley y los reglamentos;

10. Cumplir con las obligaciones de asistencia, prestación de servicios, suministro y provisión de bienes y recursos, y con todas aquellas obligaciones que se establezcan en la normativa aplicable a los servicios de

telecomunicaciones en estados de excepción, y en los planes para estados de excepción que al efecto se formulen;

11. Presentar sus estados financieros atendiendo a las particularidades del plan único de cuentas que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la ley y los reglamentos;

12. Las demás que se deriven de disposiciones legales y reglamentarias.

Título III

De la prestación de servicios
y del establecimiento y
explotación
de redes de telecomunicaciones

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 16. La habilitación administrativa es el título que otorga la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a

tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley. Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 15 de esta Ley.

En los casos en que se requiera el uso del espectro radioeléctrico, el operador deberá obtener además la correspondiente concesión.

Artículo 17. Las leyes y reglamentos que se dicten en ejecución de la presente Ley, establecerán los distintos tipos de habilitación administrativa que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgará en función de los atributos que ella determine para el caso concreto.

Artículo 18. Quien solicite a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones el otorgamiento de una habilitación administrativa o la incorporación de atributos concretos a una que ya tuviere, deberá expresar en la solicitud respectiva, bajo juramento, si alguna persona natural o jurídica vinculada a ella presta el mismo servicio o servicios semejantes.

Artículo 19. Toda habilitación administrativa deberá contener, además de los extremos requeridos por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los siguientes:

1. El tipo de habilitación administrativa de que se trate y los atributos que confiere;

2. La determinación de las características de las redes y de los servicios; su zona de cobertura y cronograma de implantación, así como las modalidades de acceso a ellos y distribución de los porcentajes de cobertura mínima uniforme dentro de la zona que le corresponda, si fuere el caso de conformidad con la reglamentación respectiva;

3. El tiempo durante el cual se otorga;

4. Una remisión expresa a las Condiciones Generales de las habilitaciones administrativas aplicables que haya establecido la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la ley y los reglamentos, con expresión del número y fecha de la Gaceta Oficial de su publicación.

Artículo 20. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá, atendiendo a las particularidades del tipo de redes y servicios de que se trate, las Condiciones Generales a las cuales deberán sujetarse los interesados en obtener una habilitación administrativa en materia de telecomunicaciones, de conformidad con las previsiones de esta Ley. En todo caso, de conformidad con los reglamentos respectivos, las Condiciones Generales deberán estar orientadas a garantizar, entre otros aspectos:

1. El cumplimiento por parte de la persona que resulte beneficiaria de la habilitación administrativa de los requisitos esenciales para una adecuada prestación del servicio, el correcto establecimiento o explotación de una red;

2. Mecanismos idóneos para la información y protección de los

derechos de los usuarios o contratante de servicios;

3. El adecuado acceso a los servicios por las personas discapacitadas o con necesidades especiales;

4. El comportamiento competitivo de los operadores en los mercados de telecomunicaciones;

5. La utilización efectiva y eficaz de la capacidad numérica;

6. Los derechos y obligaciones en materia de interconexión de redes y la interoperabilidad de los servicios, así como los demás requisitos técnicos y de calidad que se establezcan;

7. La sujeción a las normas ambientales, de ordenación del territorio y urbanismo;

8. El respeto a las normas sobre Servicio Universal, a las medidas adoptadas por razones de interés público y, a la protección de datos de las personas.

Artículo 21. La duración de las habilitaciones administrativas no podrá exceder de veinticinco años; pudiendo ser renovada por iguales períodos siempre que su titular haya cumplido con las disposiciones previstas en esta Ley, en sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en la habilitación respectiva.

Artículo 22. La modificación de las Condiciones Generales de las habilitaciones administrativas por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, se hará con previa consulta pública, según el mecanismo que establezca el reglamento respectivo. Cuando se modifiquen las Con-

diciones Generales, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá un plazo razonable de adaptación para los habilitados preexistentes, quienes deberán ajustarse a los nuevos requerimientos en el plazo establecido, so pena de aplicación de las sanciones que establezca la ley.

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;

2. Cuando se trate de equipos que, a pesar de utilizar porciones del espectro radioeléctrico, hayan sido calificados de uso libre por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

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.

4. Cuando se trate de servicios que utilicen como soporte redes, enlaces o sistemas de telecomunicaciones, con el objeto de ofrecer facilidades adicionales a las definidas como atributos de las habilitaciones administrativas, aplicando a estas facilidades

procesos que hagan posibles, la disponibilidad de información, la actuación sobre estos o la interacción con el sistema. Quedan exceptuados los proveedores de los servicios de Internet.

Parágrafo Único: Mediante reglamento podrá establecerse los casos

y modalidades en que los supuestos previstos en el presente artículo requerirán la notificación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o el registro previo del proyecto respectivo.

Artículo 24

El Ministerio de Infraestructura, por órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones propiciará la convergencia tecnológica y de servicios, siempre que con ello no se desmejore el acceso a los servicios y su calidad.

Capítulo II

Del procedimiento para la obtención de habilitaciones administrativas

o la incorporación de atributos a las mismas

Artículo 25

Las personas interesadas en prestar uno o más servicios de telecomunicaciones al público o en establecer o explotar una red de telecomunicaciones, deberán solicitar ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la habilitación administrativa correspondiente o la ampliación de los atributos de que sea titular. Ambos casos se regirán por el procedimiento establecido en este Título.

Artículo 26

La solicitud a que se refiere el artículo anterior se hará por escrito y contendrá los siguientes requisitos:

1. La identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, profesión y número de la cédula de identidad o pasaporte.

2. El tipo de actividad de telecomunicaciones para la cual se pretende obtener la habilitación administrativa y los atributos a ella asociados.

3. Descripción clara y precisa del proyecto técnico correspondiente.

4. Referencia a los anexos donde se sustenta el proyecto y el cumplimiento de las Condiciones Generales.

5. La dirección del lugar donde se harán las notificaciones. El interesado, si lo tuviere, podrá señalar una dirección de correo electrónico en la que se podrán hacer las notificaciones correspondientes.

6. Cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias.

7. La firma de los interesados.

El reglamento de esta Ley podrá disponer que la solicitud se haga mediante mecanismos electrónicos que garanticen su seguridad, privacidad y autenticidad.

Artículo 27. Si a juicio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la solicitud de habilitación administrativa del interesado resulta oscura, inexacta o incompleta, dictará un acto suficientemente motivado mediante el

cual ordenará al interesado corregir los defectos de la solicitud en un lapso de quince días hábiles contados a partir de su notificación. Si el interesado no corrige o completa los aspectos de su solicitud que se le hubiesen indicado en el plazo mencionado, o lo hace en forma distinta a la señalada, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dictará un acto en el cual se declarará inadmisibile la solicitud y ordenará su archivo.

Artículo 28. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispondrá de un lapso de cuarenta y cinco días continuos, contados desde el recibo de la solicitud, para dictar una resolución en la que se determine si la solicitud cumple o no con los requisitos de forma y de fondo previstos en esta Ley, sus reglamentos y en las Condiciones Generales. Dicho lapso podrá prorrogarse mediante acto motivado, sólo por una vez, hasta por quince días continuos.

Durante el lapso que tiene para decidir, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá solicitar al interesado la información que considere pertinente a los efectos de evaluar la solicitud, en cuyo caso le notificará a éste que tiene un plazo de diez días hábiles para consignar la información solicitada. A partir de la notificación del interesado se interrumpirá hasta por un máximo de diez días hábiles el lapso de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para decidir la solicitud.

Artículo 29. Cuando la Comisión Nacional de Telecomunicaciones determine que se han cumplido los requisitos y condiciones establecidos en la ley y los reglamentos, otorgará mediante acto motivado la habilitación administrativa correspondiente o la ampliación de sus atributos, según el caso.

Artículo 30. En el caso de que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones determine que el interesado no cumple con los extremos requeridos, dictará un acto motivado en el cual se declarará improcedente la solicitud, se dará por concluido el procedimiento administrativo constitutivo y se notificará al interesado.

Artículo 31. Si la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no se pronuncia sobre la procedencia o no de la solicitud, dentro de los lapsos establecidos en este Capítulo (sic), dicho silencio se entenderá como una negativa respecto de la solicitud formulada.

Artículo 32. Si el procedimiento constitutivo llegase a paralizarse por causas imputables al interesado por más de quince días hábiles, contados desde la notificación que se le haga advirtiéndosele tal situación, se tendrá por desistida la solicitud y se ordenará el archivo del expediente

Artículo 33. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá decidir, mediante acto motivado, abreviar el

procedimiento a que se refieren los artículos anteriores, atendiendo a la naturaleza temporal del servicio que se solicite y a la urgencia con que se requiera prestarlo, de conformidad con lo que establezca el reglamento de esta Ley. En el acto de apertura del procedimiento se establecerá con toda precisión el procedimiento sumario.

Título IV

De la Administración Pública y
Telecomunicaciones

Capítulo I

Del Ministerio de Infraestructura

Artículo 34. El Ministerio de Infraestructura es el órgano rector de las Telecomunicaciones en el Estado, y como tal le corresponde establecer las políticas planes y normas generales que han de aplicarse en el

sector de las telecomunicaciones, de conformidad con esta Ley y en concordancia con los planes nacionales de desarrollo que establezca el Ejecutivo Nacional.

Capítulo II

De la Comisión Nacional de
Telecomunicaciones

Artículo 35. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones es un instituto autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, con autonomía técnica, financiera, organizativa y administrativa de conformidad con esta Ley y demás disposiciones aplicables. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones estará adscrita al Ministerio de Infraestructura a los efectos del control de tutela administrativa.

Artículo 36. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones tendrá su sede en la ciudad de Caracas, sin perjuicio de que el Presidente de la República en Consejo de Ministros señale otra ubicación. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá, cuando lo

juzgue conveniente, establecer oficinas de la Comisión en otras ciudades del país.

Artículo 37. Son competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones las siguientes:

1. Dictar las normas y planes técnicos para la promoción, desarrollo y protección de las telecomunicaciones en el espacio geográfico venezolano, de conformidad con esta Ley y demás normas aplicables;

2. Velar por el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, de las leyes que la desarrollen, de los reglamentos y demás actos que dicte la Comisión cuya vigilancia le compete;

3. Coordinar con los organismos nacionales los aspectos técnicos en materia de telecomunicaciones;

4. Proponer al Ejecutivo Nacional la designación de representantes ante organismos internacionales de telecomunicaciones;

5. Ofrecer adecuada y oportuna protección a los usuarios y operadores, cuando ello sea necesario de conformidad con esta Ley;

6. Proponer al Ministro de Infraestructura los planes nacionales de telecomunicaciones, de conformidad con las directrices establecidas en los planes nacionales de desarrollo;

7. Administrar y disponer de su patrimonio de conformidad con las normas legales y reglamentarias aplicables;

8. Administrar, regular y controlar el uso de los recursos limitados utilizados en las telecomunicaciones;

9. Otorgar, revocar y suspender las habilitaciones administrativas y concesiones, salvo cuando ello corresponda al Ministro de Infraestructura de conformidad con esta Ley;

10. Inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios de telecomunicaciones;

11. Homologar y certificar equipos de telecomunicaciones;

12. Aprobar las Condiciones Generales de los contratos de servicios de telecomunicaciones;

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

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

15. Administrar y realizar todos los actos o actuaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines relativos al Fondo de Servicio Universal previsto en esta Ley;

16. Evaluar y proponer al Ejecutivo Nacional la aprobación de las tarifas para los diferentes servicios de telecomunicaciones, en los casos establecidos en esta Ley;

17. Establecer las unidades de medida que deberán emplear los operadores para el cobro de sus servicios;

18. Fiscalizar, determinar, liquidar y recaudar los recursos de origen tributario, así como percibir directamente los que le correspondan de conformidad con la ley;

19. Requerir de los usuarios y de los operadores de servicios, las informaciones que considere convenientes, relacionadas con materias relativas al ámbito de sus funciones;

20. Procesar, clasificar, resguardar y custodiar el registro y los archivos de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

21. Vigilar, evaluar y divulgar el comportamiento de las variables del mercado de las telecomunicaciones y de las estadísticas correspondientes;

22. Coadyuvar en el fomento y la protección de la libre competencia en el sector, en los términos establecidos en esta Ley;

23. Actuar como árbitro en la solución de conflictos que se susciten entre los operadores de servicios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas o ello se derive de la aplicación de la ley;

24. Acreditar peritos en materia de telecomunicaciones;

25. Manejar los equipos y recursos que se le asignen, los que obtenga en el desempeño de sus funciones, y cualquier otro que le corresponda;

26. Ejercer acciones administrativas o judiciales de cualquier índole para la salvaguarda y protección de sus derechos e intereses;

27. Presentar el informe anual sobre su gestión al Ministro de Infraestructura;

28. Dictar su reglamento interno, previa consulta con el Ministro de Infraestructura, así como las normas y procedimientos para el funcionamiento de la Comisión;

29. Elaborar el plan único de cuentas para operadores de telecomunicaciones;

30. Ejecutar y velar por el cumplimiento del Plan Nacional de Contingencias para las Telecomunicaciones que dicte el Presidente de la República en Consejo de Ministros, así como los planes que este prevea;

31. Las demás atribuciones que le asigne la ley y las demás normas aplicables.

Artículo 38. El patrimonio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones estará integrado de la siguiente forma:

1. Los ingresos provenientes de su gestión y de la recaudación de los derechos y tributos.

2. Los recursos que le sean asignados en la Ley de Presupuesto de cada ejercicio fiscal y los aportes extraordinarios que le acuerde el Ejecutivo Nacional.

3. Los demás bienes, derechos y obligaciones de cualquier naturaleza que haya adquirido o adquiriera en la

realización de sus actividades o sean afectados a su patrimonio.

Los recursos correspondientes al Fondo de Servicio Universal previsto en esta Ley, serán administrados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones como patrimonio separado, en la forma y para los fines que determinen esta Ley y su Reglamento, sin que pueda dársele a los mismos un uso distinto.

Artículo 39. La Dirección de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones estará a cargo de un Consejo Directivo al cual corresponderá el ejercicio de las competencias establecidas en esta Ley y sus reglamentos y, en especial, las siguientes:

1. Someter a la consideración del Ministro de Infraestructura el Plan Nacional de Telecomunicaciones para su aprobación.

2. Aprobar el presupuesto, el plan operativo anual y el balance general de la Comisión, conforme a los proyectos presentados por el director.

3. Dictar el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

4. Dictar las condiciones generales de los contratos de servicios de telecomunicaciones, propuestas por el Director General.

5. Dictar el plan único de cuentas para operadores de telecomunicaciones, que someta para su consideración el Director General.

6. Autorizar al Director General para la suscripción de contratos en los casos establecidos en la ley.

7. Someter a la autorización del Ministro de Infraestructura las propuestas sobre las modificaciones presupuestarias presentadas por el Director General, que tengan por objeto incrementar los créditos presupuestarios del organismo, cuando exista un aumento superior al diez por ciento (10%) de los recursos inicialmente presupuestados, sin perjuicio de las demás disposiciones legales aplicables.

8. Dictar las decisiones relativas a los procesos de las habilitaciones administrativas o concesiones, de conformidad con lo previsto en esta Ley.

9. Dictar las decisiones que le corresponda de conformidad con esta Ley sobre los procedimientos de oferta pública y adjudicación directa llevados a cabo por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

10. Decidir la revocatoria de las habilitaciones administrativas o concesiones, salvo cuando ello corresponda al Ministro de Infraestructura de conformidad con esta Ley.

11. Elaborar las normas técnicas sobre telecomunicaciones que corresponda a la Comisión Legislativa Nacional de conformidad con la ley.

Parágrafo Único: Los miembros del Consejo Directivo serán solidariamente responsables civil, penal y administrativamente, de las decisiones adoptadas en las reuniones del directorio.

Artículo 40. El Consejo Directivo estará integrado por el Director General de la Comisión Nacional de

Telecomunicaciones quien lo presidirá y cuatro Directores, quienes serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, cada uno de los cuales tendrá un suplente, designado en la misma forma, quien llenará las faltas temporales. Las ausencias temporales del Presidente, serán suplidas por el Director Principal que este designe. El Director General o quien haga sus veces y dos Directores formarán quórum. La decisión se tomará por mayoría de los directores presentes. En caso de empate, el Director General tendrá voto de calidad.

El Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, así como los miembros del Consejo Directivo y sus suplentes, serán de libre remoción por el Presidente de la República. Los miembros del Consejo Directivo, distintos del Director General, no tendrán el carácter de funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Artículo 41. El régimen ordinario de las sesiones del Consejo Directivo lo determinará el reglamento interno que dictará dicho órgano.

Artículo 42. El Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, los miembros del Consejo Directivo y sus suplentes deberán reunir las condiciones siguientes:

1. Ser venezolano;
2. Mayor de edad;
3. No estar sometido a interdicción civil ni a inhabilitación política;
4. Tener probada experiencia e idoneidad técnica y profesional en el sector de las telecomunicaciones;

5. Ser de comprobada solvencia moral.

Artículo 43. No podrán ser designados Director General, miembros del Consejo Directivo ni suplentes del mismo:

1. Las personas que tengan parentesco hasta del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sean cónyuges del Presidente de la República, del Ministro de Infra-estructura o de algún miembro de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

2. Quienes en beneficio propio o de un tercero, directa o indirectamente, hayan celebrado contratos de obras o de suministro de bienes con la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y no los hayan finiquitado en el año inmediatamente anterior a sus designaciones;

3. Quienes tengan conflicto de intereses con el cargo a desempeñar;

4. Quienes tengan participación accionaria en empresas del sector o empresas que tengan contratos con la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a menos de que hayan transferido su titularidad accionaria con no menos de dos años de anterioridad;

5. Las personas que hayan sido declaradas en estado de quiebra, culpable o fraudulenta, y los condenados por delitos contra la fe pública o contra el patrimonio público;

Artículo 44. Corresponde al Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones:

1. Ejercer la administración de la Comisión;

2. Ejecutar y hacer cumplir los actos generales e individuales que dicte la Comisión;

3. Autorizar la realización de inspecciones o fiscalizaciones;

4. Ordenar la apertura y sustanciación de procedimientos administrativos sancionatorios;

5. Aprobar las fianzas relativas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de habilitaciones administrativas o concesiones; (sic) según el caso;

6. Celebrar en nombre de la Comisión, previa la aprobación del Consejo Directivo, contratos de obra, de adquisición de bienes o suministro de servicios, de conformidad con la Ley de Licitaciones y su Reglamento;

7. Nombrar, remover y destituir y dictar cualquier otra decisión relativa al personal de la Comisión;

8. Elaborar el proyecto de presupuesto, el plan operativo anual y el balance general de la Comisión y someterlo a la aprobación del Consejo Directivo de conformidad con la ley;

9. Ordenar o realizar los actos o actuaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines relativos al Fondo de Servicio Universal previsto en esta Ley;

10. Expedir certificación de documentos que cursen en los archivos de la Comisión, cuando ello sea procedente de conformidad con las normas generales sobre la materia;

11. Otorgar poderes para la representación judicial y extrajudicial de la Comisión;

12. Delegar atribuciones o la firma de determinados documentos, en los casos que determine el reglamento interno de la Comisión;

13. Ejercer las competencias de la Comisión que no estén expresamente atribuidas a otra autoridad;

14. Las demás que le atribuyan las leyes.

Artículo 45. Los funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones se regirán por la Ley de Carrera Administrativa salvo por las disposiciones especiales que el Ejecutivo Nacional decida sobre el reclutamiento, la selección, el ingreso, el desarrollo, la evaluación, los ascensos, los traslados, las suspensiones en ejercicio de los cargos, la valoración de cargos, las escalas de remuneraciones y el egreso. Las materias enumeradas en este artículo son de orden público y, en consecuencia, no pueden renunciarse ni relajarse por convenios individuales o colectivos, ni por actos de las autoridades de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Artículo 46. No podrán, contratar o negociar con terceros, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, en todo aquello que sea objeto de regulación por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el Director General ni los miembros del Consejo Directivo o sus suplentes. Quedan a salvo las contrataciones que pudieran hacer en su condición de usuarios de servicios de telecomunicación.

Artículo 47. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá llevar un registro de sus actuaciones, el cual contendrá, por lo menos, lo siguiente:

1. La atribución y asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico.

2. La asignación de los recursos del Plan de Numeración.

3. Las habilitaciones administrativas para la operación de los sistemas o servicios de telecomunicaciones.

4. Las asignaciones de otros recursos limitados de dominio público.

5. Las notificaciones, que deban hacerse conforme a esta Ley.

6. Los procedimientos administrativos iniciados, así como las sanciones y correctivos impuestos, si fuere el caso.

7. Los modelos de contratos de servicios de telecomunicaciones, previamente autorizados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

8. Los convenios o acuerdos internacionales ratificados por la República en materia de telecomunicaciones.

9. Cualesquiera otras que dispongan las normas aplicables.

La información contenida en el Registro Nacional de Telecomunicaciones a que se refiere este artículo, podrá ser consultada por cualquier persona que así lo requiera, salvo que su contenido se haya declarado confidencial o secreto de conformidad con la 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. Asimismo, la Comisión

Nacional de Telecomunicaciones podrá someter a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia las consultas que considere conveniente.

Los pronunciamientos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre

Competencia derivados de las consultas a las que se refiere el presente artículo o en los casos en que los mismos sean necesarios a los efectos de esta Ley, deberán producirse en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días. En tal sentido, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrán celebrar convenios para establecer los términos, condiciones y mecanismos de colaboración entre ambos organismos, para el cumplimiento de los fines de esta Ley.

Título V

Del desarrollo del Sector
de Telecomunicaciones

des de acceso a los servicios de
telecomunicaciones por la población.

Capítulo I

Del servicio universal y su fondo

Artículo 50. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en coordinación con el Ministerio de Infraestructura, establecerá como prioridad a los efectos de alcanzar progresivamente las obligaciones del Servicio Universal las siguientes prestaciones:

Sección primera

Del Servicio Universal

Artículo 49. El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es 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 geográfica.

El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualda-

1. Que todas las personas puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. La conexión debe ofrecer al usuario la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales y permitir la transmisión de voz, texto y datos.

2. Que los abonados al servicio telefónico dispongan, gratuitamente, de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial. Todos los abonados tendrán derecho a figurar en las guías y a un servicio de información nacional sobre su contenido, sin perjuicio, en

todo caso, del respeto a las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad.

3. Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el espacio geográfico venezolano.

4. Que todas las personas tengan acceso a la red mundial de información Internet.

5. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios.

Artículo 51. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones debe periódicamente cuantificar, planificar, revisar y ampliar las obligaciones de Servicio Universal en función de la satisfacción de las necesidades de telecomunicaciones y el desarrollo del mercado, y a tal efecto realizará las consultas públicas establecidas en la ley, y solicitará la participación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia a fin de evitar distorsiones en el mercado de las telecomunicaciones. En todo caso, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no podrá disminuir los derechos de los usuarios garantizados por las obligaciones que constituyen el Servicio Universal.

Artículo 52. Para garantizar el Servicio Universal de

telecomunicaciones en todo el espacio geográfico venezolano, la asignación de las obligaciones de Servicio Universal serán sometidas, en cada caso, a procesos de selección abiertos en el que (sic) podrán participar los operadores interesados, y se asignará la obligación al operador interesado que requiera un monto menor del Fondo de Servicio Universal, siempre que se satisfagan los requerimientos técnicos y niveles de calidad establecidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. El procedimiento para la asignación de las obligaciones de Servicio Universal será determinado mediante reglamento.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, publicará anualmente la lista de áreas geográficas y servicios sujetos a obligaciones de Servicio Universal, cumpliendo con los requisitos que al efecto prevea el reglamento respectivo.

Artículo 53. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá declarar desiertos los procesos de selección previstos en el artículo precedente, por ausencia de al menos dos ofertas válidas, en cuyo caso asignará directamente a uno o varios prestadores de servicios de telecomunicaciones el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal.

En tales casos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones requerirá la correspondiente propuesta económica del operador u operadores que estime conveniente; evaluará la

idoneidad del operador u operadores en función de su capacidad técnica y económica, cercanía, experiencia y economía en la consecución de los fines

perseguidos; y, asignará la obligación o reformulará los términos de la misma, en caso de considerarlo conveniente para el interés público.

Sección Segunda

Del Fondo de Servicio Universal

Artículo 54. Se crea el Fondo de Servicio Universal, el cual tendrá el carácter de patrimonio separado dependiente de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. La estructura, organización y mecanismos de control del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones, serán los determinados por esta Ley y el reglamento respectivo.

Artículo 55. El Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones tendrá por finalidad subsidiar los costos de infraestructura necesarios para el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal y a la vez mantener la neutralidad de sus efectos desde el punto de vista de la competencia, según las directrices establecidas en esta Ley y desarrolladas de acuerdo al reglamento respectivo. Mediante reglamento se definirán los costos necesarios a los que alude el presente artículo.

La determinación del monto a subsidiar la hará el operador de telecomunicaciones que preste servicio universal de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, quien deberá aprobar el resultado del cálculo oída la opinión de la Junta de

Evaluación y Seguimiento de Proyectos, previa auditoria realizada por ella misma o por la entidad que a estos efectos designe.

Artículo 56. El Fondo de Servicio Universal contará con una Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, presidida por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o quien ejerza sus funciones. La Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos estará integrada además, por un representante designado por el Ministro de Infraestructura, un representante designado por el Ministro de Planificación y Desarrollo, un representante designado por el Ministro de Producción y el Comercio y, un representante designado por las personas que aportan al Fondo.

La Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos tendrá un Secretario Ejecutivo designado por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de entre los funcionarios de la Comisión. También se podrá contratar servicios profesionales externos al Fondo, cuando así se considere necesario.

Artículo 57. La Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos tendrá las siguientes atribuciones:

1. Velar por el cumplimiento de la finalidad del Fondo.
2. Dictar su reglamento interno.
3. Evaluar el desempeño de los operadores prestadores del Servicio Universal y aprobar la erogación de

recursos del Fondo para el financiamiento del mismo, cuando fuere procedente de conformidad con esta Ley.

4. Aprobar los proyectos que se presenten para el financiamiento por parte del Fondo, de conformidad con los supuestos establecidos en esta Ley.

5. Velar por la neutralidad y transparencia en la asignación de obligaciones de Servicio Universal por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, formulando al efecto las recomendaciones que estime convenientes.

6. Recomendar la cesación o modificación de la obligación de servicio universal.

7. Velar por que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones haga entrega oportuna de los recursos del Fondo a los operadores del Servicio Universal, de conformidad con el cronograma que se haya aprobado.

8. Velar por la rentabilidad y liquidez en las operaciones financieras relativas al Fondo.

9. Presentar un informe anual de sus actividades al Presidente de la República y al Contralor General de la República.

Artículo 58. Los recursos del Fondo del Servicio Universal provendrán de:

1. Los aportes que harán los operadores de servicios de telecomunicaciones con fines de lucro, de conformidad con lo previsto en el artículo 151 de esta Ley;

2. Los aportes que, a título de donación, haga al mismo cualquier persona natural o jurídica.

Los recursos de este Fondo se depositarán en la cuenta bancaria específica designada a tal efecto por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y podrán colocarse en inversiones que garanticen la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez.

Los gastos de gestión de esta cuenta serán deducidos de su saldo y los rendimientos que este genere, aumentarán los recursos del Fondo.

Artículo 59. El resultado del cálculo efectuado a los efectos del artículo anterior, así como las conclusiones de las auditorías correspondientes, estarán a disposición de todos los operadores, previa solicitud y de acuerdo con el procedimiento que se establezca en el reglamento respectivo, quienes podrán hacer a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, las observaciones que juzguen convenientes.

Artículo 60. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, deberá elaborar y hacer público un informe anual sobre los aportes realizados al Fondo para su financiación y los montos de los subsidios del Servicio Universal que se hubiesen otorgado, pudiendo requerir a tales fines toda la información que estime necesaria a los operadores implicados.

Artículo 61. La utilización de los recursos del Fondo de Servicio Universal para fines distintos a los previstos en este Capítulo, será sancionada de conformidad con la Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público.

Artículo 62. La infraestructura subsidiada con recursos del Fondo de

Servicio Universal y empleada por una operadora para la satisfacción de una obligación de Servicio Universal,

bienes deberán usarse en la satisfacción del servicio universal. Asimismo, no podrán ser objeto de medidas judiciales preventivas o ejecutivas.

no podrá ser enajenada, cedida o gravada por ésta sin la previa aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. En todo caso, tales

El reglamento correspondiente regulará los casos de reposición y desincorporación de equipos, así como la modernización de las redes empleadas para el cumplimiento de la satisfacción de un Servicio Universal.

Capítulo II

Fondo de investigación y desarrollo de las Telecomunicaciones

Artículo 63. Se crea el Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones, el cual tendrá el carácter de patrimonio separado dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología. La estructura, organización y mecanismos de control del Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones, serán los determinados en esta Ley y en el reglamento respectivo.

Artículo 64. El Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones tendrá por finalidad, garantizar el financiamiento de la investigación y desarrollo en el sector de las telecomunicaciones.

Artículo 65. Los recursos del Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones provendrán de:

1. Los aportes de los operadores obligados a contribuir al mismo;

2. Los aportes que, a título de donación, haga al mismo cualquier persona natural o jurídica.

Los recursos con destino a este Fondo se depositarán exclusivamente en la cuenta bancaria específica designada a tal efecto y podrán colocarse en inversiones que garanticen la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez. Los gastos de gestión de esta cuenta serán deducidos de su saldo y los rendimientos que ésta genere incrementarán su monto.

Los recursos de este Fondo se depositarán en una cuenta bancaria designada a tal efecto y podrán colocarse en inversiones que garanticen la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez.

Los recursos correspondientes al Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones, serán administrados por el Ministro de Ciencia y Tecnología para los fines previstos en esta Ley, como patrimonio separado, sin que pueda dársele a los mismos un uso distinto.

Artículo 66. El Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones contará con una Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, presidida por el Ministro de Ciencia y Tecnología o quien ejerza sus funciones. Además estará integrada por

dos representantes con experticia (sic) en investigación y desarrollo de las telecomunicaciones designados por el Ministro de Ciencia y Tecnología, un representante designado por el Ministro de Educación, Cultura y Deporte, un representante designado por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, un representante designado por las Universidades Nacionales y, un representante designado por las empresas que aportan al Fondo.

La Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos tendrá un Secretario Ejecutivo designado por el Ministro de Ciencia y Tecnología, cuyas atribuciones se determinarán por reglamento y el reglamento interno de la Junta.

Artículo 67. La Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos del Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones, tendrá las siguientes atribuciones:

aportes realizados al Fondo para su financiamiento y los montos de los recursos que se hubiesen otorgado con indicación del proyecto de que se trate, pudiendo requerir a tales fines toda la información que estime necesaria a los beneficiarios de los mismos.

La utilización de los recursos del Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones para fines distintos a los previstos en este Capítulo, será

sancionada de conformidad con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Título VI De los Recursos Limitados

1. Velar por el cumplimiento de la finalidad del Fondo.
2. Dictar su reglamento interno.
3. Evaluar y aprobar los proyectos que se presenten para el financiamiento por parte del Fondo.
4. Velar por la neutralidad y transparencia en la asignación de recursos provenientes del Fondo, formulando al efecto las recomendaciones que estime convenientes.
5. Recomendar la modificación, reorientación o supresión de proyectos.
6. Velar por que el Ministerio de Ciencia y Tecnología haga entrega oportuna de los recursos a beneficiarios de los mismos.
7. Velar por la rentabilidad y liquidez en las operaciones financieras.
8. Presentar un informe anual de sus actividades al Presidente de la República y al Contralor General de la República.

Artículo 68. El Ministerio de Ciencia y Tecnología deberá elaborar y hacer público un informe anual sobre los

Capítulo I Del espectro radioeléctrico

Artículo 69. Corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la administración, regulación, ordenación y control del espectro radioeléctrico, de conformidad

con lo establecido en esta Ley y en las normas vinculantes dictadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), procurando además armonizar sus actividades con las recomendaciones de dicho organismo.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejercerá la coordinación necesaria para la utilización del espectro radioeléctrico en su proyección internacional, de conformidad con esta Ley y los tratados y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 70. La administración, regulación, ordenación y control del espectro radioeléctrico, incluyen, entre otras facultades, la planificación, la determinación del cuadro nacional de atribución de bandas de frecuencias, la asignación, cambios y verificación de frecuencias, la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, el establecimiento de las normas técnicas para el uso del espectro, la detección de irregularidades y perturbaciones en el mismo, el control de su uso adecuado y la imposición de las sanciones a que haya lugar, de conformidad con la ley.

Artículo 71. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones aprobará y publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia (CUNABAF) y los planes técnicos de utilización asociados.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá afectar para el cumplimiento de las funciones del

Poder Público a través de sus entes y órganos, así como para el desarrollo de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público sin fines de lucro, porciones específicas del espectro radioeléctrico para el uso. Las porciones del espectro radioeléctrico para uso gubernamental deberán inscribirse en el respectivo Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia (CUNABAF).

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones pondrá a disposición del público el estado de las bandas de frecuencia que han sido asignadas sin que sea necesaria su identificación detallada.

Artículo 72. El Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF) y los planes técnicos asociados deberán ajustarse a los tratados internacionales suscritos por la República y se sustentarán en los mejores criterios para lograr un uso eficiente del espectro radioeléctrico, a juicio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. La utilización del espectro radioeléctrico deberá en todo caso ajustarse al Cuadro Nacional de Atribuciones de Bandas de Frecuencia (CUNABAF) y la asignación de uso de las mismas promoverá el desarrollo de los mercados de telecomunicaciones y garantizará la disponibilidad de porciones del espectro para actividades de finalidad social.

Artículo 73. La concesión de uso del espectro radioeléctrico es un acto administrativo unilateral mediante el cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), otorga o renueva, por tiempo limita-

do, a una persona natural o jurídica la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley. Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, las relaciones derivadas de una concesión se regularán en el respectivo contrato de concesión.

Los derechos sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico derivados de una concesión no podrán cederse o enajenarse, sin embargo, el concesionario podrá solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones su sustitución en la titularidad de la concesión por la persona que indique al efecto, siempre que ésta cumpla con las condiciones y principios establecidos en esta Ley.

Artículo 74. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá, mediante acto motivado, cambiar la asignación de una frecuencia o una banda de frecuencia que haya sido otorgada en concesión, en los siguientes casos:

1. Por razones de seguridad nacional;
2. Para la introducción de nuevas tecnologías y servicios;
3. Para solucionar problemas de interferencia;
4. Para dar cumplimiento a las modificaciones del Cuadro Nacional

de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF).

En los casos previstos en los numerales anteriores la Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgará al concesionario, por adjudicación directa, nuevas bandas de frecuencia disponibles, mediante las cuales se puedan ofrecer los servicios originalmente prestados, sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar en caso de que dicho cambio cause daños al concesionario. Si no existieren frecuencias o bandas de frecuencias disponibles, se procederá a la expropiación del derecho de uso y explotación que se había conferido al concesionario y a la indemnización de los daños materiales que se hubieren ocasionado.

Artículo 75. No se requerirá concesión para el uso del espectro radioeléctrico en los siguientes casos:

1. Enlaces punto a punto, cuyo lapso de uso no exceda de tres (3) días continuos;
2. Pruebas pilotos de equipos de nuevas tecnologías, que requieran el uso del espectro radioeléctrico por un lapso que no exceda de tres (3) meses continuos improrrogables;
3. Cuando se trate de radioaficionados que tengan la condición de tales según esta Ley;
4. Para la utilización de equipos de uso libre, de conformidad con esta Ley.

En los casos expresados en los numerales 1 y 2 el interesado solicitará habilitación administrativa especial de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según las particularidades y procedimiento sumario que al

efecto se establezcan por reglamento, y se pagará la tasa correspondiente por la administración y control del uso del espectro radioeléctrico.

Capítulo II

Del procedimiento para la
concesión de uso
y explotación del espectro
radioeléctrico

Artículo 76. Para realizar actividades de telecomunicaciones que impliquen el uso del espectro radioeléctrico los operadores deberán obtener previamente la concesión de uso corres-

e incentivo de la iniciativa, así como la protección y garantía de los usuarios.

Artículo 78. Las personas que deseen participar en los procedimientos establecidos es (sic) este capítulo, deberán suministrar la información y documentación adicional que les requiera la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Sección Primera

De la Comisión de Oferta Pública

Artículo 79. La Comisión de Oferta Pública estará integrada por cinco miembros, dos representantes designados por el Ministro de Infraestructura y tres funcionarios designados por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

pondiente, otorgada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través del procedimiento de oferta pública o por adjudicación directa, en la forma y condiciones reguladas por esta Ley y su reglamento.

Artículo 77. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones en la selección de las personas a quienes se otorgarán concesiones en materia de telecomunicaciones se sujetará a los principios de igualdad, transparencia, publicidad, eficiencia, racionalidad, pluralidad de concurrentes, competencia, desarrollo tecnológico

Artículo 80. La Contraloría General de la República podrá designar un funcionario para que actúe como observador en las sesiones de la Comisión de Oferta Pública, con derecho a voz. El reglamento de esta Ley podrá determinar la intervención de otros observadores.

Artículo 81. Son atribuciones de la Comisión de Oferta Pública:

1. Sustanciar el procedimiento de Oferta Pública para la concesión de uso y explotación sobre porciones del espectro radioeléctrico y recomendar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la precalificación o no de los interesados;

2. Someter a la consideración de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la posibilidad de declarar desierto el procedimiento de Oferta Pública, en los supuestos que se establezcan en el reglamento;

Artículo 82. La Comisión de Oferta Pública deberá sesionar en la oportunidad que le corresponda según el cronograma que al efecto establezca su Presidente. Dicho cronograma será notificado a los miembros de la Comisión y al Contralor General de la República. La Comisión de Oferta Pública podrá sesionar en forma extraordinaria sin necesidad de

3. Suscribir las comunicaciones de la Comisión de Oferta Pública.
4. Designar entre los miembros de la Comisión de Oferta Pública aquél que deberá levantar y llevar las actas de lo discutido y decidido en las sesiones;
5. Certificar las actas de su Comisión;
6. Las demás que le correspondan a la Comisión de Oferta Pública y que no estén atribuidas a otro funcionario.

Sección Segunda
De la Oferta Pública

Artículo 84. El procedimiento de Oferta Pública para la concesión del uso y explotación del espectro radioeléctrico se compone de una fase de precalificación y una fase de selección, esta última se hará bajo las modalidades de subasta, o en función de la satisfacción en mejores condiciones, de determinados parámetros establecidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para cada proceso, de conformidad con esta Ley y sus reglamentos.

previa convocatoria, cuando estén presentes por lo menos, el Presidente, el Consultor Jurídico y otros dos miembros.

Artículo 83. Corresponderá al Presidente de la Comisión de Oferta Pública:

1. Dirigir las reuniones de la Comisión de Oferta Pública;
2. Establecer el cronograma de sesiones de la Comisión de Oferta Pública;

Se exceptúa del procedimiento de Oferta Pública el otorgamiento de concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico en materia de radiodifusión y televisión abierta, casos en los cuales se procederá por adjudicación directa.

Artículo 85. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones determinará antes del inicio de cada año calendario, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y que tendrá la condición de anexo del Plan Nacional de Telecomunicaciones, las bandas o subbandas del espectro radioeléctrico disponible que serán objeto del procedimiento de Oferta Pública, así como los criterios que se emplearán para la selección, en caso de que dicho órgano decida asignarlas en ese período.

En la resolución a la que se refiere este artículo, la Comisión Nacional

de Telecomunicaciones establecerá preferentemente la subasta como mecanismo de selección, cuando las bandas o subbandas de frecuencias a ser concedidas sean calificadas por ella como de alta valoración económica, estén destinadas a servicios de usos masivos, sea útil a más de un operador y su utilización impida el uso concurrente de otros concesionarios en la porción del espectro objeto del procedimiento.

Artículo 86. El procedimiento de Oferta Pública lo iniciará de oficio la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y a tal efecto determinará con toda precisión, antes de su inicio, las Condiciones Generales que regirán el proceso, las cuales expresarán al menos la banda o subbandas de frecuencias a ser asignadas, el precio base estimado, los requisitos técnicos, económicos y legales, así como los criterios que serán utilizados para la precalificación y la selección, la fecha en que será publicado el llamado a participar y, de ser el caso, el contrato de concesión sobre la actividad, a ser suscrito en fecha inmediatamente posterior a la publicación en la Gaceta Oficial del acto mediante el cual se otorgue la concesión de uso sobre el espectro radioeléctrico.

Sin perjuicio de lo establecido en la primera parte de este artículo, las personas que deseen ser concesionarios del recurso limitado a que se refiere este Capítulo, podrán informarlo por escrito a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, sin que ello implique un derecho subjetivo a la iniciación del procedimiento respectivo. El escrito informativo a que se

refiere este artículo deberá contener una propuesta en la que señale, por lo menos, la porción del espectro de su interés, con expresión de las indicaciones y especificaciones técnicas a que haya lugar y el uso que se le daría.

Artículo 87. El procedimiento de Oferta Pública se iniciará mediante acto motivado dictado por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en el que ordenará publicar, en por lo menos, dos diarios de los de mayor circulación en el territorio nacional, con una diferencia de siete días hábiles entre una y otra publicación, un aviso mediante el cual se convoque a participar en el procedimiento a los interesados en obtener concesiones en una banda o subbanda de frecuencias determinadas. En dicha publicación se expresarán, al menos, las siguientes circunstancias:

1. La porción del espectro radioeléctrico objeto de la Oferta Pública, suficientemente individualizado;
2. Precio base y el monto de la fianza bancaria o de empresas de seguros que garantice su participación en el proceso hasta su conclusión, así como la oportunidad para consignar el precio por quien resulte seleccionado, en caso de que proceda la selección a través de la modalidad de subasta;
3. Requisitos técnicos, económicos y legales que deberán cumplir los participantes en el procedimiento;
4. Lugar, lapso y horario en el cual los interesados deberán retirar el pliego de Condiciones Generales

de participación en el procedimiento, y el valor del mismo;

5. Lugar, fecha y horario previsto para consignar los recaudos técnicos y legales a que haya lugar, a los fines de su precalificación.

Artículo 88. El lapso de suministro de información a los interesados sobre el procedimiento de oferta pública no podrá ser superior a veinte días hábiles. Dicho lapso comenzará a contarse a partir de la fecha de la última de las publicaciones.

Sin perjuicio de la publicación a la que se refiere el artículo 87, de esta Ley, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispondrá que la convocatoria para participar en el proceso de Oferta Pública se anuncie adecuadamente en Internet o en cualquier otro medio que considere conveniente a los fines de que la información relativa al proceso tenga la mayor cobertura posible.

Artículo 89. La precalificación es la fase del procedimiento de Oferta Pública mediante el cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones determina la existencia de interesados que cumplan con los requisitos técnicos, económicos y legales para ser concesionarios de una determinada porción del espectro radioeléctrico, conforme a las condiciones generales, la ley y demás disposiciones legales aplicables.

Artículo 90. Los interesados en participar en el proceso de oferta pública deberán hacérselo saber por escrito a la Comisión de Oferta Pública de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con 48 horas de

anticipación al acto de recepción de documentos, so pena de no poder intervenir en el proceso posteriormente. Asimismo, deberán señalar la persona o personas que intervendrán en el acto de recepción de la documentación técnica, económica y legal, con indicación del carácter con que actuarán y de que cuentan con la facultad suficiente para obligar al interesado en el procedimiento.

Artículo 91. La manifestación de voluntad de participar en el proceso así como la documentación técnica y legal a que se refiere esta Ley, deberán presentarse en idioma castellano o traducida al idioma castellano por intérprete público.

Artículo 92. La Comisión de Oferta Pública de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en acto público y en la oportunidad y lugar establecido para ello, recibirá de parte de los interesados que hubiesen manifestado su voluntad conforme a lo previsto en este capítulo los recaudos relativos a la documentación técnica, económica y legal que corresponda, de lo cual levantará un acta, que deberá ser firmada por los miembros de la Comisión de Oferta Pública y por los interesados o sus representantes debidamente acreditados.

Artículo 93. En el acta se dejará constancia del contenido esencial de los aspectos técnicos, de conformidad con los extremos que al efecto fije mediante resolución el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Del acta en referencia se suministrará copia, en

el mismo acto, a aquellos participantes que así lo soliciten.

Artículo 94. La Comisión de Oferta Pública dispondrá de un lapso de diez días hábiles, prorrogables por igual lapso, para formular su recomendación al Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, respecto a la precalificación de los interesados. En el cumplimiento de sus funciones la Comisión de Oferta Pública podrá requerir la colaboración de cualquiera de las Direcciones del organismo y, en su evaluación se ajustará en la medida de lo posible a los parámetros objetivos de valoración que con carácter general estén contenidos en los Pliegos de Condiciones Generales.

En su recomendación la Comisión de Oferta Pública señalará suficiente-mente las razones técnicas, económicas y legales por las cuales recomienda la precalificación de determinados interesados, así como las razones técnicas, económicas o legales por las cuales considera que no es procedente la precalificación de otros, si fuere el caso.

Artículo 95. El Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, vista la recomendación de la Comisión de Oferta Pública, procederá a otorgar la condición de precalificados a los interesados que se ajusten a los extremos legales requeridos y que a su vez cumplan con los parámetros técnicos y económicos establecidos para el recurso limitado de que se trate. En todo caso, el no otorgamiento de dicho carácter a un participante

debe-rá hacerse mediante acto suficiente-mente motivado.

Artículo 96. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá poner en conocimiento a los interesados que participaron en el proceso si han sido precalificados o no. A tales efectos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ordenará la notificación personal en el domicilio del interesado o el de sus representantes, o a través de mecanismos electrónicos, de conformidad con lo que al efecto prevea el reglamento de esta Ley.

Además, se procederá a la publicación de la notificación en un diario de los de mayor circulación en el territorio nacional.

Artículo 97. Las subastas serán dirigidas por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o en su defecto, por la persona natural o jurídica que éste determine.

Artículo 98. La subasta es la modalidad de selección mediante la cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones escogerá, entre los precalificados, al interesado que ofrezca el mayor precio por la oportunidad de ser concesionario de una determinada banda o subbanda. La subasta se llevará a cabo mediante la modalidad de rondas, en los términos establecidos en esta Ley y su reglamento.

Artículo 99. Concluida la fase de precalificación y cuando de conformidad con esta Ley la selección deba hacerse mediante la modalidad de

subasta, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fijará el lugar, fecha y hora en el que se llevará a cabo en acto público la primera ronda de la subasta, el cual deberá realizarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la publicación a la que se refiere el artículo 96 de esta Ley.

Artículo 100. En la primera ronda de la subasta, recibidas las ofertas de todos los precalificados, o transcurrida una hora desde el comienzo de la misma sin que se hubiesen hecho presentes en el acto los restantes precalificados, se abrirá la posibilidad de que los participantes mejoren en el mismo acto sus ofertas iniciales mediante la puja por el precio. El acto se extenderá hasta que se produzca una oferta no superada por otro de los participantes, caso en el cual se declarará concluida la primera ronda y se dejará constancia en acta de las mayores ofertas que cada participante hubiese hecho.

En la puja por el precio sólo se podrán hacer posturas que superen en por lo menos un dos por ciento (2%) al mayor precio ofrecido hasta el momento.

Artículo 101. Concluida la primera ronda el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, previa deducción de los gastos en que haya incurrido la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el proceso.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá imponer limitaciones, en cuanto al tiempo o a la porción del espectro radioeléctrico, a la participación de empresas

operadoras establecidas en procesos de oferta pública de espectro radioeléctrico, cuando las tecnologías asociadas a dichos recursos permitan fijar el lugar, fecha y hora en el que se llevará a cabo en acto público la segunda ronda de la subasta, el cual deberá realizarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la primera. Además, se advertirá en forma expresa que si en la segunda ronda no se hacen ofertas que superen a la mejor de la primera ronda, se otorgará la buena pro al oferente de ésta.

Artículo 102. La segunda ronda se llevará a cabo bajo los mismos parámetros establecidos para la primera, salvo que no se haga ninguna oferta superior a la de la ronda precedente, caso en el cual se otorgará la buena pro a dicha oferta. Las mismas reglas serán aplicables para las rondas posteriores.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá establecer que las rondas de subastas a las que se refiere esta Ley se hagan a través de medios electrónicos o audiovisuales, en cuyo caso se seguirá el procedimiento que al efecto establezca el acto de apertura del procedimiento de oferta pública, garantizando la transparencia e idoneidad del mismo.

Artículo 103. Los recursos económicos generados por las subastas previstas en esta Ley ingresarán directamente al Fisco Nacional,

operadoras establecidas en procesos de oferta pública de espectro radioeléctrico, cuando las tecnologías asociadas a dichos recursos permitan

o faciliten el ingreso rápido de nuevos operadores al mercado relevante.

Sección Tercera

De la adjudicación directa

Artículo 104. Corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgar mediante adjudicación directa, las concesiones relativas a porciones determinadas del espectro radioeléctrico. A tales efectos, los interesados deberán hacer la solicitud correspondiente a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y cumplir con los extremos legales, económicos y técnicos que se requieran para ello de conformidad con esta Ley y sus reglamentos.

En los casos de radiodifusión sonora y televisión abierta la adjudicación directa la otorgará el Ministro de Infraestructura en función de la política de telecomunicaciones del Estado, visto el informe correspondiente de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. El Ministro de Infraestructura se pronunciará en un lapso no mayor de treinta días con-

6. Cuando sea necesario para la satisfacción de obligaciones de servicio universal.

Artículo 106. Las solicitudes relativas a la obtención de una concesión de uso sobre el espectro radioeléctrico por adjudicación directa caducarán a los dos años de efectuadas, salvo que el interesado ratifique por escrito su interés a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. En igualdad de condiciones se dará preferencia a las

tinuos, contados a partir de la recepción del informe que a tal efecto presente la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Artículo 105. Se otorgará mediante adjudicación directa las concesiones de uso y explotación sobre determinadas porciones del espectro radioeléctrico disponible, en los casos siguientes:

1. Cuando la porción del espectro radioeléctrico carezca de valoración económica de conformidad con lo establecido en esta Ley.

2. Cuando se trate de concesionarios afectados por un cambio en la asignación de uso de frecuencias, en los casos establecidos en el artículo 74 de esta Ley.

3. Cuando el solicitante sea un organismo público nacional, estatal o municipal, para la satisfacción de sus necesidades comunicacionales.

4. Cuando se trate del uso del espectro radioeléctrico en materia de radiodifusión y televisión abierta.

5. Cuando habiéndose iniciado un procedimiento de Oferta Pública, resulte la existencia de un número de precalificados igual o menor al de las porciones del espectro ofrecidas.

solicitudes más antiguas, siempre que se ajusten a los parámetros del Plan Nacional de Telecomunicaciones.

Sección Cuarta

Disposiciones comunes a las secciones procedentes

Artículo 107. A los efectos de esta Ley, se entiende que una porción del espectro radioeléctrico está disponible, cuando se den en forma concurrente los requisitos siguientes:

1. Cuando sea susceptible de ser asignada en concesión de uso a un particular o ente público, en un momento determinado, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Telecomunicaciones y del Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF) que dictará la Comisión Nacional de Telecomunicaciones; y,

2. No esté ocupada por un concesionario, sin perjuicio de la potestad de cambio de frecuencias que tiene la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de conformidad con esta Ley.

Artículo 108. No se otorgará la concesión de uso del espectro radioeléctrico a quienes, a pesar de haber sido escogidos de conformidad con las modalidades establecidas en esta Ley, sin embargo, estén incurso en los supuestos siguientes:

1. Cuando la Comisión Nacional de Telecomunicaciones constate que se han suministrado datos falsos o inexactos por parte del seleccionado o adjudicatario, o cuando éstos hayan sido declarados en atraso o quiebra;

2. Cuando el seleccionado o adjudicatario renuncie por escrito a tal condición y se lo comunique a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

3. Cuando el seleccionado o adjudicatario no pague dentro de los plazos previstos en el proceso, los montos correspondientes en los casos de subasta;

4. Cuando de manera sobrevenida el seleccionado o adjudicatario deje de tener las cualidades técnicas, económicas o legales que le permitieron participar en el proceso;

5. Cuando surjan graves circunstancias atinentes a la seguridad del Estado que, a juicio del Presidente de la República, hagan inconveniente su otorgamiento.

En los casos en los que no se otorgue la concesión por alguna de las causales previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) dictará una resolución al efecto donde indique los motivos por los cuales no se vaya a suscribir el contrato y deje constancia de la existencia de alguno de los supuestos allí previstos. En tales situaciones se procederá conforme a lo establecido en el artículo siguiente y el reglamento de esta Ley.

En los casos en que no se otorgue la concesión por la causal prevista en el numeral 5, el Presidente de la República dictará el Decreto correspondiente por el cual establezca la existencia de esas circunstancias. El reglamento de esta Ley determinará las consecuencias derivadas del supuesto previsto en este numeral.

Artículo 109. Cuando no se otorgue la concesión debido a las razones contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo anterior, se atenderá a las particularidades siguientes:

1. En los casos en que la selección se haya producido mediante el mecanismo de subasta, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones

otorgará la Buena Pro al precalificado que hubiese presentado la segunda mejor oferta, siempre que entre ésta y la mejor oferta no hubiese existido una diferencia mayor al tres por ciento (3%). En

eximir del cumplimiento de la pre-calificación a quienes hubiesen participado en el procedimiento anterior.

3. Cuando la selección se haya producido a través de adjudicación directa, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones actuará de conformidad con lo que al efecto prevea el reglamento de esta Ley.

Artículo 110. Conjuntamente con el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgará la habilitación administrativa asociada a la misma.

Capítulo III

De la numeración

Artículo 111. Corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la administración, control y regulación del recurso limitado de numeración, el establecimiento de los Planes Nacionales de Numeración y su respectiva normativa. A los efectos de esta Ley, se entiende por Numeración la representación unívoca, a través de identificadores, de los equipos terminales de redes de telecomunicaciones, elementos de redes de telecomunicaciones, o a redes de telecomunicaciones en sí mismas. Quedan excluidos del alcance de esta Ley los identificadores

caso contrario, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones declarará cerrado el proceso y podrá iniciar de oficio o a instancia de parte un nuevo procedimiento de Oferta Pública.

2. El reglamento de esta Ley podrá en determinadas condiciones,

otorgados en forma directa o indirecta por entes internacionales, distintos a aquellos administrados y otorgados por la República Bolivariana de Venezuela a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Los identificadores estarán basados en códigos o caracteres alfanuméricos, siguiendo las pautas establecidas por los organismos de regulación internacionales o regionales que normen la materia.

Artículo 112. Los atributos de numeración que se otorguen de conformidad con esta Ley, tendrán carácter meramente instrumental. En consecuencia, su otorgamiento no confiere derechos o intereses a los operadores, por lo que su modificación, o supresión para el caso en que se encuentren ociosos de conformidad con lo establecido en la respectiva habilitación administrativa, no genera derecho de indemnización alguna.

Los recursos de numeración no podrán ser transferidos a otro operador, en forma directa o indirecta, sin autorización expresa de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la cual deberá ajustarse a lo establecido en los Planes Nacionales de Numeración.

Artículo 113. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones asignará el recurso de numeración en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con la normativa que establezca al efecto mediante resolución, siguiendo lo dispuesto en los Planes de Numeración.

Los operadores de servicios de telecomunicaciones que presten servicios al público, tendrán derecho a disponer de números e intervalos de numeración cuando ello sea necesario para permitir su efectiva prestación y, se ajusten a lo establecido en los Planes Nacionales de Numeración.

Artículo 114. Los Planes Nacionales de Numeración serán dictados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones respetando los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República. Tales planes serán de obligatoria observancia, por lo que los operadores de redes, prestadores de servicios, los fabricantes y proveedores de equipos deberán tomar las medidas necesarias para su cumplimiento, así como de las decisiones que en relación con el mismo adopte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

La modificación del contenido de los Planes Nacionales de Numeración deberá estar orientada a procurar una distribución eficiente del recurso o al cumplimiento de las obligaciones internacionales de la República. En todo caso, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá tener en cuenta los intereses de los afectados y los gastos de adaptación que se requieran, con la

finalidad de minimizarlos en cuanto sea posible y ello sea compatible con las causas que originaron la modificación.

Artículo 115. Los Planes Nacionales de Numeración y los actos relativos a su gestión serán públicos, salvo en lo relativo a materias que puedan afectar a la seguridad y defensa nacional.

Los Planes Nacionales de Numeración serán publicados íntegramente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, salvo que por razones atinentes a la seguridad de Estado deba reservarse todo o parte de los mismos.

Artículo 116. En ejercicio de las funciones que le corresponde como administrador y contralor del recurso de numeración, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá requerir de los titulares de recursos limitados, la información que considere necesaria para evaluar la eficiencia de los sistemas de numeración y el adecuado uso de los recursos asignados. La información recabada tendrá carácter confidencial y sólo podrá emplearse por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para los fines solicitados.

Artículo 117. Los operadores de telecomunicaciones garantizarán, en los casos, términos, condiciones y plazos que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, que los contratantes de los servicios puedan conservar los números que les hayan sido asignados de acuerdo a las modalidades que establezca la

Comisión Nacional de Telecomunicaciones, basada en las normas y tendencias internacionales.

La conservación de la numeración no debe, en ningún caso, desmejorar la disponibilidad y calidad del servicio.

Sin perjuicio de lo previsto en la primera parte de este artículo, se establece como obligación mínima que deben satisfacer los operadores

de redes de telecomunicaciones, la conservación de los números telefónicos de los contratantes del servicio cuando éstos decidan cambiar de operador o de ubicación física en una misma localidad. Para disfrutar de la conservación de la numeración establecida en esta Ley, los contratantes de los servicios deberán estar solventes con el operador que le presta el servicio.

Los costos que suponga el cumplimiento de las obligaciones a las que se refiere este artículo serán por exclusiva cuenta de los operadores respectivos, sin que puedan reclamar por tal concepto indemnización alguna.

Artículo 118. Los operadores de telecomunicaciones garantizarán, en los casos, términos, condiciones y plazos que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones que los contratantes de los servicios puedan seleccionar, según su conveniencia, entre los operadores de telecomunicaciones que presten servicios de telefonía de larga distancia nacional o internacional, cuál de ellos utilizar, sin que esta obligación desmejore la disponibilidad y calidad del servicio.

internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República.

Estos recursos podrán explotarse sólo mediante concesión otorgada de conformidad con las disposiciones de esta Ley y demás normas que resulten aplicables, atendiendo a la naturaleza de los mismos.

Artículo 120. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones realizará las gestiones necesarias, en coordinación con las dependencias nacionales e internacionales involucradas, para procurar la disponibilidad de recurso órbita-espectro suficiente para el establecimiento de redes de seguridad nacional y para la prestación de servicios de telecomunicaciones de carácter social.

Artículo 121. Los concesionarios del recurso órbita-espectro y frecuencias asociadas, asignados por la República, tendrán la obligación de poner operativa una red satelital en un plazo máximo de cinco años después de haber obtenido la concesión respecti-

Capítulo IV

Del uso satelital

Artículo 119. Corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la administración, regulación, ordenación y control del espectro radioeléctrico asociado a redes de satélites, así como el acceso y la utilización del recurso órbita-espectro para redes espaciales asignadas por la República y registradas a nombre de ésta, todo ello de conformidad con los tratados

va. Por razones técnicas la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá otorgar una prórroga del referido lapso hasta por dos años.

Artículo 122. Para la prestación de los servicios satelitales en el país, se le dará prioridad al uso de satélites venezolanos, si éstos proveen condiciones técnicas y económicas equivalentes a las de los satélites extranjeros.

A los efectos de esta Ley, se entiende por satélite venezolano aquel que utiliza recursos orbitales y espectro radioeléctrico asociado que haya sido asignado por la República y registrados a nombre de ésta por los Organismos Internacionales pertinentes y cuyas estaciones de control y monitoreo, así como la sede de negocios de la entidad correspondiente, estén instaladas en el territorio nacional.

Sin perjuicio de los tratados internacionales y acuerdos válidamente suscritos y ratificados por la República, la explotación y prestación de servicios satelitales en Venezuela por parte de satélites extranjeros, requiere la presencia técnica y comercial en el país, de la empresa extranjera que lo representa.

Artículo 123. La concesión para la explotación del recurso de órbita-espectro y las frecuencias asociadas asignados por la República se otorgará por un lapso máximo de quince años, el cual puede ser prorrogado por tiempo igual o inferior, a juicio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y de conformidad con el Plan Nacional de Tele-

comunicaciones, de acuerdo a las pautas siguientes:

1. Inmediatamente después de realizada la solicitud de explotación de servicios satelitales, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones evaluará la información y decidirá de conformidad con el reglamento de esta Ley, someter si ello es pertinente, la información correspondiente a la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Esto no implica el otorgamiento de la explotación al solicitante.

2. El beneficiario de la concesión del recurso órbita-espectro y de las frecuencias asociadas será escogido de conformidad con el procedimiento establecido para la asignación del espectro radioeléctrico, en cuanto resulte aplicable.

3. El beneficiario de la concesión del recurso órbita-espectro y de las frecuencias asociadas, cuando se trate de satélites venezolanos, será escogido mediante adjudicación directa sin detrimento del cumplimiento de los requisitos que a tal efecto determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

En caso de existir simultaneidad de aspirantes y escasez de recursos órbita-espectro y frecuencias asociadas, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones utilizará los procedimientos de oferta pública establecidos en esta Ley.

Artículo 124. La prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones directas por satélite está sometida al régimen general de prestación de servicios según se establece en la presente Ley. La Comisión Nacional

de Telecomunicaciones otorgará la habilitación administrativa correspondiente a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano

de conformidad con esta Ley, sus reglamentos y con los tratados y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República.

Artículo 125. El uso del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones directas por satélite, requerirá de la obtención de la

correspondiente concesión otorgada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Los operadores de servicios de telecomunicaciones debidamente habilitados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en los términos establecidos en la presente Ley, podrán operar con satélites propiedad de entidades internacionales establecidas al amparo de tratados o convenios internacionales suscritos y ratificados por la República. Se exime a tales entidades del establecimiento de personería jurídica en el país y de la solicitud de título habilitante.

soliciten, cuando su sustitución no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación.

Todos los operadores tendrán el derecho de hacer uso de las vías generales de telecomunicación existentes, en la forma y modalidades que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en concordancia con esta Ley, y demás disposiciones legales aplicables.

Artículo 127. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones procurará que se haga uso racional y no discriminatorio de las vías generales de telecomunicación y promoverá además la creación y explotación de las mismas.

En los planes de desarrollo urbano y en la construcción de obras públicas en general, deberán tomarse las previsiones necesarias para la incorporación de tales vías generales de telecomunicación.

Artículo 128. Las vías generales de telecomunicaciones podrán ser utilizadas por personas distintas a quien las posea o controle, caso en el cual, generará el pago de una contra-prestación que será fijada de común acuerdo entre las partes.

Capítulo V

De las vías generales de telecomunicaciones

Artículo 126. Se entiende por vías generales de telecomunicaciones los elementos que permiten emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo previsto en el reglamento respectivo.

Toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicación, deberá permitir el acceso o utilización de la misma por parte de los operadores de telecomunicaciones que se lo

El ejercicio del derecho de acceso y utilización de una vía general de telecomunicación no deberá afectar irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle, causarle daños a las instalaciones de éste o afectar la continuidad y calidad de su servicio.

Las partes acordarán de mutuo acuerdo los términos y condiciones en los cuales se realizará el acceso y la utilización de las vías generales de telecomunicaciones. Quien desee hacer uso de una vía general de telecomunicaciones deberá solicitarlo en forma escrita a quien la posea o controle, indicando todos los elementos técnicos del proyecto a desarro-

llar y demás requisitos que prevea el Reglamento de esta Ley.

El solicitante deberá remitir una copia de dicha solicitud a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de los diez días hábiles siguientes para su información. Igualmente, las partes deberán enviar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones una copia del acuerdo al que lleguen, dentro de los diez días hábiles siguientes a su firma, para su revisión.

Artículo 129. En caso de que una parte se niegue a permitir el acceso y la utilización de una vía general de telecomunicación o se abstenga de emitir un pronunciamiento al respecto en el plazo que establezca el regla-

mento de esta Ley, la otra parte podrá solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones que previa audiencia de los interesados, se pronuncie al respecto, oída la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección

de la Libre Competencia. En su decisión la Comisión Nacional de Telecomunicaciones declarará de ser procedente, la insustituibilidad de la vía general de telecomunicación y consecuentemente la ejecución forzosa de la obligación de permitir el acceso y la utilización, en los términos y condiciones fijados al efecto.

La decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá producirse en un lapso no mayor a treinta días continuos contados a partir del recibo de la solicitud, prorrogable por igual período si la complejidad del asunto sometido a su consideración así lo amerite y lo declare por acto expreso.

Título VII

De la interconexión

Artículo 130. Los operadores de redes de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. La interconexión se hará de acuerdo con los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores, conforme a los términos establecidos en esta Ley, sus reglamentos y demás normas aplicables.

Artículo 131. Los operadores de redes de telecomunicaciones adoptarán diseños de arquitectura abiertas de red, para permitir la

interconexión e interoperabilidad de sus redes. A tal efecto, la Comisión Nacional de Tele-comunicaciones elaborará y administrará los planes técnicos fundamentales de numeración, transmisión, señalización, tarificación y sincronización, entre otros, a los que deberán sujetarse los operadores de redes de telecomunicaciones.

Artículo 132. La iniciativa de solicitar la interconexión puede partir de cualquiera de los operadores involucrados en la misma. En caso de solicitud, la misma deberá hacerse en forma escrita, señalando con toda precisión los elementos técnicos y económicos a que haya lugar. El solicitante deberá remitir copia de la solicitud con el correspondiente acuse de recibo a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para su información.

Recibida la solicitud por el operador a quien se le requirió la interconexión, las partes de común acuerdo determinarán los mecanismos de negociación que consideren convenientes y el plazo en el que se proponen llegar a un acuerdo, el cual no podrá exceder de sesenta días continuos, contados desde la fecha en que se recibió la solicitud.

Sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que se deriven de esta Ley y de los reglamentos, en el acuerdo de interconexión las partes preverán con toda precisión, lo siguiente:

1. El lapso y las modalidades bajo las cuales se ejecutará el acuerdo.
2. Las obligaciones a cargo de cada operador.

3. La expresión del término en que cualquiera de ellas podrá solicitar a la otra la revisión del acuerdo respectivo. Dicho término no podrá exceder de dos años.

Artículo 133. Las partes fijarán de común acuerdo los cargos de interconexión en los contratos que al efecto celebren, orientándolos a costos que incluyan un margen de beneficio razonable. Cuando las partes no logren acuerdo en el plazo previsto para ello, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispondrá de un lapso no mayor de treinta días continuos prorrogables por igual tiempo, para ordenar que se haga efectiva la interconexión solicitada, y establecer las condiciones técnicas y económicas de la misma.

La actuación de dicha Comisión, en este caso, deberá ser la estrictamente necesaria para proteger los intereses de los usuarios y se realizará de oficio, o a instancia de ambos interesados o de uno de ellos y su decisión será dictada previa audiencia de las partes afectadas.

Artículo 134. Los operadores deberán notificar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su suscripción los acuerdos de interconexión a los que hayan llegado.

Dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones procederá a formular los comentarios que le merezca el correspondiente acuerdo de interconexión, los cuales tendrán el carácter de adendum informativo al mismo y estará disponible al

público conjuntamente con el acuerdo de interconexión.

Artículo 135. Cualquier controversia que surja con relación a un contrato de interconexión se resolverá entre las partes, de conformidad con los términos que establezca el contrato correspondiente. En caso de que las partes no logren el acuerdo que ponga fin a la controversia, la misma será sometida por una o ambas partes, mediante comunicación motivada, a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la cual deberá decidir en forma razonada, dentro de un plazo de treinta días continuos, contados a partir de su presentación, una vez presentados los argumentos y las pruebas de las partes. En dicho plazo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá realizar

de las partes cuando lo considere procedente, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá dictar las medidas que se aplicarán con la finalidad de minimizar los efectos negativos para los usuarios, en caso de desconexión.

Artículo 137. La interconexión entre redes de telecomunicaciones deberá ser efectuada sin menoscabar los servicios y calidad originalmente proporcionado, de forma tal que cumpla con los planes y programas en materia de telecomunicaciones aprobados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

La responsabilidad del servicio y su calidad, recaerá sobre el operador

inspecciones o fiscalizaciones así como requerir cualquier otra información complementaria que resulte pertinente para la resolución del asunto debatido.

El lapso a que se refiere este artículo podrá ser prorrogado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por igual tiempo, cuando la complejidad del asunto o circunstancias particulares del caso así lo requieran.

Artículo 136. Las controversias que surjan en relación con un contrato de interconexión a las redes de telecomunicaciones, en ningún caso podrán dar lugar a la desconexión unilateral de las redes por los operadores.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá ordenar, como medida cautelar o en su decisión final,

la desconexión a las redes de alguna contratado por el usuario, salvo que demuestre causas no imputables a él.

Título VIII

De los radioaficionados

Artículo 138. El servicio de radioaficionados es un servicio de telecomunicaciones universal que tiene por objeto la instrucción individual, la intercomunicación y los estudios técnicos de la radiotécnica.

Se entiende por radioaficionado, la persona debidamente habilitada que se interesa en la radiotécnica con

carácter exclusivamente personal y sin fines de lucro.

Artículo 139. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones habilitará para instalación y operación de estaciones de radioaficionados a personas de nacionalidad venezolana, y a extranjeros residentes en Venezuela o de tránsito en el territorio nacional, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley, su reglamento y demás normas que se dicten sobre la materia.

Artículo 140. Las estaciones de radio-aficionados sólo podrán ser operadas en el territorio de la República por personas previamente habilitadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. El titular de una habilitación no deberá:

1. Usar sus equipos para fines distintos a aquellos para los cuales se le otorgó la habilitación;
2. Permitir que persona alguna opere su estación sin la autorización correspondiente.

Título IX De la homologación y certificación

Artículo 141. Los equipos de telecomunicaciones están sujetos a homologación y certificación, con el objeto de garantizar la integridad y calidad de las redes de telecomunicaciones, del espectro radioeléctrico y la seguridad de los usuarios, operadores y terceros. Los equipos importados que hayan sido homologados o certificados por un ente u organismo reconocido internacionalmente, a

juicio de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, no se les exigirá ser homologados o certificados nuevamente en Venezuela. A tal efecto la Comisión Nacional de Telecomunicaciones llevará un registro público de los entes u organismos nacionales o extranjeros recomendados para la certificación y homologación de equipos de telecomunicaciones.

Artículo 142. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través de los entes de certificación nacionales o extranjeros que haya reconocido a tales fines, homologará y certificará los equipos y aparatos de telecomunicaciones fabricados o ensamblados en Venezuela.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones es el organismo responsable de supervisar y exigir los certificados de homologación o sellos de certificación que los equipos de telecomunicaciones deben traer incorporados.

Artículo 143. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones dictará las normas técnicas relativas a la homologación de equipos y aparatos de telecomunicaciones y, aprobará y publicará una lista de marcas y modelos homologados y los usos que pueden dársele. La inclusión en esta lista supone el cumplimiento automático del requisito de certificación, siempre que el uso esté acorde con

el previsto en la homologación respectiva.

Asimismo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá requerir la homologación de determinados equipos o instalaciones no destinados

específicamente a prestar servicio de telecomunicaciones, pero que, por su naturaleza, puedan ocasionar interferencias a estos.

En los casos a que se refiere este artículo, la lista de marcas y modelos homologados será permanentemente actualizada de oficio por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Dicho órgano tendrá la obligación de pronunciarse sobre la homologación de equipos y aparatos en el plazo que fije la reglamentación de la presente Ley, el cual no será superior a noventa días.

Artículo 144. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones fijará el monto de las tasas aplicables en el proceso de obtención de la homologación, con la finalidad de absorber los costos de las pruebas que deben realizarse en las tareas de verificación.

Título X

De los precios y las tarifas

y Protección de la Libre Competencia, las cuales estarán vigentes hasta que existan condiciones que permitan la competencia efectiva en ese mercado. La determinación de la existencia de posición de dominio a la que se refiere este artículo, así como la evaluación acerca del cese de sus efectos en el mercado, corresponde a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

Artículo 146. Se prohíben los subsidios cruzados entre los diferentes servicios que proporcione un mismo prestador, así como los subsidios entre servicios prestados a través de

Artículo 145. Los prestadores de servicios de telecomunicaciones fijarán libremente sus precios, salvo por lo que respecta a los servicios prestados en función de una obligación de servicio universal. En tales casos, el operador respectivo someterá de inmediato a la consideración de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, su propuesta de tarifa mínima y máxima, las cuales entrarán en vigencia una vez aprobadas por la Comisión y publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Cuando exista posición de dominio por parte de una o más empresas, derivada de la existencia de carteles, de monopolios, oligopolios u otras formas de dominio de mercado, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá determinar las tarifas mínimas y máximas a las que quedarán sujetas las empresas que incurran en tales prácticas, oída la recomendación que al efecto haga la Superintendencia para la Promoción

empresas subsidiarias, filiales o vinculadas entre sí. Para la determinación de vinculación entre empresas, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones seguirá los

parámetros que al efecto establece la Ley para Pro-mover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

De los impuestos, tasas y contribuciones

Capítulo I

De los impuestos

Título XI

Artículo 147. Quienes con fines de lucro presten servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta, pagarán al Fisco Nacional un impuesto del uno

por ciento (1%) de sus ingresos brutos, derivados de la explotación de tales servicios.

Quienes presten cualquier otro servicio de telecomunicaciones con fines de lucro, deberán pagar al Fisco Nacional un impuesto del dos coma tres por ciento (2,3%) de sus ingresos brutos, derivados de la explotación de tales servicios.

Este impuesto se liquidará y pagará trimestralmente, dentro de los primeros quince días continuos siguientes a cada trimestre del año calendario y se calculará sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior.

Esta contribución especial se liquidará y pagará trimestralmente, dentro de los primeros quince días continuos siguientes a cada trimestre del año calendario y se calculará sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior.

Artículo 149. Quienes exploten o hagan uso del espectro radioeléctrico, deberán pagar anualmente a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones una tasa por concepto de administración y control del mismo, que no excederá del medio por ciento (0,5%) de sus ingresos brutos. En el caso de servicios de radiodifusión sonora y de televisión abierta, este porcentaje no excederá de un cero coma dos por ciento (0,2%) de sus ingresos brutos, derivados de la explotación de tales servicios.

Esta tasa se liquidará y pagará anualmente, dentro de los primeros cuarenta y cinco días continuos del año calendario

El Reglamento de esta Ley definirá el modelo para el cálculo de dicha tasa, en función de los siguientes criterios: frecuencias y ancho de banda asignados, extensión del área geográfica cubierta y población existente en la misma, tiempo por el

Capítulo II

De las tasas y contribuciones especiales

Artículo 148. Quienes presten servicios de telecomunicaciones con fines de lucro, deberán pagar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones una contribución especial del medio por ciento (0,50%) de los ingresos brutos, derivados de la explotación de esa actividad, los cuales formarán parte de los ingresos propios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para su funcionamiento.

cual se haya otorgado la concesión y modalidad de uso.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones enterará al Fisco Nacional el cincuenta por ciento (50%) del monto resultante por este concepto y el resto formará parte de los ingresos propios de la Comisión.

Artículo 150. Los órganos y entes de la administración central y descentralizada funcionalmente de la República, de los estados y de los municipios quedarán exentos del pago del tributo establecido en el artículo precedente, en los siguientes casos:

1. Cuando hagan uso de frecuencias reservadas a usos oficiales, según el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF); o,

2. Cuando tales actividades se hagan para la satisfacción de sus necesidades comunicacionales, sin que presten servicios a terceros.

Artículo 151. Quienes presten servicios de telecomunicaciones con fines de lucro deberán aportar al Fondo de Servicio Universal el uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos.

ros quince días continuos siguientes a cada trimestre del año calendario y se calculará sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior.

Artículo 153. Los trámites previstos en esta Ley relativos a solicitudes en materia de otorgamiento, renovación, incorporación de atributos, sustitución, modificación o traspaso de habilitaciones administrativas o concesiones, de autorizaciones, de homologación de equipos, de inspecciones técnicas obligatorias y números

Los prestadores de servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta, quedan exceptuados de esta obligación, sólo por lo que respecta a los ingresos brutos que obtengan por dichas actividades.

Este aporte se liquidará y pagará trimestralmente, dentro de los primeros quince días continuos siguientes a cada trimestre del año calendario y se calculará sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior.

Artículo 152. Quienes presten servicios de telecomunicaciones aportarán al Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones el medio por ciento (0,50%) de sus ingresos brutos.

Los prestadores de servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta, quedan exceptuados de esta obligación, sólo por lo que respecta a los ingresos brutos que obtengan por dichas actividades.

Este aporte se liquidará y pagará trimestralmente, dentro de los prime-

geográficos o no geográficos, causará el pago de tasas por un monto que no podrá ser superior a cuatro mil Unidades Tributarias (4.000 U.T.) ni inferior a cien Unidades Tributarias (100 U.T.).

El reglamento de esta Ley discriminará el monto de las tasas aplicables por cada uno de los aspectos enunciados, dentro de los límites establecidos en este artículo.

Capítulo III

Disposiciones comunes

Artículo 154. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejercerá las facultades y deberes que atribuye el Código Orgánico Tributario a la Administración Tributaria, en relación con los tributos establecidos en esta Ley. Igualmente, el Ministerio de Ciencia y Tecnología ejercerá las facultades y deberes a los que se refiere este artículo por lo que respecta a los aportes correspondientes al Fondo de Investigación y Desarrollo previsto en esta Ley.

Artículo 155. Se entenderá que los ingresos brutos se han generado en las situaciones siguientes

1. En la fecha del corte de cuenta de los usuarios o contratantes de los servicios;

2. Cuando el operador reciba por anticipado la contraprestación por un servicio que se compromete a prestar.

Parágrafo Único: A los efectos de este Título, las cantidades pagadas por los operadores de telecomunicaciones por concepto de interconexión no formarán parte del monto de los ingresos brutos generados. Así mismo, no formará parte de los ingresos brutos de las operadoras de telecomunicaciones, los ingresos derivados de dividendos, venta de activos e ingresos financieros.

En el caso de radiodifusión sonora y televisión abierta, tampoco formarán parte de los ingresos brutos, aquellos que provengan de la venta de producciones artísticas, tales como novelas, radionovelas y documentales.

Artículo 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.

Artículo 157. Los impuestos, tasas y contribuciones especiales establecidas en esta Ley, se someterán a la modalidad de autoliquidación de

conformidad con lo que se establezca mediante reglamento.

Artículo 158. Los servicios de radioaficionados quedan excluidos de los tributos establecidos en esta Ley. Sólo pagarán una tasa equivalente a una (1) Unidad Tributaria para el otorgamiento o renovación de sus respectivas habilitaciones administrativas.

El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá exonerar total o parcialmente a las emisoras de frontera, de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público sin fines de lucro, que tengan la condición

de tales según el reglamento respectivo, del pago de los tributos establecidos en esta Ley. Asimismo, podrá exonerar del pago de tales tributos a los estados y municipios o sus entes descentralizados funcionalmente, que realicen actividades de telecomunicaciones sin

234 fines de lucro y con interés social.

Título XII

Del régimen sancionatorio

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 159. Las sanciones que pueden imponerse a las infracciones y delitos tipificados en esta Ley son:

1. Amonestación pública;
2. Multa;
3. Revocatoria de la habilitación administrativa o concesión;
4. Cesación de actividades clandestinas;
5. Inhabilitación;
6. Comiso de equipos y materiales utilizados para la realización de la actividad;
7. Prisión.

Las sanciones a las que se refiere el presente artículo se aplicarán en la forma y supuestos que se

normas legales que rigen tales materias. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá comunicar a las referidas autoridades la existencia de hechos en el área de las telecomunicaciones, cuyo conocimiento pudiera incumbirles según su competencia.

Artículo 163. Sin perjuicio de la responsabilidad personal en que pudieran incurrir los funcionarios, la potestad administrativa para imponer las sanciones previstas en esta Ley prescribe en un término de cinco años, contados desde el día en que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones haya tenido conocimiento de los hechos, por cualquier medio.

La ejecución de las sanciones administrativas previstas en esta ley

determinan en los artículos siguientes.

Artículo 160. En la determinación de la responsabilidad derivada de la comisión de hechos u omisiones que infrinjan las disposiciones de la presente ley, serán aplicables las disposiciones relativas a la concurrencia de varias personas en un mismo hecho punible, previstas en el Código Penal.

Artículo 161. La responsabilidad derivada del incumplimiento de esta Ley es independiente de la responsabilidad civil que tales hechos pudieran generar.

Artículo 162. Las infracciones a esta Ley en materia de protección y educación al consumidor y al usuario, así como la relativa a la promoción y protección de la libre competencia, serán sancionadas por las autoridades competentes en dichas áreas, de conformidad con las

prescribe a los tres años contados desde el momento en que hayan quedado definitivamente firmes.

Capítulo II

De las sanciones administrativas

Sección Primera

De las infracciones administrativas y sus sanciones

Artículo 164. Será sancionado con multa de hasta cinco mil Unidades Tributarias (5000 U.T.), de conformidad con lo que prevea el Reglamento de esta Ley:

1. La falta de notificación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por parte de un operador sobre la interrupción total o parcial de un servicio de telecomunicaciones, en los casos, forma y plazos establecidos en esta Ley;

2. La demora injustificada en la entrega de la información requerida por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la presente ley;

3. El uso de contratos de servicios cuyos modelos básicos no hayan sido aprobados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

4. Modificar u ocultar las marcas, etiquetas o signos de identificación de los equipos de telecomunicaciones, cuando con ello se obstaculicen las labores de inspección y fiscalización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

5. No atender a las convocatorias que le realice la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, cuando a dicho organismo le corresponda realizar gestiones de mediación de conformidad con lo previsto en disposiciones legales o reglamentarias;

Artículo 165. Será sancionado con multa de hasta treinta mil Unidades Tributarias (30.000 U.T.), de conformidad con lo que prevea el Reglamento de esta Ley:

1. Causar interferencias perjudiciales a servicios de telecomunicaciones, en forma culposa;

2. Realizar la interconexión en términos o condiciones distintas a las establecidas en el convenio correspondiente o a las establecidas en la orden de interconexión que podrá dictar la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en los casos previstos en esta Ley;

3. La carencia de planes de contingencia por parte de las operadoras de servicios de telecomunicaciones, o la falta de actualización oportuna de los mismos;

4. La negativa a permitir a funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones debidamente autorizados e identificados, el acceso a las instalaciones, equipos o documentación que según esta Ley le corresponda inspeccionar o auditar;

5. Suministrar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones información inexacta o incompleta sobre aspectos que ésta le haya solicitado en forma específica, en beneficio propio o de un tercero;

6. La emisión o transmisión de señales de identificación falsas o engañosas por parte de un operador, que puedan inducir a error a los usuarios o a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en relación con la autoría de tales emisiones o transmisiones;

7. Incumplir las condiciones generales establecidas en esta Ley, relativas a las habilitaciones administrativas o concesiones, no sancionadas por una disposición especial contenida en el presente título;

8. La facturación en exceso de las cantidades realmente adeudadas, realizada en forma culposa;

Artículo 166. Será sancionada con multa por hasta cincuenta mil Unidades Tributarias (50.000 U.T.), de conformidad con lo que prevea el Reglamento de esta Ley:

1. La instalación, operación y explotación de servicios de telecomunicaciones o la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico que requieran la habilitación administrativa o concesión, sin contar con éstas;

2. Causar interferencias perjudiciales a servicios de telecomunicaciones, en forma dolosa;

3. Ocasionar la interrupción total o parcial de un servicio de telecomunicaciones legalmente establecido;

4. No atender los requerimientos de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en el plazo y condiciones que ésta determine, relativos al cese de emisiones radioeléctricas que produzcan interferencias perjudiciales;

5. Incrementar el precio de los servicios y facilidades de telecomunicaciones que se presten, sin haberlos publicado de conformidad con lo previsto en esta Ley;

6. La abstención de un operador a acatar en forma inmediata la orden de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de permitir la interconexión con las redes de otro operador, en los términos y condiciones específicas que establezca al efecto, en los casos previstos en esta Ley;

7. La abstención de un operador a acatar oportunamente las ordenes de requisición y movilización en situaciones de contingencia;

8. No adoptar los sistemas de contabilidad separada y desglosada por servicios que establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

9. La facturación en exceso de las cantidades realmente adeudadas, realizada en forma dolosa;

10. La abstención o negativa a suministrar documentos o información requerida por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con esta Ley;

Artículo 167. La operación de equipos de radioaficionados sin contar con la habilitación administrativa correspondiente será sancionada con multa por hasta cien Unidades Tributarias (100 U.T.).

Artículo 168. A los efectos de la determinación por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones del monto de las multas a las que se refiere esta Ley, se consideran situaciones agravantes:

1. Su carácter continuado;

2. La afectación del servicio;

3. La obtención de beneficios económicos por parte del infractor;

4. La clandestinidad;

5. La falta de homologación o certificación de los aparatos o equipos empleados;

Artículo 169

A los efectos de la imposición de las multas a las que se refiere esta Ley, se consideran situaciones atenuantes:

1. Haber reconocido en el curso del procedimiento la existencia de la infracción;

2. Haber subsanado por iniciativa propia la situación de infracción y resarcido en forma integral los daños que hubieren podido causar;

Artículo 170. En caso de reincidencia en las violaciones o incumplimientos previstos en este Capítulo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones impondrá multas incrementadas sucesivamente en un veinticinco por ciento (25%) hasta el tope máximo previsto para el tipo, sin perjuicio de la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión correspondiente.

Artículo 171. Sin perjuicio de las multas que corresponda aplicar de conformidad con lo previsto en esta Ley, será sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso:

1. El destinatario de una obligación de Servicio Universal que incumpla con las previsiones, actividades y cargas derivadas del mismo;

2. El que incumpla los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

3. El que no haga uso efectivo de la porción del espectro radioeléctrico que le hubiese sido asignada, en los términos y condiciones establecidos al efecto;

4. El que inobserve una medida provisionalísima o cautelar dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley;

5. El que cause interferencias a servicios de telecomunicaciones, en forma dolosa;

6. El que utilice o permita el uso de los servicios de telecomunica-

ciones para los cuales está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos;

7. El que de forma dolosa suministre información a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fundada en documentos declarados falsos por sentencia definitivamente firme;

8. Quien incumpla con la obligación de obtener la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en las operaciones a las que se refiere el artículo 195 de esta Ley;

9. Quien evada el pago de los tributos previstos en esta Ley;

10. La reincidencia en alguna de las infracciones a las que se refiere esta Sección en el plazo de un año contado a partir del momento en que la sanción anterior quede definitivamente firme.

La revocatoria de la concesión del espectro radioeléctrico implicará la revocatoria de la habilitación administrativa correspondiente y viceversa.

Artículo 172. La revocatoria de la habilitación administrativa o concesión a personas naturales o jurídicas acarreará a éstas la inhabilitación por espacio de cinco años para obtener otra, directa o indirectamente. Dicho lapso se contará a partir del momento en que el acto administrativo quede definitivamente firme.

En el caso de las personas jurídicas, la inhabilitación se extenderá a los administradores u otros órganos responsables de la gestión y dirección del operador sancionado que estaban

en funciones durante el tiempo de la infracción, siempre que hayan tenido conocimiento de la situación que generó la revocatoria y no lo hayan advertido por escrito a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de la apertura del procedimiento sancionatorio.

La violación de las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en esta Ley acarreará a las personas naturales responsables de dicha transgresión una inhabilitación especial para participar en el capital, ser administradores o directivos de

de redes o servicios de telecomunicaciones sin poseer la habilitación respectiva;

3. No acate la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones derivada de la revocatoria de una habilitación administrativa o concesión, según el caso.

Artículo 174. La amonestación pública procederá como sanción accesoria en los casos en que la infracción haya incidido en la prestación del servicio de otro operador de telecomunicaciones. El acto de amonestación será publicado a cargo del infractor en dos de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, dejándose constancia de la afectación que su conducta haya producido en la prestación de los servicios de otro operador.

Artículo 175. En el caso establecido en el numeral 3 del artículo 189 de esta Ley, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ordenará al infractor la cesación de sus actividades clandestinas.

empresas de telecomunicaciones, sea directa o indirectamente, por un lapso de cinco años.

Artículo 173. Sin perjuicio de las multas que corresponda aplicar de conformidad con lo previsto en esta Ley, será sancionado con el comiso de los equipos y materiales empleados en la instalación, operación, prestación o explotación de dichos servicios o actividades, quien:

1. Haga uso clandestino del espectro radioeléctrico;

2. Reincida en la instalación, operación, prestación o explotación

de redes o servicios de telecomunicaciones sin poseer la habilitación respectiva;

Artículo 176. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejercitará su potestad sancionatoria atendiendo a los principios de legalidad, imparcialidad, racionalidad y proporcionalidad.

Artículo 177. Los procedimientos para la determinación de las infracciones a las que se refiere el presente Título se iniciarán por denuncia, de oficio, o por iniciativa de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Artículo 178. Para el caso de que sobre una situación fáctica concurriese un conjunto de hechos presuntamente constitutivos de distintas infracciones cometidas por uno o varios sujetos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por razones de mérito u oportunidad podrá iniciar un procedimiento sancionatorio por cada una de las presuntas infracciones y sujetos, o, acumularlos.

Sección Segunda

Del Procedimiento Sancionatorio

Artículo 179. El acto de apertura del procedimiento sancionatorio será dictado por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, oída la opinión del Consultor Jurídico del organismo y en él establecerán con claridad los hechos imputados y las consecuencias que pudiesen desprenderse de la constatación de los mismos, emplazándose al presunto infractor para que en un lapso no mayor de quince días hábiles consigne los alegatos y pruebas que estime pertinentes para su defensa.

Si en el curso de la investigación se determinase que los mismos hechos imputados pudiesen dar lugar a sanciones distintas de las establecidas en el acto de apertura, tal circunstancia se notificará al presunto infractor, otorgándole un plazo no mayor de quince días hábiles para consignar alegatos y pruebas.

En caso de que apareciesen hechos no relacionados con el procedimiento en curso, pero que pudiesen ser constitutivos de infracciones a esta Ley, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ordenará la apertura de otro procedimiento sancionatorio.

Artículo 180. Una vez ordenada la apertura del procedimiento corresponderá a la Consultoría Jurídica la realización de todas las actuaciones necesarias para la sustanciación del mismo, salvo el decidir acerca de la aplicación de las medidas provisionales o cautelares previstas en esta Ley, las cuales corresponderán al Director General.

La sustanciación del expediente deberá concluirse dentro de los treinta días continuos siguientes al auto de apertura, pero podrá prorrogarse hasta por diez días cuando la complejidad del asunto así lo requiera.

Artículo 181. En la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tendrá las más amplias potestades de investigación, rigiéndose su actividad por el principio de libertad de prueba. Dentro de la actividad de sustanciación la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá realizar, entre otros, los siguientes actos:

1. Citar a declarar a cualquier persona en relación con la presunta infracción.

2. Requerir de las personas relacionadas con el procedimiento, documentos o información pertinente para el esclarecimiento de los hechos.

3. Emplazar, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier persona interesada que pudiese suministrar información relacionada con la presunta infracción. En el curso de la investigación cualquier particular podrá consignar en el expediente administrativo, los documentos que estime pertinentes a los efectos del esclarecimiento de la situación.

4. Solicitar a otros organismos públicos información relevante respecto a las personas involucradas, siempre que la información que ellos tuvieren, no hubiere sido declarada confidencial o secreta de conformidad con la ley.

5. Realizar las inspecciones que considere pertinentes, a los fines de la investigación.

6. Evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento sancionatorio.

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

Artículo 183. Las medidas cautelares que puede adoptar la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo anterior pueden consistir en:

1. Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras de esta Ley;
2. Ordenar la realización de actos o actuaciones en materia de Servicio Universal, interconexión, derecho de vía, restablecimiento de servicios, facturación de servicios, seguridad y defensa;
3. Proceder a la incautación de los equipos empleados y clausura de los recintos o establecimientos donde se opere, cuando se trate de actividades presuntamente clandestinas que impliquen el uso del espectro radioeléctrico;

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

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

Artículo 184. Acordada la medida cautelar, la parte contra la cual obre o cualquier interesado podrá oponerse a ella, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación que de la misma se haga a la parte contra la cual obre la medida. En caso de oposición, se abrirá una articulación probatoria de ocho días hábiles, en la cual las partes y los interesados podrán hacer valer sus pruebas y alegatos. Vencido dicho lapso, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones decidirá lo conducente dentro de los tres días hábiles siguientes.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones procederá a revocar la medida cautelar que hubiese

dictado cuando estime que sus efectos no se justifican. En todo caso, las medidas cautelares que se hubiesen dictado cesarán en sus efectos como tales cuando se dicte la decisión que ponga fin al procedimiento sancionatorio o transcurra el lapso establecido para la decisión definitiva sin que ésta se haya producido.

hasta por quince días continuos, cuando la complejidad del caso lo amerite.

Artículo 186. En la decisión del Director General se determinará la existencia o no de infracciones y en caso afirmativo se establecerán las sanciones correspondientes, así como los correctivos a que hubiese lugar, salvo en los casos de revocatoria, cuya decisión corresponde al Consejo Directivo o al Ministro de Infra-estructura de conformidad con esta Ley.

Artículo 187. La persona sancionada por la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá ejecutar voluntariamente lo dispuesto en el acto respectivo dentro del lapso que al efecto fije dicha providencia. En caso de que el particular no ejecutase voluntariamente la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ésta podrá ejecutarla forzosamente de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos

Artículo 185. Concluida la sustanciación del expediente o transcurrido el lapso para ello, éste se remitirá al Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones quien, sin perjuicio de que pueda ordenar la realización de cualquier acto adicional de sustanciación que juzgue conveniente, deberá dictar la decisión correspondiente dentro de los quince días continuos siguientes a su recepción. Este lapso podrá ser prorrogado mediante auto razonado

Administrativos, salvo que por expresa decisión legal deba ser encomendada a una autoridad judicial.

Capítulo III

De las sanciones penales

Artículo 188. Será penado con prisión de cuatro a doce meses:

1. Quien con culpa grave cause daños a equipos terminales destinado al acceso del público, instalaciones o sistemas de telecomunicaciones, de manera que interrumpa parcialmente o impida la prestación del servicio;

2. El que con culpa grave produzca interferencias perjudiciales que interrumpan parcialmente o impidan la prestación del servicio;

3. El que use o disfrute en forma fraudulenta de un servicio o facilidad de telecomunicaciones.

Artículo 189. Será penado con prisión de uno a cuatro años:

1. Quien con dolo cause daños a equipos terminales, instalaciones o sistemas de telecomunicaciones, de manera que interrumpa parcial o totalmente la prestación del servicio;

2. El que utilizando equipos o tecnologías de cualquier tipo, proporcione a un tercero el acceso o disfrute en forma fraudulenta o indebida de un servicio o facilidad de telecomunicaciones;

3. Quien en forma clandestina haga uso del espectro radioeléctrico. Se entenderá que existe uso clandestino del espectro radioeléctrico cuando, en los casos en que se requiera concesión, no medie al menos la reserva de frecuencia correspondiente;

4. El que produzca interferencias perjudiciales con el fin específico de generar la interrupción de un servicio de telecomunicaciones.

Artículo 190. La interceptación, interferencia, copia o divulgación ilegales del contenido de las transmisiones y comunicaciones, será castigada con arreglo a las previsiones de la Ley especial de la materia.

Título XIII

Disposiciones finales y transitorias

Capítulo I

Disposiciones finales

Artículo 191. Ninguna persona natural o jurídica o grupo de personas podrá, por sí o por interpuesta persona, obtener en concesión o llegar a controlar más de una estación de radiodifusión o televisión abierta, en la misma banda de frecuencia por

localidad. Esta misma restricción opera con relación a los accionistas de una empresa concesionaria.

Por reglamento podrán establecerse otras restricciones que garanticen la pluralidad y democratización en la distribución y uso de tales recursos.

En todo caso, el Estado podrá reservarse para sí frecuencias en cada una de las bandas de radiodifusión sonora y de televisión abierta, comprendidas en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF).

Artículo 192. Sin perjuicio de las disposiciones legales en materia de seguridad y defensa, el Presidente de la República podrá, directamente o a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ordenar a los operadores que presten servicios de televisión por suscripción, a través del canal de información a sus clientes y a las empresas de radiodifusión sonora y televisión abierta la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales, de la Presidencia o Vicepresidencia de la República o de los Ministros. Mediante reglamento se determinarán las modalidades, limitaciones y demás características de tales emisiones y transmisiones.

No estará sujeta a la obligación establecida en este artículo la publicidad de los entes públicos.

Artículo 193. Se declara de utilidad pública y social el establecimiento y desarrollo de redes de telecomunicaciones, por el Estado o por los particulares, de conformidad con los planes que desarrolle el Ejecutivo Nacional.

Artículo 194. Los operadores que de conformidad con esta Ley tengan obligaciones de Servicio Universal podrán beneficiarse de la expropiación y del establecimiento de servidumbres.

El Presidente de la República podrá ordenar la expropiación de los bienes necesarios para tales fines, en beneficio y a costa del operador interesado. Igualmente, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá ordenar la constitución de las servidumbres administrativas necesarias en beneficio de los mismos operadores anteriores y a su costo. En cualquiera de los casos mencionados, si no hubiere acuerdo para la determinación del monto de la indemnización a que haya lugar, se seguirá, a tales efectos, el procedimiento establecido para los procesos expropiatorios en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

Artículo 195. La suscripción de un acuerdo de fusión entre empresas operadoras de telecomunicaciones, la adquisición total o parcial de estas empresas por otras empresas operadoras, así como su escisión, transformación o la creación de filiales que exploten servicios de telecomunicaciones, cuando impliquen un cambio en el control

sobre las mismas, deberán someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para que tales operaciones adquieran eficacia. A tales efectos, los interesados remitirán a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones copia de los documentos correspondientes, dentro de los diez días siguientes a la realización de la operación.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones sólo aprobará las operaciones a que se refiere este artículo cuando medie opinión favorable de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

El acto administrativo mediante el cual no se apruebe la realización de la operación deberá expresar con toda claridad los fundamentos del mismo y si fuere el caso, hacer las recomendaciones pertinentes. El acto de rechazo impedirá en forma definitiva la ejecución de la operación en la forma pactada, salvo que los interesados acojan las observaciones o recomendaciones formuladas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, o el acto administrativo de rechazo sea anulado por decisión definitivamente firme.

Artículo 196. Quien solicite a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la incorporación como atributos concretos de su habilitación administrativa, determinadas prestaciones para ofrecerlas al público, deberán expresar en el proyecto respectivo, bajo juramento, si alguna empresa vinculada a ella presta el mismo servicio o

servicios semejantes. En tales casos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones solicitará la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, sobre los efectos que el otorgamiento del atributo solicitado pudiera tener en el mercado, previa audiencia de los interesados. Al respecto, se tendrá en cuenta la condición de empresas vinculadas de conformidad con las disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Sin perjuicio del resto de sus potestades, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones se abstendrá de aprobar el proyecto respectivo si la opinión de la Superintendencia resulta desfavorable.

Artículo 197. Los operadores de telecomunicaciones podrán alquilar circuitos o revender capacidad en sus sistemas, siempre que lo hagan en términos transparentes y en condiciones no discriminatorias ni lesivas de la libre competencia. En ningún caso, las operaciones señaladas en este artículo podrán hacerse en detrimento de la calidad de los servicios o de los derechos de los usuarios.

Artículo 198. Las operadoras de telecomunicaciones podrán constituir empresas filiales para prestar, a través de éstas, uno o varios servicios para los cuales hayan obtenido la habilitación administrativa o concesión correspondiente. En todo caso, esta modalidad de gestión deberá notificarse a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en ella deberá mantenerse en todo

momento, el control de gestión y responsabilidad sobre las filiales. Asimismo, las operadoras de telecomunicaciones podrán ceder a sus filiales parte de los atributos de las habilitaciones administrativas o concesiones de las que sean titulares, previa autorización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Mediante reglamento podrá establecerse la necesidad de que la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones se haga a través de empresas filiales o sujetas al control de la empresa titular de la habilitación administrativa o concesión.

Artículo 199. Los estados y municipios procurarán en sus respectivos ámbitos territoriales el fomento, desarrollo armónico y dotación de vías generales de telecomunicación idóneas, de conformidad con las directrices que al efecto dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Infraestructura.

Los estados y municipios podrán percibir los ingresos derivados del arrendamiento de los ductos de telecomunicación que construyan o les sean cedidos, siempre que se garantice un trato no discriminatorio y libertad de acceso a los operadores.

Artículo 200. El Estado promoverá la existencia de estaciones de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público, sin fines de lucro, como medios para la comunicación y actuación, plural y transparente, de las comunidades organizadas en su ámbito respectivo. Su régimen, ordenación, característi-

cas, requisitos y limitaciones se determinarán mediante reglamento, en concordancia con el Plan Nacional de Telecomunicaciones y el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia (CUNABAF).

Artículo 201. El Estado promoverá la existencia de organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, las cuales procurarán coordinar su actuación con la Defensoría del Pueblo.

Artículo 202. El Estado a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, promoverá la utilización y actualización de las innovaciones tecnológicas en todas sus modalidades, con el propósito de que se establezcan de manera permanente, planes de modernización tecnológica en el ámbito de las telecomunicaciones.

En el primer caso, el recurso deberá ejercerse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acto y no podrá recurrirse ante la Sala Político Administrativa hasta tanto se haya adoptado la decisión correspondiente, o se haya vencido el lapso para decidir el mismo, sin que exista pronunciamiento alguno al respecto.

Artículo 205. La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.

Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere

Artículo 203. En los reglamentos de esta Ley podrá preverse la obligación de que las operadoras de telecomunicaciones separen su contabilidad por servicios, a fin de garantizar la transparencia en sus operaciones y permitir el eficaz control por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, de conformidad con las normas que al efecto se establezcan.

Artículo 204. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se aplicará supletoriamente a los procedimientos que instruya la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Las decisiones que adopte el Consejo Directivo y el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones serán recurribles directamente ante el Ministro de Infraestructura o ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a opción del interesado.

el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales.

Artículo 206. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia será competente para conocer los recursos de interpretación sobre el sentido y alcance de las disposiciones de esta Ley.

Artículo 207. Salvo lo dispuesto en el artículo 208 de esta ley, se derogan las disposiciones legales y regla-

mentarias existentes, en todo aquello que sea contrario a lo dispuesto en esta Ley.

Capítulo II

Disposiciones transitorias

Artículo 208. Hasta tanto se dicte la ley que regule el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, el Ejecutivo Nacional, mediante reglamento, podrá seguir estableciendo las regulaciones que considere necesarias. Se mantendrán en vigencia, salvo lo que disponga la Asamblea Nacional o el Ejecutivo Nacional, según el caso, todas las disposiciones legales y reglamentarias y cualquier otra de carácter normativo que regulen, limiten o restrinjan, el contenido de dichas transmisiones o comunicaciones y, en especial, aquellas contenidas en:

1. Decreto N° 2427 de fecha 1 de febrero de 1984, mediante el cual se establece el Reglamento de Radio-comunicaciones, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.336 de fecha 1 de febrero de 1984.

2. Resolución N° 703, de fecha 06 de marzo de 1969 publicada en Gaceta Oficial N° 28.883, de fecha 23 de marzo de 1969, mediante la cual se regula los programas de concurso.

3. Decreto N° 1200 de fecha 11 de septiembre de 1981, publicado en Gaceta Oficial N° 32.310 de la misma fecha, mediante la cual se prohíbe la transmisión de publicidad de bebidas alcohólicas.

4. Decreto N° 598 de fecha 03 de diciembre de 1974, publicado en

la Gaceta Oficial N° 30.569, de fecha 09 de enero de 1975, referido a la obligación que tiene las estaciones de radio-difusión sonora de incluir en su programación musical diaria, al menos, cincuenta por ciento (50%) de la música venezolana en sus distintas manifestaciones: folklóricas, típica o popular.

5. Reglamento sobre la Operación de las Estaciones de Radio-difusión Sonora dictado mediante Decreto N° 2771 de fecha 21 de enero de 1993, publicado en la Gaceta Oficial Ext. 4530 de fecha 10 de febrero de 1993.

6. Decreto N° 996 de fecha 19 de marzo de 1981, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.192, de fecha 20 de marzo de 1981, referido a la prohibición de la transmisión de publicidad directa o indirecta de cigarrillo y manufactura del tabaco.

7. Decreto N° 849 del 21 de noviembre de 1980, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.116, del 21 de noviembre de 1980, referido a la prohibición de transmisión de publicidad de cigarrillos y demás productos derivados de la manufactura del tabaco a través de las estaciones de radiodifusión audiovisual.

8. Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión publicado mediante Decreto N° 2.625 del 5 de noviembre de 1992, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.996, del 20 de noviembre de 1992.

9. Decreto No. 525 de fecha 12 de enero de 1959, mediante el cual establece el Reglamento General de Alimentos publicado en Gaceta

Oficial No. 25.864 de fecha 16 de enero de 1959.

10. Las disposiciones previstas en materia de contenido de transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, establecidas en la Ley Orgánica de Educación, Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, Ley de Defensa contra Enfermedades Venéreas, y en Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Parágrafo Único: Hasta tanto se dicte la ley que regule el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones seguirá encargada de velar por el fiel cumplimiento de la regulación a que se refiere este artículo y de la que, en esta materia, dicte el Ejecutivo Nacional.

Artículo 209. Hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, todo ello de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 210. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá, mediante resolución, cronogramas especiales de transformación de las

actuales concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registros establecidos en esta Ley. Mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridos al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos.

La transformación de los títulos jurídicos deberá efectuarse dentro de los dos años siguientes a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial, tendrá carácter obligatorio y se hará atendiendo a los principios siguientes:

1. Transparencia, buena fe, igualdad y celeridad;

2. Los derechos de uso y explotación dados en concesión, sobre frecuencias legalmente otorgadas, se mantendrán en plena vigencia.

3. No implicará el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que actualmente tienen los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos.

4. Se respetará el objeto, la cobertura y el lapso de vigencia de las concesiones o permisos vigentes para el momento de la entrada en vigencia de la presente Ley. Las renovaciones posteriores de las habilitaciones administrativas o concesiones previstas en esta Ley se seguirán por las reglas generales contenidas en ella.

5. Los operadores que actualmente tengan obligaciones relativas a metas de calidad, desarrollo,

expansión y mantenimiento de sus redes, de conformidad con sus respectivos contratos de concesión, deberán cumplir con las mismas.

6. Sólo se establecerán las limitaciones que resulten compatibles con los principios de esta Ley y el desarrollo que de ellos hagan los reglamentos respectivos.

7. La transformación del título jurídico a que se refiere este artículo deberá solicitarla el interesado dentro del plazo que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el cual no podrá ser inferior a sesenta (60) días hábiles. Vencido el plazo a que se refiere el presente numeral, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones publicará en por lo menos un diario de circulación nacional, el listado de los concesionarios que no hubiesen respondido el llamado de transformación de los títulos, otorgándoles un plazo adicional de cinco (5) días hábiles a tales efectos, bajo el apercibimiento de que, de no hacer la solicitud respectiva, se entenderá como renuncia a las concesiones o permisos que hayan obtenido con anterioridad a la publicación de esta Ley en la Gaceta Oficial.

La transformación de los títulos actuales en modo alguno supone que los operadores de telecomunicaciones existentes antes de la entrada en vigencia de esta Ley, estén sometidos al procedimiento general establecido para el otorgamiento de las habilitaciones administrativas o a la extinción, revocatoria o suspensión de las concesiones o permisos otorgados bajo el amparo de la anterior legislación, por tal concepto.

Artículo 211. El Ejecutivo Nacional, a través del Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica determinará el modelo, condiciones, limitaciones, requisitos y cualquier otro aspecto necesario para obtener las condiciones que estime convenientes para la apertura del servicio de Telefonía Básica, a cuyo efecto podrá establecer regulaciones asimétricas. En todo caso, se establece que en protección del interés general el Ejecutivo Nacional procederá a hacer todo lo necesario para que, a partir del día siguiente de la cesación del privilegio de concurrencia limitada existente en la actualidad, los operadores que hayan cumplido con los requisitos que establezca el Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica, puedan prestar dicho servicio al público.

Artículo 212. Los concesionarios existentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, deberán cumplir con las metas de cobertura, penetración y calidad de servicio establecidos en sus respectivas concesiones, so pena de la aplicación de las sanciones actualmente establecidas en los contratos respectivos. Dichas metas y sanciones formarán parte de sus habilitaciones administrativas hasta que sean satisfechas.

Las obligaciones previstas en este artículo no podrán cubrirse con recursos provenientes del Fondo de Servicio Universal.

Artículo 213. Las disposiciones del Título IX de esta Ley entrarán en vigencia a partir del 1 de enero del año 2001. En todo caso, no será exigi-

ble el cumplimiento de tales disposiciones a los equipos y aparatos de telecomunicaciones adquiridos, instalados o en operación antes de la entrada en vigencia de esta Ley.

Artículo 214. Con el objeto de analizar la evolución y comportamiento de los mercados de telecomunicaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, y sin perjuicio de ajustarlos a las nuevas realidades cuando resulte conveniente, los mecanismos tarifarios existentes en la actualidad permanecerán en vigencia dentro del año siguiente a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Quedan exceptuadas de este límite temporal las disposiciones especiales que en materia del régimen tarifario se establezcan en el Reglamento de Apertura de Telefonía Básica, las cuales se aplicarán con preferencia al lapso previsto en este artículo y se mantendrán mientras no se produzca una competencia efectiva en el mercado relevante respectivo, determinada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia suscribirán un Convenio Interadministrativo en el que se establezcan los mecanismos para monitorear y seguir el comportamiento del mercado de las telecomunicaciones.

Artículo 215. El régimen tributario previsto en el Título XI de esta Ley

entrará en vigencia a partir del primero de enero del año 2001. A partir de dicha fecha quedará derogada la Ley de Timbre Fiscal, por lo que respecta a las tasas por ella previstas en materia de Telecomunicaciones.

Artículo 216. La contribución especial prevista en el artículo 148 de esta Ley se aplicará progresivamente a las operadoras de radiodifusión y televisión abierta, en la forma siguiente:

Año 2001:	0,1 %
Año 2002:	0,2%
Año 2003:	0,3%
Año 2004:	0,4%
A partir del año 2005:	0,5%

Artículo 217. Sin perjuicio de las previsiones del Título XI de esta Ley, las empresas que exploten servicios de telefonía móvil celular pagarán hasta el año 2005 un impuesto especial adicional, calculado sobre el monto de sus ingresos brutos anuales derivados de dicha actividad, cuya alícuota se liquidará y pagará anualmente e irá decreciendo en la forma siguiente:

Año 2001:	4,5 %
Año 2002:	3,5%
Año 2003:	2,5%
Año 2004:	1,5%
Año 2005:	0,5%

Los montos pagados por las actuales operadoras de telefonía móvil celular en la oportunidad en que la República les otorgó las correspondientes concesiones, por concepto de pago inicial del derecho

contractual de concesión, en forma alguna podrán imputarse o compensarse con los tributos establecidos en esta Ley, ni generan derechos de indemnización a cargo de la República.

Artículo 218. Los concesionarios existentes antes de la publicación en Gaceta Oficial de la presente Ley, deberán adoptar los mecanismos necesarios para adecuar sus sistemas de señalización al sistema de señalización por canal común N° 7, para así garantizar la interoperabilidad de las redes y prestación de nuevos servicios, en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, contados a partir de la vigencia de esta Ley.

Esta adecuación de los sistemas de señalización tiene la condición de requisito técnico, el cual se deberá cumplir con carácter obligatorio y se implementará de conformidad con los criterios que al efecto establezca pro-gresivamente, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Artículo 219. Los concesionarios existentes antes de la publicación de la presente Ley en Gaceta Oficial, deberán adoptar los mecanismos necesarios para adecuar sus redes y sistemas a fin de cumplir con la obligación de la conservación de la numeración prevista en el artículo 117, en un plazo no mayor de tres años contados a partir de su entrada en vigencia.

Artículo 220. Los concesionarios existentes antes de la publicación de la presente Ley en Gaceta Oficial, deberán adoptar los mecanismos necesarios para adecuar sus redes y

sistemas a fin de cumplir con la obligación prevista en el artículo 118, de conformidad con lo que al efecto prevea el Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica.

Artículo 221. La operadora actual de telefonía básica solo podrá prestar el servicio de televisión por suscripción a partir del 28 de Noviembre del año 2000. Entre el 28 de noviembre del año 2000 y el 28 de Noviembre del año 2002, la actual concesionaria de telefonía básica podrá prestar el servicio de televisión por suscripción, siempre que cumpla en forma concurrente con las siguientes condiciones:

1. Que haya adquirido el atributo correspondiente;

2. Que garantice, a satisfacción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el acceso de operadoras de televisión por suscripción a los ductos, tanquillas y demás elementos necesarios para el emplazamiento de cables, que se encuentren bajo su control o posesión por cualquier título.

Parágrafo Único: Para prestar el mencionado servicio en zonas del país en las cuales no existan operadores de televisión por suscripción vía cable, la actual operadora de telefonía básica deberá demostrar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones que ha puesto públicamente a disposición de otras operadoras de televisión por suscripción vía cable el acceso a los ductos, tanquillas y demás elementos necesarios para el emplazamiento de cables, que se encuentren bajo su

control o posesión por cualquier título.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones determinará los requisitos básicos de seguridad y acceso que deben garantizarse para el cabal cumplimiento de la obligación prevista en este artículo, así como la utilización de tales elementos en condiciones transparentes y no discriminatorias.

Artículo 222. Ninguna empresa distinta a la concesionaria actual de telefonía básica podrá prestar dicho servicio antes del 28 de noviembre del año 2000, día siguiente a la fecha en la que cesa la concurrencia limitada existente, de conformidad con el respectivo contrato de concesión.

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y sus reglamentos, no se aplicarán las prohibiciones establecidas en el párrafo anterior, cuando las operaciones a las que se refiere dicho párrafo se den entre empresas operadoras de telefonía o entre empresas operadoras de televisión por suscripción.

Artículo 223. Hasta tanto no se desarrolle el régimen especial previsto en el artículo 45 de esta ley, se continuará aplicando el régimen de personal de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones vigente antes de la entrada en vigencia de esta ley.

Artículo 224. El Acuerdo de fecha 21 de Febrero de 2000, suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), mantendrá plena vigencia en sus términos y condiciones hasta la fecha de su expiración.

Asimismo, la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela deberá seguir prestando los servicios de Telex y Telégrafo hasta que, mediante resolución razonada, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones lo exima de tal obligación especial.

A partir de la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y hasta el 28 de Noviembre del año 2002, ninguna empresa operadora de telefonía o empresas vinculadas a éstas, existentes en el país antes de la entrada en vigencia de esta Ley, podrá directa o indirectamente adquirir, controlar o fusionarse con empresas operadoras del servicio de televisión por suscripción, existentes en el país antes de la entrada en vigencia de esta Ley y viceversa. Asimismo, durante dicho lapso tales empresas no podrán entre sí constituir consorcios, empresas conjuntas o cualquier otra forma de asociación para la prestación de dichos servicios.

Sin perjuicio de las disposiciones generales en materia de concentraciones económicas previstas en la

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Comisión Legislativa Nacional, el 1° de junio del año dos mil. 190° de la Independencia y 141° de la Federación.

Luis Miquilena Presidente
Blancanieves Portocarrero Primera Vicepresidente
Elias Jaua M. Segundo Vicepresidente

Los Secretarios,

Elvis Amoroso Oleg Oropeza

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los doce días del mes de junio de dos mil. Año 190° de la Independencia y 141° de la Federación

(L.S.)

HUGO CHÁVEZ FRÍAS
Presidente

Refrendado,

El Vicepresidente Ejecutivo Julián Isaías Rodríguez Díaz
El Ministro del Interior y Justicia Luis Alfonso Dávila
El Ministro de Relaciones Exteriores José Vicente Rangel
El Ministro de Finanzas José A. Rojas Ramírez
El Ministro de la Defensa Ismael Eliézer Hurtado Souci
El Ministro de la Producción
y el Comercio Juan de Jesús Montilla Saldivia
El Ministro de Educación,
Cultura y Deportes Héctor Navarro Díaz
El Ministro de Salud y Desarrollo Social Gilberto Rodríguez Ochoa
El Ministro del Trabajo Lino Antonio Martínez Salazar
El Ministro de Infraestructura Alberto Emerich Esqueda
El Ministro de Energía y Minas Alí Rodríguez Araque
El Ministro del Ambiente y de
los Recursos Naturales Jesús Arnaldo Pérez
El Ministro de Planificación y Desarrollo Jorge Giordani
El Ministro de Ciencia y Tecnología Carlos Genatios S.
El Ministro de la Secretaría
de la Presidencia Francisco Rangel Gómez

Decreto N° 1.204 del 10 de febrero de 2001

HUGO CHÁVEZ FRÍAS
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

En ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 1, numeral 5, literal b de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se delegan, en Consejo de Ministros,

Dicta el siguiente

DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS

Capítulo I
Ambito de Aplicación y Definiciones

Objeto y aplicabilidad del Decreto-Ley **Artículo 1.** El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de datos y Firmas Electrónicas.

La certificación a que se refiere el presente Decreto-Ley no excluye el cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación que, de conformidad con la ley, requieran determinados actos o negocios jurídicos.

Definiciones **Artículo 2.** A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:

Persona: Todo sujeto jurídicamente hábil, bien sea natural, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Mensajes de datos: Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Emisor: Persona que origina un Mensaje de Datos por sí mismo, o a través de terceros autorizados.

Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el Signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

Signatario: Es la persona titular de una Firma Electrónica o Certificado Electrónico.

Destinatario: Persona a quien va dirigido el Mensaje de Datos.

Proveedor de Servicios de Certificación: Persona dedicada a proporcionar Certificados Electrónicos y demás actividades previstas en este Decreto-Ley.

Acreditación: Es el título que otorga la Superintendencia de servicios de Certificación Electrónica a los Proveedores de Servicios de Certificación para proporcionar certificados electrónicos, una vez cumplidos los requisitos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley.

Certificado Electrónico: Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica.

Sistema de Información: Aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma Mensajes de Datos.

Usuario: Toda persona que utilice un sistema de información.

Inhabilitación técnica: Es la incapacidad temporal o permanente del Proveedor de Servicios de Certificación que impida garantizar el cumplimiento de sus servicios, así como, cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley para el ejercicio de sus actividades.

El reglamento del presente Decreto-Ley podrá adaptar las definiciones antes señaladas a los desarrollos tecnológicos que se produzcan en el futuro. Así mismo, podrá establecer otras definiciones que fueren necesarias para la eficaz aplicación de este Decreto-Ley.

Adaptabilidad
del Decreto-Ley

Artículo 3. El Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para que los organismos públicos puedan desarrollar sus funciones, utilizando los mecanismos descritos en este Decreto-Ley.

Capítulo II
De los Mensajes de Datos

**Eficacia
Probatoria**

Artículo 4. Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

**Sometimiento a
la Constitución
y a la ley**

Artículo 5. Los Mensajes de Datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal.

**Cumplimiento
de
solemnidades y
formalidades**

Artículo 6. Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto-Ley.

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica.

**Integridad del
Mensaje de
Datos**

Artículo 7. Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un Mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

**Constancia por
escrito del
Mensaje de
Datos**

Artículo 8. Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un

Mensaje de Datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.
3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo.

Capítulo III

De la emisión y recepción de los Mensajes de Datos

Verificación de la emisión del Mensaje de Datos

Artículo 9. Las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor, cuando éste ha sido enviado por:

Oportunidad de la emisión

1. El propio Emisor.
2. Persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje.
3. Por un Sistema de Información programado por el Emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Reglas para la determinación de la recepción

Artículo 10. Salvo acuerdo en contrario entre las partes, el Mensaje de Datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del Emisor lo remita al Destinatario.

Artículo 11. Salvo acuerdo en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará conforme a las siguientes reglas:

Lugar de
emisión y
recepción

1. Si el Destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de Mensajes de Datos, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese al sistema de información designado.
2. Si el Destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el Mensaje de Datos en un sistema de información utilizado regularmente por el Destinatario.

Del acuse de
recibo

Artículo 12. Salvo prueba en contrario, el Mensaje de Datos se tendrá por emitido en el lugar donde el Emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo.

Artículo 13. El Emisor de un Mensaje de Datos podrá condicionar los efectos de dicho mensaje a la recepción de un acuse de recibo emitido por el Destinatario.

Las partes podrán determinar un plazo para la recepción del acuse de recibo. La no recepción de dicho acuse de recibo dentro del plazo convenido, dará lugar a que se tenga el Mensaje de Datos como no emitido.

Cuando las partes no establezcan un plazo para la recepción del acuse de recibo, el Mensaje de Datos se tendrá por no emitido si el Destinatario no envía su acuse de recibo en un plazo de veinticuatro (24) horas a partir de su emisión.

Mecanismos y
métodos para
el acuse de
recibo

Cuando el Emisor reciba el acuse de recibo del Destinatario conforme a lo establecido en el presente artículo, el Mensaje de Datos surtirá todos sus efectos.

Artículo 14. Las partes podrán acordar los mecanismos y métodos para el acuse de recibo de un Mensaje de Datos. Cuando las partes no hayan acordado que para el acuse de recibo se utilice un método determinado, se considerará que dicho requisito se ha cumplido cabalmente mediante:

Oferta y
aceptación en
los contratos

1. Toda comunicación del Destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del Mensaje de Datos.
2. Todo acto del Destinatario que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al Emisor que ha recibido su Mensaje de Datos.

Artículo 15. En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos.

Validez y
eficacia de la
Firma
Electrónica.
Requisitos

Capítulo IV De las Firmas Electrónicas

Artículo 16. La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos:

1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad.
2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos.

Efectos
jurídicos. Sana
crítica

A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto.

La certificación

Artículo 17. La Firma Electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

Obligaciones
del signatario

Artículo 18. La Firma Electrónica, debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación conforme a lo establecido en este Decreto-Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16.

Artículo 19. El Signatario de la Firma Electrónica tendrá las siguientes obligaciones:

Actuar con diligencia para evitar el uso no autorizado de su Firma Electrónica.

Notificar a su Proveedor de Servicios de Certificación que su Firma Electrónica ha sido controlada por terceros no autorizados o indebidamente utilizada, cuando tenga conocimiento de ello.

El Signatario que no cumpla con las obligaciones antes señaladas será responsable de las consecuencias del uso no autorizado de su Firma Electrónica.

Capítulo V

Creación de la
Superintendencia

De la Superintendencia de Servicios
de Certificación Electrónica

Objeto de la
Superintendencia

Artículo 20. Se crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, como un servicio autónomo con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión, en las materias de su competencia, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Competencias
de la
Superintendencia

Artículo 21. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica tiene por objeto acreditar, supervisar y controlar, en los términos previstos en este Decreto-Ley y sus reglamentos, a los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados.

Artículo 22. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica tendrá las siguientes competencias:

1. Otorgar la acreditación y la correspondiente renovación a los Proveedores de Servicios de Certificación una vez cumplidas las formalidades y requisitos de este Decreto-Ley, sus reglamentos y demás normas aplicables.
2. Revocar o suspender la acreditación otorgada cuando se incumplan las condiciones, requisitos y obligaciones que se establecen en el presente Decreto-Ley.
3. Mantener, procesar, clasificar, resguardar y custodiar el Registro de los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados.
4. Verificar que los Proveedores de Servicios de Certificación cumplan con los requisitos contenidos en el presente Decreto-Ley y sus reglamentos.
5. Supervisar las actividades de los Proveedores de Servicios de Certificación conforme a este Decreto-Ley, sus reglamentos y las normas y procedimientos que establezca la Superintendencia en el cumplimiento de sus funciones.
6. Liquidar, recaudar y administrar las tasas establecidas en el artículo 24 de este Decreto-Ley.

7. Liquidar y recaudar las multas establecidas en el presente Decreto-Ley.
8. Administrar los recursos que se le asignen y los que obtenga en el desempeño de sus funciones.
9. Coordinar con los organismos nacionales o internacionales cualquier aspecto relacionado con el objeto de este Decreto-Ley.
10. Inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios realizados por los Proveedores de Servicios de Certificación.
11. Abrir, de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos relativos a presuntas infracciones a este Decreto-Ley.
12. Requerir de los Proveedores de Servicios de Certificación o sus usuarios, cualquier información que considere necesaria y que esté relacionada con materias relativas al ámbito de sus funciones.
13. Actuar como mediador en la solución de conflictos que se susciten entre los Proveedores de Servicios de Certificados y sus usuarios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas, sin perjuicio de las atribuciones que tenga el organismo encargado de la protección, educación y defensa del consumidor y el usuario, conforme a la ley que rige esta materia.
14. Seleccionar los expertos técnicos o legales que considere necesarios para facilitar el ejercicio de sus funciones.
15. Presentar un informe anual sobre su gestión al Ministerio de adscripción.
16. Tomar las medidas preventivas o correctivas que considere necesarias conforme a lo previsto en este Decreto-Ley.
17. Imponer las sanciones establecidas en este Decreto-Ley.
18. Determinar la forma y alcance de los requisitos establecidos en los artículos 31 y 32 del presente Decreto-Ley.
19. Las demás que establezcan la ley y los reglamentos.

Ingresos de la
Superintendencia

Artículo 23. Son ingresos de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica:

1. Los recursos que le sean asignados en la Ley de Presupuesto a través del Ministerio de Ciencia y Tecnología.
2. Los provenientes de su gestión conforme a lo establecido en esta Ley.
3. Cualquier otro ingreso permitido por ley.

De las tasas

Artículo 24. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica cobrará las siguientes tasas:

1. Por la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación se cobrará una tasa de un mil unidades tributarias (1.000 U.T.).
2. Por la renovación de la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación se cobrará una tasa de quinientas unidades tributarias (500 U.T.).
3. Por la cancelación de la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación se cobrará una tasa de quinientas unidades tributarias (500 U.T.).
4. Por la autorización que se otorgue a los Proveedores de Servicios de Certificación debidamente acreditados en relación a la garantía de los Certificados Electrónicos proporcionados por Proveedores de Servicios de Certificación extranjeros, conforme a lo establecido en el artículo 44 del presente Decreto-Ley, se cobrará una tasa de quinientas unidades tributarias (500 U.T.).

Mecanismos de control Los Proveedores de Servicios de Certificación constituidos por entes públicos estarán exentos del pago de las tasas previstas en este artículo.

De la supervisión **Artículo 25.** La Contraloría Interna del Ministerio de Ciencia y Tecnología, ejercerá las funciones de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos sobre este servicio autónomo, de conformidad con la ley que regula la materia.

Medidas para garantizar la confiabilidad **Artículo 26.** La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica supervisará a los Proveedores de Servicios de Certificación con el objeto de verificar que cumplan con los requerimientos necesarios para ofrecer un servicio eficaz a sus usuarios. A tal efecto, podrá directamente o a través de expertos, realizar las inspecciones y auditorias que fueren necesarias para comprobar que los Proveedores de Servicios de Certificación cumplen con tales requerimientos.

Artículo 27. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica podrá adoptar las medidas preventivas o correctivas necesarias para garantizar la confiabilidad de los servicios prestados por los Proveedores de Servicios de Certificación. A tal efecto, podrá ordenar, entre otras medidas, el uso de estándares o prácticas internacionalmente aceptadas para la prestación de los servicios de certificación electrónica,

Designación del Superintendente	o que el Proveedor se abstenga de realizar cualquier actividad que ponga en peligro la integridad o el buen uso del servicio.
Requisitos para ser Superintendente	<p>Artículo 28. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica estará a cargo de un Superintendente, será de libre designación y remoción del Ministro de Ciencia y Tecnología.</p> <p>Artículo 29. El Superintendente de Servicios de Certificación Electrónica, debe reunir los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Ser venezolano.2. De reconocida competencia técnica y profesional para el ejercicio de sus funciones. <p>No podrá ser Superintendente, los miembros directivos, agentes, comisarios, administradores o accionistas de empresas o instituciones sometidas al control de la Superintendencia. Tampoco podrá ejercer tal cargo el que tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con personas naturales también sometidas al control de la Superintendencia.</p>
Atribuciones del Superintendente	<p>Artículo 30. Son atribuciones del Superintendente:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Dirigir el Servicio Autónomo Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.2. Suscribir los actos y documentos relacionados con las materias especificadas en el artículo 22 de este Decreto-Ley.3. Administrar los recursos e ingresos del Servicio Autónomo Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.4. Celebrar previa delegación del Ministro de Ciencia y Tecnología, convenios con organismos públicos o privados, nacionales e internacionales, derivados del cumplimiento de las atribuciones que corresponden a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.5. Elaborar el proyecto de presupuesto anual, de conformidad con las previsiones legales correspondientes.6. Proponer escalas especiales de remuneración para el personal de la Superintendencia, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.7. Presentar al Ministro de Ciencia y Tecnología el Proyecto de Reglamento Interno.

8. Celebrar previa delegación del Ministro de Ciencia y Tecnología, los contratos de trabajo y de servicios de personal, que requiera la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica para su funcionamiento.
9. Elaborar anualmente la memoria y cuenta de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.
10. Las demás que le sean asignadas por el Ministro de Ciencia y Tecnología.

Requisitos para
ser Proveedor

Capítulo VI

De los proveedores de Servicios de Certificación

Artículo 31. Podrán ser Proveedores de Servicios de Certificación, las personas, que cumplan y mantengan los siguientes requisitos:

1. La capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como Proveedor de Servicios de Certificación. En el caso de organismos públicos, éstos deberán contar con un presupuesto de gastos y de ingresos que permitan el desarrollo de esta actividad.
2. La capacidad y elementos técnicos necesarios para proveer Certificados Electrónicos.
3. Garantizar un servicio de suspensión, cancelación y revocación, rápido y seguro, de los Certificados Electrónicos que proporcione.
4. Un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se publiquen las políticas y procedimientos aplicados para la prestación de sus servicios, así como los Certificados Electrónicos que hubiere proporcionado, revocado, suspendido o cancelado y las restricciones o limitaciones aplicables a éstos.
5. Garantizar que en la emisión de los Certificados Electrónicos que provea se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales, que estén protegidos contra su alteración o modificación, de tal forma que garanticen la seguridad técnica de los procesos de certificación .
6. En caso de personas jurídicas, éstas deberán estar legalmente constituidas de conformidad con las leyes del país de origen.

7. Personal técnico adecuado con conocimiento especializado en la materia y experiencia en el servicio a prestar.
8. Las demás que señale el reglamento de este Decreto-Ley.

De la
acreditación

El incumplimiento de cualesquiera de los requisitos anteriores dará lugar a la revocatoria de la acreditación otorgada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, sin perjuicio de las sanciones previstas en este Decreto-Ley.

Artículo 32. Los Proveedores de Servicios de Certificación presentarán ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, junto con la correspondiente solicitud, los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 31. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, previa verificación de tales documentos, procederá a recibir y procesar dicha solicitud y deberá pronunciarse sobre la acreditación del Proveedor de Servicios de Certificación, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud.

Una vez aprobada la solicitud del Proveedor de Servicios de Certificación, éste presentará, a los fines de su acreditación, garantías que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Ser expedidas por una entidad aseguradora o bancaria autorizada para operar en el país, conforme a las disposiciones que rigen la materia.
2. Cubrir todos los perjuicios contractuales y extracontractuales de los signatarios y terceros de buena fe derivados de actuaciones dolosas, culposas u omisiones atribuibles a los administradores, representantes legales o empleados del Proveedor de Servicios de Certificación.

Negativa de la
acreditación

El Proveedor de Servicios de Certificación deberá mantener vigente la garantía aquí solicitada por el tiempo de vigencia de su acreditación. El incumplimiento de este requisito dará lugar a la revocatoria de la acreditación otorgada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Actividades de
los
Proveedores de
Servicios de
Certificación

Artículo 33. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica podrá negar la solicitud a que se refiere el artículo anterior, en caso que el solicitante no reúna los requisitos señalados en este Decreto-Ley y sus reglamentos.

Artículo 34. Los Proveedores de Servicios de Certificación realizarán entre otras, las siguientes actividades:

1. Proporcionar, revocar o suspender los distintos tipos o clases de Certificados Electrónicos.
2. Ofrecer o facilitar los servicios de creación de Firmas Electrónicas.
3. Ofrecer servicios de archivo cronológicos de las Firmas Electrónicas certificadas por el Proveedor de Servicios de Certificación.
4. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos.
5. Garantizar Certificados Electrónicos proporcionados por Proveedores de Servicios de Certificación extranjeros.
6. Las demás que se establezcan en el presente Decreto-Ley o en sus reglamentos.

**Obligaciones
de los
Proveedores**

Los Certificados Electrónicos proporcionados por los Proveedores de Servicios de Certificación garantizarán la validez de las Firmas Electrónicas que certifiquen, y la titularidad que sobre ellas tengan sus Signatarios.

Artículo 35. Los Proveedores de Servicios de Certificación tendrán las siguientes obligaciones:

1. Adoptar las medidas necesarias para determinar la exactitud de los Certificados Electrónicos que proporcionen y la identidad del Signatario.
2. Garantizar la validez, vigencia y legalidad del Certificado Electrónico que proporcione.
3. Verificar la información suministrada por el Signatario para la emisión del Certificado Electrónico.
4. Mantener en medios electrónicos o magnéticos, para su consulta, por diez (10) años siguientes al vencimiento de los Certificados Electrónicos que proporcionen, un archivo cronológico con la información relacionada con los referidos Certificados Electrónicos.
5. Garantizar a los Signatarios un medio para notificar el uso indebido de sus Firmas Electrónicas.
6. Informar a los interesados en sus servicios de certificación, utilizando un lenguaje comprensible en su página en la Internet o en cualquier otra red mundial de acceso público, los términos precisos y condiciones para el uso del Certificado Electrónico y, en particular, de cualquier limitación sobre su responsabilidad, así como de los procedimientos especiales existentes para resolver cualquier controversia.

7. Garantizar la integridad, disponibilidad y accesibilidad de la información y documentos relacionados con los servicios que proporcione. A tales efectos, deberán mantener un respaldo confiable y seguro de dicha información.
8. Garantizar la adopción de las medidas necesarias para evitar la falsificación de Certificados Electrónicos y de las Firmas Electrónicas que proporcionen.
9. Efectuar las notificaciones y publicaciones necesarias para informar a los signatarios y personas interesadas acerca del vencimiento, revocación, suspensión o cancelación de los Certificados Electrónicos que proporcione, así como de cualquier otro aspecto de relevancia para el público en general, en relación con dichos Certificados Electrónicos.
10. Notificar a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica cuando tenga conocimiento de cualquier hecho que pueda conllevar a su Inhabilitación Técnica.

El incumplimiento de cualesquiera de los requisitos anteriores dará lugar a la suspensión de la acreditación otorgada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, sin perjuicio de las sanciones establecidas en el presente Decreto-Ley.

La
contrapresta-
ción del
servicio

Notificación
del cese de
actividades

Artículo 36. La contraprestación por los servicios que los Proveedores de Servicios de Certificación presten, estará sujeta a las reglas de la oferta y la demanda.

Artículo 37. Cuando los Proveedores de Servicios de Certificación decidan cesar en sus actividades, lo notificarán a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, al menos con treinta (30) días de anticipación a la fecha de cesación.

En el caso de Inhabilitación Técnica, el Proveedor de Servicios de Certificación notificará inmediatamente a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica. Recibida cualesquiera de las notificaciones señaladas en este artículo, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica emitirá un acto por el cual se declare públicamente la cesación de actividades del Proveedor de Servicios de Certificación como prestador de ese servicio, sin perjuicio de las investigaciones que pueda realizar a fin de determinar las causas que originaron el cese de las actividades del Proveedor, y las medidas que fueren necesarias adoptar con el objeto de salvaguardar los derechos de los usuarios. En ese acto la Superintendencia podrá ordenar al Proveedor que realice los

trámites que considere necesarios para hacer del conocimiento público la cesación de esas actividades, y para garantizar la conservación de la información que fuere de interés para sus usuarios y el público en general.

En todo caso, el cese de las actividades de un Proveedor de Servicios de Certificación conllevará su retiro del registro llevado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Garantía de la
autoría de la
Firma
Electrónica

Capítulo VII Certificados Electrónicos

Vigencia del
Certificado
Electrónico

Artículo 38. El Certificado Electrónico garantiza la autoría de la Firma Electrónica que certifica así como la integridad del Mensaje de Datos. El Certificado Electrónico no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban.

Cancelación

Artículo 39. El Proveedor de Servicios de Certificación y el Signatario, de mutuo acuerdo, determinarán la vigencia del Certificado Electrónico.

Suspensión
temporal
voluntaria

Artículo 40. La cancelación de un Certificado Electrónico procederá cuando el Signatario así lo solicite a su Proveedor de Servicios de Certificación. Dicha cancelación no exime al Signatario de las obligaciones contraídas durante la vigencia del Certificado, conforme a lo previsto en este Decreto-Ley.

El Signatario estará obligado a solicitar la cancelación del Certificado Electrónico cuando tenga conocimiento del uso indebido de su Firma Electrónica. Si el Signatario en conocimiento de tal situación no solicita dicha cancelación, será responsable por los daños y perjuicios sufridos por terceros de buena fe como consecuencia del uso indebido de la Firma Electrónica certificada mediante el correspondiente Certificado Electrónico.

Suspensión o
revocatoria
forzosa

Artículo 41. El Signatario podrá solicitar la suspensión temporal del Certificado Electrónico, en cuyo caso su Proveedor deberá proceder a suspender el mismo durante el tiempo solicitado por el Signatario.

Artículo 42. En los contratos que celebren los Proveedores de Servicios de Certificación con sus usuarios, se deberán esta-

blecer como causales de suspensión o revocatoria del Certificado Electrónico de la Firma Electrónica, las siguientes:

1. Sea solicitado por una autoridad competente de conformidad con la ley.
2. Se compruebe que alguno de los datos del Certificado Electrónico proporcionado por el Proveedor de Servicios de Certificación es falso.
3. Se compruebe el incumplimiento de una obligación principal derivada del contrato celebrado entre el Proveedor de Servicios de Certificación y el Signatario.
4. Se produzca una Quiebra Técnica del sistema de seguridad del Proveedor de Servicios de Certificación que afecte la integridad y confiabilidad del certificado contentivo de la Firma Electrónica.

Así mismo, se preverá en los referidos contratos que los Proveedores de Servicios de Certificación podrán dejar sin efecto la suspensión temporal del Certificado Electrónico de una Firma Electrónica al verificar que han cesado las causas que originaron dicha suspensión, en cuyo caso el Proveedor de Servicios de Certificación correspondiente estará en la obligación de habilitar de inmediato el Certificado Electrónico de que se trate.

Contenido de
los Certificados
Electrónicos

La vigencia del Certificado Electrónico cesará cuando se produzca la extinción o incapacidad absoluta del Signatario

Artículo 43. Los Certificados Electrónicos deberán contener la siguiente información:

1. Identificación del Proveedor de Servicios de Certificación que proporciona el Certificado Electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica.
2. El código de identificación asignado al Proveedor de Servicios de Certificación por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.
3. Identificación del titular del Certificado Electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica.
4. Las fechas de inicio y vencimiento del periodo de vigencia del Certificado Electrónico.
5. La Firma Electrónica del Signatario.
6. Un serial único de identificación del Certificado Electrónico.
7. Cualquier información relativa a las limitaciones de uso, vigencia y responsabilidad a las que esté sometido el Certificado Electrónico.

Certificados
electrónicos
extranjeros

Artículo 44. Los Certificados Electrónicos emitidos por proveedores de servicios de certificación extranjeros tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocida en el presente Decreto-Ley, siempre que tales certificados sean garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación, debidamente acreditado conforme a lo previsto en el presente Decreto-Ley, que garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, el cumplimiento de los requisitos, seguridad, validez y vigencia del certificado. Los certificados electrónicos extranjeros, no garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación debidamente acreditado conforme a lo previsto en el presente Decreto-Ley, carecerán de los efectos jurídicos ~~que se atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo,~~ podrán constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

A los
Proveedores de
Servicios de
Certificación

Capítulo VIII De las Sanciones

Artículo 45. Los Proveedores de Servicios de Certificación serán sancionados con multa de Quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.) a Dos Mil Unidades Tributarias (2.000 U.T.), cuando incumplan las obligaciones que les impone el artículo 35 del presente Decreto-Ley.

Los Proveedores de Servicios de Certificación serán sancionados con multa de Quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.) a Dos Mil Unidades Tributarias (2.000 U.T.), cuando dejen de cumplir con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 31 del presente Decreto-Ley.

Circunstancias
agravantes y
atenuantes

Las sanciones serán impuestas en su término medio, pero podrán ser aumentadas o disminuidas en atención a las circunstancias agravantes o atenuantes existentes.

Artículo 46. Son circunstancias agravantes:

1. La reincidencia y la reiteración.
2. La gravedad del perjuicio causado al Usuario.
3. La gravedad de la infracción.
4. La resistencia o reticencia del infractor para esclarecer los hechos.

Son circunstancias atenuantes:

- Prescripción de las sanciones**
1. No haber tenido la intención de causar el hecho imputado de tanta gravedad.
 2. Las que se evidencien de las pruebas aportadas por el infractor en su descargo.
- En el proceso se apreciará el grado de la culpa para agravar o atenuar la pena.
- Falta de acreditación**
- Artículo 47.** Las sanciones aplicadas prescriben por el transcurso de tres (3) años, contados a partir de la fecha de notificación al infractor.
- Artículo 48.** Serán sancionadas con multa de dos mil (2000) a cinco mil (5000) Unidades Tributarias (U.T.), las personas que presten los servicios de Proveedores de Servicios de Certificación previstos en este Decreto-Ley, sin la acreditación de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, alegando tenerla.
- Procedimiento ordinario**
- Artículo 49.** Para la imposición de las multas previstas en los artículos anteriores, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica aplicará el procedimiento administrativo ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Capítulo X

Disposiciones finales

- Primera.** El presente Decreto-Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
- Segunda.** Los procedimientos, trámites y recursos contra los actos emanados de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, se regirán por lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
- Tercera.** Sin limitación de otros que se constituyan, el Estado creará un Proveedor de Servicios de Certificación de carácter público, conforme a las normas del presente Decreto-Ley. El Presidente de la República determinará la forma y adscripción de este Proveedor de Servicios de Certificación.

Cuarta. La Administración Tributaria y Aduanera adoptará las medidas necesarias para ejercer sus funciones utilizando los mecanismos descritos en este Decreto-Ley, así como para que los contribuyentes puedan dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias mediante dichos mecanismos.

Dado en Caracas, a los diez días del mes de febrero de dos mil uno. Año 190° de la Independencia y 141° de la Federación.

L.S.

HUGO CHÁVEZ FRÍAS

Refrendado,

La Vicepresidenta Ejecutiva,	Adina Mercedes Bastidas Castillo
El Ministro del Interior y Justicia,	Luis Alfonso Dávila García
El Ministro de Relaciones Exteriores,	José Vicente Rangel
El Ministro de Finanzas,	José Alejandro Rojas
El Ministro de la Defensa,	Ismael Eliécer Hurtado Soucre
La Ministra de la Producción y el Comercio,	Luisa Romero Bermúdez
El Ministro de Educación, Cultura y Deportes,	Héctor Navarro Díaz
El Ministro de Salud y Desarrollo Social,	Gilberto Rodríguez Ochoa
La Ministra del Trabajo,	Blancanieve Portocarrero
El Ministro de Infraestructura,	Alberto Americh Esqueda Torres
El Encargado del Ministerio de Energía y Minas	Bernado Alvarez
El Encargado del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales	Alejandro Hatcher
El Ministro de Planificación y Desarrollo	Jorge Giordani
El Ministro de la Secretaría de la Presidencia	Elías Jaua Milano

LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Decreta la siguiente,

LEY ESPECIAL CONTRA DELITOS INFORMÁTICOS

Título I
Disposiciones Generales

Artículo 1.
Objeto de la ley.

La presente ley tiene por objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos contra tales sistemas o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías, en los términos previstos en esta ley.

Artículo 2
Definiciones.

A los efectos de la presente ley y cumpliendo con lo previsto en el artículo 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se entiende por:

- a. *Tecnología de Información*: rama de la tecnología que se dedica al estudio, aplicación y procesamiento de data, lo cual involucra la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, distribución, intercambio, transmisión o recepción de información en forma automática, así como el desarrollo y uso del “hardware”, “firmware”, “software”, cualesquiera de sus componentes y todos los procedimientos asociados con el procesamiento de data.
- b. *Sistema*: cualquier arreglo organizado de recursos y procedimientos diseñados para el uso de tecnologías de información, unidos y regulados por interacción o interdependencia para cumplir una serie de funciones específicas, así como la combinación de dos o más componentes interrelacionados, organizados en un paquete funcional, de manera que estén en capacidad de realizar una función operacional o satisfacer un requerimiento dentro de unas especificaciones previstas.

- c. *Data*: hechos, conceptos, instrucciones o caracteres representados de una manera apropiada para que sean comunicados, transmitidos o procesados por seres humanos o por medios automáticos y a los cuales se les asigna o se les puede asignar significado.
- d. *Información*: significado que el ser humano le asigna a la data utilizando las convenciones conocidas y generalmente aceptadas.
- e. *Documento*: registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos.
- f. *Computador*: dispositivo o unidad funcional que acepta data, la procesa de acuerdo con un programa guardado y genera resultados, incluidas operaciones aritméticas o lógicas.
- g. *Hardware*: equipos o dispositivos físicos considerados en forma independiente de su capacidad o función, que forman un computador o sus componentes periféricos, de manera que pueden incluir herramientas, implementos, instrumentos, conexiones, ensamblajes, componentes y partes.
- h. *Firmware*: programa o segmento de programa incorporado de manera permanente en algún componente de hardware.
- i. *Software*: información organizada en forma de programas de computación, procedimientos y documentación asociados, concebidos para realizar la operación de un sistema, de manera que pueda proveer de instrucciones a los computadores así como de data expresada en cualquier forma, con el objeto de que éstos realicen funciones específicas.
- j. *Programa*: plan, rutina o secuencia de instrucciones utilizados para realizar un trabajo en particular o resolver un problema dado a través de un computador.
- k. *Procesamiento de data o de información*: realización sistemática de operaciones sobre data o sobre información, tales como manejo, fusión, organización o cómputo.
- l. *Seguridad*: Condición que resulta del establecimiento y mantenimiento de medidas de protección que garanticen un estado de inviolabilidad de influencias o de actos hostiles específicos que puedan propiciar el acceso a la data de personas no autorizadas o que afecten la

- operatividad de las funciones de un sistema de computación.
- m. *Virus*: programa o segmento de programa indeseado que se desarrolla incontroladamente y que genera efectos destructivos o perturbadores en un programa o componente del sistema.
 - n. *Tarjeta inteligente*: rótulo, cédula o carnet que se utiliza como instrumento de identificación, de acceso a un sistema, de pago o de crédito y que contiene data, información o ambas, de uso restringido sobre el usuario autorizado para portarla.
 - o. *Contraseña (password)*: secuencia alfabética, numérica o combinación de ambas, protegida por reglas de confidencialidad utilizada para verificar la autenticidad de la autorización expedida a un usuario para acceder a la data o a la información contenidas en un sistema.
 - p. *Mensaje de datos*: cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, expresados en un lenguaje conocido que puede ser explícito o secreto (encriptado), preparados dentro de un formato adecuado para ser transmitido por un sistema de comunicaciones.

**Artículo 3.
Extraterritorialidad.**

Cuando alguno de los delitos previstos en la presente ley se cometa fuera del territorio de la República, el sujeto activo quedará sujeto a sus disposiciones si dentro del territorio de la República se hubieren producido efectos del hecho punible y el responsable no ha sido juzgado por el mismo hecho o ha evadido el juzgamiento o la condena por tribunales extranjeros.

**Artículo 4.
Sanciones.**

Las sanciones por los delitos previstos en esta ley serán principales y accesorias.

Las sanciones principales concurrirán con las accesorias y ambas podrán también concurrir entre sí, de acuerdo con las circunstancias particulares del delito del cual se trate, en los términos indicados en la presente ley.

**Artículo 5.
Responsabilidad
de las personas
jurídicas.**

Cuando los delitos previstos en esta Ley fuesen cometidos por los gerentes, administradores, directores o dependientes de una persona jurídica, actuando en su nombre o representación, éstos responderán de acuerdo con su participación culpable.

La persona jurídica será sancionada en los términos previstos en esta Ley, en los casos en que el hecho punible haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito

de su actividad, con sus recursos sociales o en su interés exclusivo o preferente.

<p style="text-align: center;">Título II De los delitos</p>
--

Capítulo I
De los Delitos contra los sistemas que utilizan
tecnologías de información

Artículo 6. Acceso indebido. El que sin la debida autorización o excediendo la que hubiere obtenido, acceda, intercepte, interfiera o use un sistema que utilice tecnologías de información, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de diez a cincuenta unidades tributarias.

Artículo 7. Sabotaje o daño a sistemas. El que destruya, dañe, modifique o realice cualquier acto que altere el funcionamiento o inutilice un sistema que utilice tecnologías de información o cualquiera de los componentes que lo conforman, será penado con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias.

Incurrirá en la misma pena quien destruya, dañe, modifique o inutilice la data o la información contenida en cualquier sistema que utilice tecnologías de información o en cualquiera de sus componentes.

La pena será de cinco a diez años de prisión y multa de quinientas a mil unidades tributarias, si los efectos indicados en el presente artículo se realizaren mediante la creación, introducción o transmisión, por cualquier medio, de un virus o programa análogo.

Artículo 8. Sabotaje o daño culposos. Si el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de las normas establecidas, se aplicará la pena correspondiente según el caso, con una reducción entre la mitad y dos tercios.

Artículo 9. Acceso indebido o sabotaje a sistemas protegidos. Las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán entre una tercera parte y la mitad cuando los hechos allí previstos o sus efectos recaigan sobre cualquiera de los componentes de un sistema que utilice tecnologías de información protegido por medidas de seguridad, que esté destinado a funciones públicas o que contenga

información personal o patrimonial de personas naturales o jurídicas.

**Artículo 10.
Posesión de
equipos o
prestación de
servicios de
sabotaje.**

El que, con el propósito de destinarlos a vulnerar o eliminar la seguridad de cualquier sistema que utilice tecnologías de información, importe, fabrique, posea, distribuya, venda o utilice equipos, dispositivos o programas; o el que ofrezca o preste servicios destinados a cumplir los mismos fines, será penado con prisión de tres a seis años y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias.

**Artículo 11.
Espionaje
informático.**

El que indebidamente obtenga, revele o difunda la data o información contenidas en un sistema que utilice tecnologías de información o en cualquiera de sus componentes, será penado con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias.

La pena se aumentará de un tercio a la mitad, si el delito previsto en el presente artículo se cometiere con el fin de obtener algún tipo de beneficio para sí o para otro.

El aumento será de la mitad a dos tercios, si se pusiere en peligro la seguridad del Estado, la confiabilidad de la operación de las instituciones afectadas o resultare algún daño para las personas naturales o jurídicas como consecuencia de la revelación de las informaciones de carácter reservado.

**Artículo 12.
Falsificación de
documentos.**

El que, a través de cualquier medio, cree, modifique o elimine un documento que se encuentre incorporado a un sistema que utilice tecnologías de información; o cree, modifique o elimine datos del mismo; o incorpore a dicho sistema un documento inexistente, será penado con prisión de tres a seis años y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias.

Cuando el agente hubiere actuado con el fin de procurar para sí o para otro algún tipo de beneficio, la pena se aumentará entre un tercio y la mitad.

El aumento será de la mitad a dos tercios si del hecho resultare un perjuicio para otro.

Capítulo II

De los Delitos Contra la Propiedad

**Artículo 13.
Hurto.**

El que a través del uso de tecnologías de información, acceda, intercepte, interfiera, manipule o use de cualquier forma un sistema o medio de comunicación para apoderarse de bienes o valores tangibles o intangibles de carácter patrimonial sustrayéndolos a su tenedor, con el fin de procurarse un provecho económico para sí o para otro, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

**Artículo 14.
Fraude.**

El que, a través del uso indebido de tecnologías de información, valiéndose de cualquier manipulación en sistemas o cualquiera de sus componentes o en la data o información en ellos contenida, consiga insertar instrucciones falsas o fraudulentas que produzcan un resultado que permita obtener un provecho injusto en perjuicio ajeno, será penado con prisión de tres a siete años y multa de trescientas a setecientas unidades tributarias.

**Artículo 15
Obtención
indebida de
bienes o
servicios.**

El que, sin autorización para portarlos, utilice una tarjeta inteligente ajena o instrumento destinado a los mismos fines, o el que utilice indebidamente tecnologías de información para requerir la obtención de cualquier efecto, bien o servicio o para proveer su pago sin erogar o asumir el compromiso de pago de la contraprestación debida, será castigado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

**Artículo 16.
Manejo
fraudulento de
tarjetas
inteligentes o
instrumentos
análogos.**

El que por cualquier medio, cree, capture, grabe, copie, altere, duplique o elimine la data o información contenidas en una tarjeta inteligente o en cualquier instrumento destinado a los mismos fines; o el que, mediante cualquier uso indebido de tecnologías de información, cree, capture, duplique o altere la data o información en un sistema con el objeto de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de éstos, será penado con prisión de cinco a diez años y multa de quinientas a mil unidades tributarias.

En la misma pena incurrirá quien, sin haber tomado parte en los hechos anteriores, adquiera, comercialice, posea, distribuya, venda o realice cualquier tipo de intermediación de tarjetas inteligentes o instrumentos destinados al mismo fin, o de la data o información contenidas en ellos o en un sistema.

**Artículo 17.
Apropiación de
tarjetas
inteligentes o
instrumentos
análogos.**

El que se apropie de una tarjeta inteligente o instrumento destinado a los mismos fines, que se hayan perdido, extraviado o hayan sido entregados por equivocación, con el fin de retenerlos, usarlos, venderlos o transferirlos a persona distinta del usuario autorizado o entidad emisora, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de diez a cincuenta unidades tributarias.

La misma pena se impondrá a quien adquiera o reciba la tarjeta o instrumento a que se refiere el presente artículo.

**Artículo 18.
Provisión
indebida de
bienes o
servicios.**

El que a sabiendas de que una tarjeta inteligente o instrumento destinado a los mismos fines, se encuentra vencido, revocado, se haya indebidamente obtenido, retenido, falsificado, alterado, provea a quien los presente de dinero, efectos, bienes o servicios o cualquier otra cosa de valor económico, será penado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

**Artículo 19.
Posesión de
equipo para
falsificaciones.**

El que sin estar debidamente autorizado para emitir, fabricar o distribuir tarjetas inteligentes o instrumentos análogos, reciba, adquiera, posea, transfiera, comercialice, distribuya, venda, controle o custodie cualquier equipo de fabricación de tarjetas inteligentes o de instrumentos destinados a los mismos fines o cualquier equipo o componente que capture, grabe, copie o transmita la data o información de dichas tarjetas o instrumentos, será penado con prisión de tres a seis años y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias.

Capítulo III

De los delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones

**Artículo 20.
Violación de la
privacidad de la
data o
información de
carácter
personal.**

El que por cualquier medio se apodere, utilice, modifique o elimine, sin el consentimiento de su dueño, la data o información personales de otro o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información, será penado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

La pena se incrementará de un tercio a la mitad si como consecuencia de los hechos anteriores resultare un perjuicio para el titular de la data o información o para un tercero.

**Artículo 21.
Violación de la
privacidad de las
comunicaciones.**

El que mediante el uso de tecnologías de información, acceda, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

**Artículo 22.
Revelación
indebida de data
o información de
carácter
personal.**

El que revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medios indicados en los artículos precedentes, aún cuando el autor no hubiese tomado parte en la comisión de dichos delitos, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

Si la revelación, difusión o cesión se hubieren realizado con un fin de lucro o si resultare algún perjuicio para otro, la pena se aumentará de un tercio a la mitad.

Capítulo IV

De los delitos contra niños, niñas
o adolescentes

**Artículo 23.
Difusión o
exhibición de
material
pornográfico.**

El que por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, exhiba, difunda, transmita o venda material pornográfico o reservado a personas adultas, sin realizar previamente las debidas advertencias para que el usuario restrinja el acceso a niños, niñas y adolescentes será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

**Artículo 24.
Exhibición
pornográfica de
niños o
adolescentes.**

El que por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, utilice a la persona o imagen de un niño, niña o adolescente con fines exhibicionistas o pornográficos, será penado con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias.

Capítulo V

De los delitos contra el orden económico

**Artículo 25.
Apropiación de
propiedad
intelectual.** El que sin autorización de su propietario y con el fin de obtener algún provecho económico, reproduzca, modifique, copie, distribuya o divulgue un software u otra obra del intelecto que haya obtenido mediante el acceso a cualquier sistema que utilice tecnologías de información, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de cien a quinientas unidades tributarias.

**Artículo 26.
Oferta engañosa.** El que ofrezca, comercialice o provea de bienes o servicios mediante el uso de tecnologías de información y haga alegaciones falsas o atribuya características inciertas a cualquier elemento de dicha oferta de modo que pueda resultar algún perjuicio para los consumidores, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de cien a quinientas unidades tributarias, sin perjuicio de la comisión de un delito más grave.

Título III

Disposiciones comunes

La pena correspondiente a los delitos previstos en la presente Ley se incrementará entre un tercio y la mitad:

**Artículo 27.
Agravantes.**

- 1º Si para la realización del hecho se hubiere hecho uso de alguna contraseña ajena indebidamente obtenida, quitada, retenida o que se hubiere perdido.
- 2º Si el hecho hubiere sido cometido mediante el abuso de la posición de acceso a data o información reservada o al conocimiento privilegiado de contraseñas en razón del ejercicio de un cargo o función.

**Artículo 28.
Agravante
especial.** La sanción aplicable a las personas jurídicas por los delitos cometidos en las condiciones señaladas en el artículo 5 de esta Ley, será únicamente de multa, pero por el doble del monto establecido para el referido delito.

**Artículo 29.
Penas
accesorias.** Además de las penas principales previstas en los capítulos anteriores, se impondrán, necesariamente sin perjuicio de las establecidas en el Código Penal, las accesorias siguientes:

- 1º El comiso de equipos, dispositivos, instrumentos, materiales, útiles, herramientas y cualquier otro objeto

- que haya sido utilizado para la comisión de los delitos previstos en los artículos 10 y 19 de la presente ley.
- 2º El trabajo comunitario por el término de hasta tres años en los casos de los delitos previstos en los artículos 6 y 8 de esta Ley.
 - 3º La inhabilitación para el ejercicio de funciones o empleos públicos, para el ejercicio de la profesión, arte o industria, o para laborar en instituciones o empresas del ramo por un período de hasta tres (3) años después de cumplida o conmutada la sanción principal cuando el delito se haya cometido con abuso de la posición de acceso a data o información reservadas o al conocimiento privilegiado de contraseñas en razón del ejercicio de un cargo o función públicos, del ejercicio privado de una profesión u oficio o del desempeño en una institución o empresa privadas, respectivamente.
 - 4º La suspensión del permiso, registro o autorización para operar o para el ejercicio de cargos directivos y de representación de personas jurídicas vinculadas con el uso de tecnologías de información hasta por el período de tres (3) años después de cumplida o conmutada la sanción principal, si para cometer el delito el agente se hubiere valido o hubiere hecho figurar a una persona jurídica.

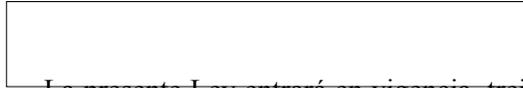
**Artículo 30.
Divulgación de la
sentencia
condenatoria.**

El Tribunal podrá disponer, además, la publicación o difusión de la sentencia condenatoria por el medio que considere más idóneo.

**Artículo 31.
Indemnización
Civil.**

En los casos de condena por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos II y V de esta Ley, el Juez impondrá en la sentencia una indemnización en favor de la víctima por un monto equivalente al daño causado. Para la determinación del monto de la indemnización acordada, el Juez requerirá del auxilio de expertos.

Título IV
Disposiciones Finales



**Artículo 32.
Vigencia.**

La presente Ley entrará en vigencia, treinta días después de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Se deroga cualquier disposición que colida con la presente Ley.

**Artículo 33.
Derogatoria.**

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas a los seis días del mes de septiembre de dos mil uno. Año 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

Presidente Willian Lara
Primer Vicepresidente Leopoldo Puchi
Segundo Vicepresidente Gerardo Saer Pérez
Secretario Eustoquio Contreras
Subsecretario Vladimir Villegas

JURISPRUDENCIA

Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales

Mariliana Rico Carrillo*

A partir de la promulgación de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de febrero de 2001, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha producido diversas sentencias otorgando valor al procedimiento de interposición de amparo a través de medios electrónicos. La primera de estas sentencias fue dictada en fecha 09 de marzo de 2001, donde se admite el uso de Internet como un medio eficaz para presentar la solicitud de amparo constitucional.

Ha dejado sentado el TSJ que Internet constituye una forma efectiva de comunicación electrónica, regulada expresamente en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, cuyo artículo 8 atribuye valor y eficacia jurídica a los mensajes de datos, noción dentro de la cual se incluye el correo electrónico.

Con el objeto de no limitar el derecho a la justicia, el TSJ en una interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a nuestro juicio bastante acertada y adecuada a la realidad tecnológica que vivimos, admite dentro del medio telegráfico previsto en el citado artículo, otros medios de comunicación más avanzados como el correo electrónico y el fax, considerándolos idóneos para efectuar la petición del recurso de amparo constitucional, siempre que se trate de casos de urgencia y se ratifique la solicitud personalmente o mediante apoderado dentro de los tres días siguientes a la fecha de interposición.

A pesar de que en reiteradas sentencias el TSJ ha admitido la posibilidad de interponer el recurso de amparo a través de medios electrónicos, no en todos los casos se ha declarado admitido el recurso, no precisamente por la naturaleza o el desconocimiento del valor legal del medio utilizado, sino por el incumplimiento de la parte actora de su obligación de ratificar, dentro de los tres días siguientes a la interposición vía electrónica, la respectiva solicitud, requisitos exigidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (vid. entre otras, sentencias de la Sala Constitucional de fechas 09-03-2001, 27-11-2001, 30-11-2001 y 29-01-2002) En otras situaciones, el recurso interpuesto a través de Internet ha sido admitido por considerar que se

* Abogado especialista en Derecho Mercantil y Derecho de las Tecnologías de la Información. Profesor agregado de la Universidad Católica del Táchira. Doctoranda en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. mricoc@cantv.net

han cumplido los extremos exigidos en el artículo mencionado (vid. entre otras, sentencias de la Sala Constitucional de fechas 19-07-2001 y 15-05-2002).

A continuación publicamos las sentencias más relevantes en esta materia, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

SALA CONSTITUCIONAL

Exp. N° 002317 - Sentencia N° 523
Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Mediante correo electrónico dirigido en fecha 9 de julio de 2000 a la página Web de internet de este Tribunal Supremo de Justicia, el ciudadano **Oswaldo Álvarez**, titular de la cédula de identidad número 4.454.621, actuando en su propio nombre, ejerció acción de amparo constitucional por la omisión de pronunciamiento respecto a dos expedientes que cursan ante este

Alto Tribunal, siendo el primero de ellos llevado ante la Sala Político Administrativa bajo el número 13.765 y el segundo, llevado ante la Sala Plena bajo el número 843, por la supuesta violación de su derecho de petición.

El 3 de agosto de 2000, se dio cuenta en Sala del presente expediente y se designó ponente al Magistrado Iván Rincón Urdaneta,

quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio *telegráfico* a que hace alusión dicho articulado, está incluido el *Internet* como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del *Internet* como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley N° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta

Único Oficial de la República de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones.

Ahora bien, reza el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales:

“La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá inter-ponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta” (subrayado añadido).

Ahora bien, visto que no consta en autos que la acción de amparo a que se ha hecho referencia y que

fuere interpuesta por vía de internet haya sido ratificada en la forma prevista en la norma *supra* transcrita, ni tempestivamente ni fuera del lapso prescrito al efecto, la precitada solicitud debe declararse inadmisibile, y así se decide.

Decisión

En razón de lo antes expuesto, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara **Inadmisibile** la acción de amparo constitucional interpuesta por el ciudadano **Oswaldo Álvarez** por la

omisión de pronunciamiento respecto a dos expedientes que cursan ante la Sala Político Administrativa y Sala Plena de este Alto Tribunal.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los 09 días del mes de MARZO del año dos mil uno. Años:

190° de la Independencia y 142° de la Federación.

El Presidente-Ponente, Iván Rincón Urdaneta

El Vicepresidente, Jesús Eduardo Cabrera Romero

José Manuel Delgado Ocando Magistrado

Antonio García García Magistrado

Pedro Rondón Haaz Magistrado

El Secretario, José Leonardo Requena

Exp.00-2317
IRU

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: Orlando Gravina Alvarado
Expediente N° AA70-E-2001-0000072 – Sentencia N° 76

Mediante correo electrónico dirigido en fecha 1° de junio de 2001 a la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, los ciudadanos César Romero Madrid y Araceli Redondo Muiño, quienes señalaron actuar con el carácter de Presidente de la Federación de Centros Universitarios de la Universidad de Los Andes, y Consultora Jurídica y

apoderada de la referida Federación, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.355, interpusieron acción de amparo constitucional contra la Comisión Electoral de la Universidad de Los Andes.

En fecha 7 de junio de 2001, se designó ponente al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo.

I

De la acción de Amparo Constitucional

A los fines de fundamentar la presente acción de amparo constitucional, los accionantes alegaron lo siguiente:

Manifestaron que el ciudadano César Romero Madrid fue electo Presidente de la Federación de Centros Universitarios de la Universidad de Los Andes, para el período comprendido entre el mes de abril de 2000 y el mismo mes del año 2002, según consta en Acta número 19 de fecha 11 de abril del año 2000, inserta en los folios 336 al 343 del libro de actas de la actual Comisión Electoral; y en tal virtud la referida Comisión expidió una credencial que lo acredita como tal por un período de dos años, configurándose así *“una situación jurídica definitiva para el titular que lo hace legalmente representante estudiantil durante el período que allí se menciona”*.

Agregaron que con posterioridad a la elección del ciudadano César Romero Madrid, como Presidente de la Federación de Centros de Estudiantes, la Comisión Electoral de la Universidad de Los Andes, convocó por medio de periódicos regionales a un proceso de elecciones estudiantiles.

Al respecto, los accionantes afirmaron que la Comisión Electoral aun teniendo facultad para convocar a elecciones estudiantiles no puede hacerlo fuera del lapso previsto *“... y menos aún cuando el ejercicio de las actuales autoridades de la Federación de Centros Universitarios se encuentra en plena vigencia...”*.

Asimismo, expusieron que la Federación de Centros Universitarios representa a los estudiantes y es autónoma, por lo que le corresponde

“... *decidir sus procesos electorarios...*”, lo cual no impide que “...*haya solicitado el concurso de la Comisión Electoral para materializar las elecciones en la Federación cuando le corresponde realizarlas (cada dos años) y que haya realizado acuerdos con ella, para admitir someterse a las condiciones EN LO REFERENTE A LA MANERA EN QUE HAN DE CONDUCIRSE LOS PROCEDIMIENTOS DE TALES ELECCIONES (...), más NO para que la Comisión Electoral llame ilegalmente a deshora a elecciones del Gobierno Estudiantil. Acentuamos que la FCU tiene autonomía para modificar sus propios estatutos y que por la vía del hecho, así ha ocurrido, en especial a lo que se refiere al tiempo del ejercicio de las autoridades de la Federación de Centros Universitarios.*” (Mayúsculas del original).

Aunado a lo anterior, manifestaron que en el caso de que la Comisión Electoral no reconociera al ciudadano César Romero Madrid como Presidente de la Federación de Centros de Estudiantes, tendría que impugnar la legalidad de la credencial que lo acreditó como tal, por medio de un procedimiento administrativo, garantizándole de esa manera el derecho al debido proceso “... y **NO se puede proceder a su desconocimiento unilateral por parte de la Comisión Electoral, organismo que se los acredita, haciendo un ILEGAL llamado a elecciones.**” (Énfasis del original).

En virtud de lo anterior solicitaron, “... *en nombre y representación de [su] mandante (FCU-ULA), que*

ampare en los derechos que les han sido violados tales como el derecho a la representación, el derecho al ejercicio democrático de la voluntad popular, el derecho a la defensa, el derecho de participar como elegido y elector, el derecho a no ser interrumpido en el ejercicio [del cargo] para el que se ha sido electo sin que medie el referendium (sic.), consagrados entre otros en los Artículos 3, del 49 especialmente el (sic.) ordinales 1 y 3, el 62, especialmente el 72 de la Constitución Nacional...”.

Igualmente le requirieron a esta Sala declare que el actual Presidente de la Federación de Centros Universitarios de la Universidad de Los Andes, continúe en el ejercicio de sus funciones por el período correspondiente, convocándose a nuevas elecciones al finalizar éste; que ordene la paralización del “... *proceso de convocatoria a elecciones de Gobierno Estudiantil ...*”, y que la Comisión Electoral haga “... *las correspondientes publicaciones por la prensa a fin de enterar a los estudiantes y a la sociedad en general que las elecciones del Gobierno Estudiantil son cada dos años y por ende, las próximas elecciones serán en el mes de abril del 2002.*”

Finalmente solicitaron que se le ordene a la Comisión Electoral de la referida Casa de Estudios suspender el proceso electoral, conforme a lo previsto en los artículos 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 5, aparte segundo y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

II

Consideraciones para decidir

En vista de que los accionantes interpusieron la presente acción de amparo a través de correo electrónico dirigido a la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala considera oportuno señalar lo siguiente:

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, reza así:

“La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta” (subrayado añadido).

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de abril de 2001, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia expresó lo siguiente:

“Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la peti-

ción de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley N° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones”.

Conforme a la interpretación del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sostenida por la Sala Constitucional en la decisión parcialmente transcrita, las acciones de amparo presentadas mediante correo electrónico deben ser ratificadas personalmente por la parte actora o por su apoderado, dentro de los 3 días siguientes a su interposición.

Ahora bien, en el presente caso observa este Juzgador que la acción de amparo fue interpuesta el día 1° de junio de 2001 y consta en autos que hasta la presente fecha la misma no ha sido ratificada, por lo que

forzosamente se declara inadmisibile. Así se decide.

Decisión

En razón de lo antes expuesto, esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **INADMISI-BLE** la acción de amparo constitucional interpuesta en fecha 1° de junio de 2001 mediante correo electrónico, por los ciudadanos César Romero Madrid y Araceli Redondo Muiño, quienes señalaron actuar con el carácter de

III

Presidente de la Federación de Centros Universitarios de la Universidad de Los Andes, y Consultora Jurídica y apoderada de la referida Federación, contra la Comisión Electoral de la mencionada Casa de Estudios.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los trece (13) días del mes de junio del año dos mil uno (2001).

Años 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

El Presidente, Alberto Martín Urdaneta

El Vice-Presidente, Luis Martínez Hernández

Orlando Gravina Alvarado Magistrado Suplente
Ponente

El Secretario, Alfredo de Stéfano

Exp. AA70-E-2001-000072
OGA/nc/eg

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado-Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero
EXP. N°: 01-0993 – Sentencia N° 1259

El 17 de mayo de 2001 esta Sala recibió por correo electrónico, el escrito contentivo de la acción de amparo constitucional interpuesta por los abogados HÉCTOR CAR-DOZE RANGEL, JESÚS ESCU-DERO ESTEVES y GUSTAVO MARÍN GARCÍA, inscritos en el Inpreabogado bajo los Nros. 38.672, 65.548 y 70.406, respectivamente, actuando en su carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil PROMOTORA TURÍSTICA CHARAIMA I, C.A. (BINGO CHARAIMA), inscrita en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda, el 27 de diciembre de 1991, bajo el N° 81, Tomo 8-A Pro, contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2000, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta.

Por auto del 17 de mayo de 2001, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente al Magistrado que, con tal carácter, suscribe la presente decisión.

Mediante diligencia del 21 del mismo mes y año, los abogados actores ratificaron la acción de amparo ejercida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y anexaron el correo electrónico enviado, el acuse de recibo de la Sala, el escrito original de la acción y el poder conferido por la sociedad mercantil PROMOTORA TURÍSTICA CHARAIMA I, C.A. (BINGO CHARAIMA).

Realizado el estudio del expediente, se pasa a dictar sentencia, pre-vias las siguientes consideraciones:

I

De la Acción de Amparo

En el escrito contentivo de la acción de amparo, los abogados actores, señalaron lo siguiente:

1. Que, contra la sentencia accionada ejercieron recurso de casación y la Sala de Casación Social en sentencia dictada el 8 de marzo

de 2001, declaró inadmisibile dicho recurso, con base en que “...la acción ha sido interpuesta por la pretensión de seis (6) ex trabajadores de la empresa demandada, es decir, seis (6) personas diferentes, lo cual trae como consecuencia que cada pretensión debe ser

- considerada de forma individual, y al observarse en el libelo de demanda que ninguna de las pretensiones de los actores supera la cantidad mínima exigida para interponer el presente recurso de casación, el mismo será declarado inadmisibles”.*
2. Que, esa decisión de casación impidió que se revisara la declaratoria de confesión ficta que hizo el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, y la condenatoria a su representada a pagar todos los pedimentos contenidos en la demanda incoada en su contra, *“...más otros conceptos no reclamados por los trabajadores demandantes...”*.
 3. Que -solicitan a esta Sala- se compute el lapso para ejercer la acción de amparo constitucional, a partir de la publicación de la sentencia dictada por la Sala de Casación Social, ya que *“...es a partir de ese momento en que efectivamente la violación de los derechos constitucionales, que adelante señalaremos, se consolida en virtud de haber adquirido así la SENTENCIA definitiva firmeza, en vista que la Sala Social aplicó un criterio que impidió entrar a conocer el fondo del caso y, bajo tal circunstancia, quedó ... (su) ... representada sin tutela judicial efectiva”*.
 4. Que su representada *“...no ha consentido ni tácita ni expresamente la violación de sus derechos constitucionales pues ha evitado, a toda costa, acudir ante la jurisdicción constitucional llamando la atención del juez en vista de la existencia de mecanismos procesales que, en caso de ser efectivos, podían garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de ... (su) ... representada...”*.
 5. Que la Sala de Casación Social *“...no entró a conocer el motivo en que se fundamentó la SENTENCIA para tener a ... (su) ... representada por confesión ficta, la cual consiste en que, a juicio del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, la fecha desde la cual debería tenerse por citada ... (su) ... representada era el 12 de febrero de 1998, fecha en la cual, sin admisión válida de la demanda ... (su) ... representada, en ejercicio de los derechos de suspensión y oposición de medidas cautelares que le otorga la ley, actuó en el cuaderno de medidas del expediente, y no a partir del 17 de febrero de 1998, fecha en la cual, después de haberse procedido a la correcta admisión del libelo, procedió ... (su) ... representada a darse por citada en forma expresa”*.
 6. Que *“...el juzgador fundamentó su SENTENCIA en un auto inicial de admisión de la demanda, de fecha 12 de febrero de 1998, con base en el*

*cual se procedió a la apertura de un cuaderno de medidas, destinado a proveer en relación con la pretensión cautelar de embargo preventivo deducida por los demandantes. Dicho auto, ...omissis... carece de la firma del juez **a quo** y, por tanto, desde el punto de vista adjetivo se considera inexistente, en virtud de la inobservancia de lo dispuesto en los artículos 188 y 189, que reglan la forma de los actos procesales, estatuyendo la obligación de signatura por parte del juez y del secretario respectivo”.*

7. Que “...el tribunal **a quo**, a fin de salvaguardar la regularidad procesal, procedió a inutilizar los folios correspondientes, utilizando para ello el método usualmente aplicado en el foro, como lo es la inscripción de ‘errose’y, en fecha 17 de febrero de 1998, procede a realizar el acto omitido, pronunciándose esta vez sobre la admisión de la demanda de forma verdadera, pues en dicho auto sí aparece la firma del juez y las restantes exigencias legales para tal tipo de acto”.
8. Que “(n)o obstante lo señalado, tanto el tribunal **a quo** como el **ad quem**, al momento de sentenciar, aplican erróneamente la norma prevista en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, y dan por tácita o presuntamente citada a la demanda, con base en su actuación en el cuaderno de medidas del expediente, tomando como existente y

válido el auto de admisión de fecha 12 de febrero de 1998 y no el de fecha 17 de febrero de 1998, que es el único que realmente puede tener efectos jurídicos”.

Alegan que el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, violó los derechos a la defensa y al debido proceso consagrados en el artículo 49 de la Constitución, por las siguientes razones:

- a) “...(A)l tener por citada a la demanda en fecha 12 de febrero de 1998 y no el día 17 de febrero de 1998, que fue la oportunidad en la cual una apoderada de la demandada consignó el poder respectivo y, en forma expresa, se dio por citada en nombre de la demandada, el tribunal **ad quem** estimó aplicable la institución de la confesión ficta por cuanto, a su juicio, tanto la contestación como la promoción de pruebas devinieron extemporáneas, sin determinar los días de despacho correspondientes...”.
- b) Al aplicar las normas de citación tácita o presunta “...cuando la demanda ni siquiera ha sido regularmente admitida...”.
- c) Porque las pruebas promovidas por su representada, no fueron “...oidas y analizadas oportunamente...”.

- d) “...*(Q)ue por obra de la misma SENTENCIA se generó en el expediente una violación consecutiva del debido proceso, pues para tener a ... (su)... representada por citada tácitamente con base al ‘primer auto de admisión’ (que reiteramos es un acto procesal inexistente por falta de firma) el sentenciar de alzada necesariamente dio por nulo ‘el segundo acto de admisión de la demanda’ que en realidad es el único, puesto que el primero no fue regularmente formado). Así las cosas, el superior decretó la nulidad de un acto procesal de tanta trascendencia como lo es la admisión de la demanda en única instancia, privando así a la parte hoy accionante en amparo, del ejercicio del recurso ordinario de apelación, no estando ni constitucional ni legalmente autorizado para ello, ya que sólo podía proceder de esa manera si estuviese en un supuesto de nulidad de la sentencia definitiva, caso en el cual puede dictar tanto el fallo rescindente como el fallo rescisorio de la sentencia impugnada”.*

Solicitaron a la Sala, subsidiariamente a la acción de amparo y para el caso de que la misma sea desestimada, que revise la sentencia

accionada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución.

Pidieron, medida cautelar innominada, mediante la cual se ordene la suspensión de los efectos de la sentencia accionada.

Por último, solicitaron que la Sala requiera del Juzgado de Primera Instancia Agrario del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, la remisión inmediata del expediente N° 1946, pues en el mismo “...*constan las decisiones dictadas en ese proceso y especialmente aquella contra la cual se ejerce la acción de amparo...*”.

II

Consideraciones para decidir

En primer lugar, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de su competen-

cia para conocer de la acción de amparo interpuesta y, al respecto, observa que, conforme a los criterios sostenidos en las sentencias del 20 de enero del 2000, (casos *Emery Mata y Domingo Gustavo Ramírez Monja*), a este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, corresponde conocer de la presente acción en virtud de que la misma se ejerce contra una sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, actuando como alzada en un juicio laboral, y así se decide.

Decidido lo anterior, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisibilidad de la presente acción, la cual ha sido ejercida por medio del

correo electrónico. Con tal propósito, se observa que en sentencia dictada el 9 de marzo de 2001, recaída en el caso OSWALDO ÁLVAREZ, esta Sala se refirió a esta vía de interposición del amparo, señalando lo siguiente:

“Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no *sólo* un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley N° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones.

Ahora bien, reza el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales:

‘La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante

apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta’ (subrayado añadido)...”.

En el caso de autos, se observa que la acción de amparo a que se ha hecho referencia fue interpuesta por vía de Internet el 17 de mayo de 2001, y ha sido ratificada el 21 del mismo mes y año, dentro del lapso previsto en la ley, toda vez que lo fue en el primer día laborable al vencimiento del lapso ocurrido el 20 de mayo de 2001, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente de acuerdo al artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual esta Sala estima que los apoderados actores han cumplido con la carga que impone la norma *supra* transcrita, y así se decide.

Pasa ahora a pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción de amparo incoada y al respecto observa:

La presente acción de amparo constitucional se **interpuso el 17 de mayo de 2001** contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta **el 18 de septiembre de 2000**. Ello, por supuesto, revela que para la oportunidad en que se ejerció la acción de amparo, había transcurrido el lapso de seis meses señalado en el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

No obstante lo anterior, observa esta Sala que los apoderados actores le han solicitado que “...considere

301 *que no existe consentimiento tácito*

o expreso contra el acto jurisdiccional denunciado y que no han transcurrido seis (6) meses desde que se inició la perturbación de los derechos constitucionales de ... (su)... representa-da...”, en virtud de que estimaron que a través del recurso de casación ejercido, se “...podía de alguna forma remediar los vicios cometidos...”, pero la inadmisibilidad de dicho recurso declarada por la Sala de Casación Social “...ha dejado sin efecto la posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva, al punto que en ningún momento de la sustanciación del proceso se han permitido oír sus alegatos, violentando el derecho a la defensa y al debido proceso...”.

Por notoriedad judicial, esta Sala conoce la sentencia dictada el 8 de marzo de 2001, en la cual –como señalan los apoderados actores– la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo no entró a analizar sus denuncias contra el fallo que hoy impugnan por vía del amparo, pues declaró inadmisibile el recurso de casación ejercido por la empresa PROMOTORA TURÍSTICA CHARRAIMA I, C.A. (BINGO CHARRAIMA), al estimar que “...la acción ha sido interpuesta por la pretensión de seis (6) ex trabajadores de la empresa demandada, es decir, seis (6) personas diferentes, lo cual trae como consecuencia que cada pretensión debe ser considerada de forma individual; y al observarse en el libelo de demanda que ninguna de las pretensiones de los actores supera la cantidad mínima

exigida para interponer el presente recurso de casación...”.

El artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece:

“Artículo 6.

No se admitirá la acción de amparo.

...omissis...

4) Cuando la acción u omisión, el acto o resolución que viole el derecho o la garantía constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres

Se entenderá que hay consentimiento expreso, cuando hubieren transcurridos los lapsos de prescripción establecidos en leyes especiales o en su defecto seis (6) meses después de la violación o la amenaza al derecho protegido.

El artículo parcialmente transcrito al establecer la inadmisibilidad de la acción de amparo, por el consentimiento expreso o tácito, establece también la excepción, la cual es que se trate de violaciones que **infrinjan el orden público o las buenas costumbres.**

Observa la Sala que, en el presente caso, los apoderados actores han denunciado que la sentencia accionada es violatoria de los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso de su representada, entre otras razones, porque el Juzgado Superior que conoció en alzada, en virtud de la apelación ejercida por su representada, declaró la confesión ficta de la empresa BINGO CHARRAIMA, al computar el lapso que la misma tenía para contestar la de-

manda, desde el 12 de febrero de 1998, fecha en la cual se produjo el auto de admisión de la demanda incoada en su contra, y en la cual un representante judicial de dicha empresa se había opuesto a la medida preventiva solicitada por los demandantes, y no desde el 17 de febrero de 1998, fecha en que el Juez de la primera instancia dictó un nuevo auto de admisión, por haber anulado cada una de las actuaciones posteriores al primer auto dictado (a través del llamado “ERROSE”). Que, en consecuencia, el sentenciador de la recurrida consideró extemporánea la contestación a la demanda que presentó su representada el 27 de febrero de 1998, así como el escrito de promoción de pruebas.

En el fallo accionado, se puede leer -entre otras consideraciones- lo siguiente:

“Por auto del 12 de febrero de 1998 que, corre al folio 29, se admitió la demanda, emplazándose a la demandada, en la persona de la doctora Dorys Méndez Contreras, o en cualquiera de los Directores Generales de dicha empresa; para el tercer día de despacho siguiente a su citación a dar contestación a la demanda; y así mismo, en cuanto a la medida solicitada por la actora, se reserva proveer por auto aparte y en cuaderno separado. Auto éste que inexplicable e injustificadamente, tiene escrito un ‘ERROSE’, en todo el texto del mismo; produciéndose otro de idéntico texto, pero con fecha 17 de febrero de 1998, que corre al folio 30.

Llama la atención del tribunal que después de dictado el auto comentado del 12 de febrero de 1998, se abriera el cuaderno de medidas en

atención al mismo, y en igual fecha, y se pro-dujeran varias actuaciones en dicho cuaderno, entre ellas, la diligencia de la apoderada actora ofreciendo la fianza ordenada por el tribunal, la constitución de la fianza ofrecida, el decreto de embargo con fundamento en la fianza constituida, se librara el despacho correspondiente, así como el oficio respectivo, para la práctica de la medida acordada; y en especial, la diligencia del ciudadano ANGEL MANUEL LOPEZ QUIROGA, ...omissis..., en su carácter de Director de Juegos de la sociedad mercantil PROMOTORA TURÍSTICA CHARAIMA I, C.A., demandada en este juicio, oponiéndose en nombre de la demandada, a la solicitud del decreto de medida de embargo preventivo sobre bienes de su representada, resultaran todas las actuaciones del tribunal que son de la misma fecha, 12 de febrero de 1998, al igual que todas las demás actuaciones señaladas, con la inscripción ‘ERROSE’ en todo su texto...”. “...pese a que las actuaciones del tribunal relativas al cuaderno de medidas de este proceso, de fecha 12 de febrero de 1998, fue-ron tenidas por ‘erradas’ por el Juzga-do de la causa; y habida cuenta que la finalidad de la citación, de poner en conocimiento a la demandada que en su contra se había intentado una demandada (sic), se cumplió con la actuación del Director de Juegos de la demandada, de fecha 12 de febrero de 1998 que, corre a los folios 43, 44 y 45 del cuaderno de medidas; que se ve reforzada con su otra actuación del día siguiente, 13 de febrero de 1998, cursante a los folios 46 y 47; y **dado** así mismo, **el carácter finalista de los actos procesales y del proceso venezolano en general, consagrado en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, tiene por cita-da a la empresa**

demandada, a par-tir del día 12 de febrero de 1998; y así se decide; porque lo contrario sería admitir un fraude procesal que, vulneraría el derecho al debi-do proceso, el equilibrio o igualdad en que los jueces deben mantener a las partes, y en consecuencia, el orden público constitucional que, los administradores de justicia, estamos obligados a preservar en aras de sustentar el estado de derecho y la democracia...”. (Resaltado de la Sala)

Tomando en consideración el texto parcialmente transcrito del fallo accionado, en el cual el juzgador manifestó que decidió como lo hizo, para evitar un fraude procesal, esta Sala estima que de ser ciertas las denuncias que fundamentan el presente amparo, las mismas podrían constituir una infracción al orden público, pues se permitiría interpretar que la nulidad del auto de admisión no tocó la de la orden de comparecencia que le era intrínseca, llevando tal interpretación -contraria a los principios sobre las nulidades procesales- a eliminarle al demandado su derecho a la defensa, cuyo tutor es el juez, conforme al artículo 15 del Código de Procedimiento Civil.

Ante tal posibilidad, la Sala puede admitir el amparo, con el propósito de analizar si las infracciones existen y contrarían al orden público.

Desde esta óptica, al no estar la pretensión subsumida en las causales del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías

Constitucionales, se admite el presente amparo, y así se decide.

Constatado lo anterior, y visto que la parte accionante ha cumplido también con las exigencias del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y ha acompañado su escrito con la copia certificada del fallo objeto del amparo, esta Sala procede a admitir la presente acción de amparo y, en consecuencia, a ordenar la notificación del titular o de quien se encuentre encargado si es el caso, del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, a los fines de que esta Sala Constitucional, una vez que conste en autos dicha notificación, proceda a fijar la oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral, con el señalamiento de que la falta de comparecencia a dicho acto, no significará aceptación de los hechos, y este órgano jurisdiccional, examinará la decisión impugnada. Así se decide.

Asimismo, se ordena al prenombrado Juzgado Superior notificar a los ciudadanos CARLOS MIGUEL CASTAÑEDA, LUIS RAFAEL QUIJADA MATA, YOEL JESÚS MARCANO, ISMAEL ANTONIO ALFONSO, MILAGROS DEL VALLE MARCANO DE TINEO y MARÍA ROSELI ARGUINZONES, en su domicilio procesal, de la oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral, y así se decide.

A los fines del pronunciamiento sobre el fondo del presente amparo,

esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil y en un todo acorde con lo sostenido por esta Sala en sentencia del 30 de junio de 2000, recaída en el caso Rafael Marante, ordena oficiar al Juzgado de Primera Instancia Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, para que en el lapso de quince (15) días hábiles, a partir del recibo del oficio que al efecto se libre, remita a esta Sala el expediente contentivo del juicio laboral que da origen al presente amparo, y que según señalan los accionantes tiene el N° 1946.

III

Medida Cautelar Innominada

Respecto a la solicitud de medidas cautelares dentro de juicios de amparo constitucional, tal como lo estableció esta Sala en sentencia del 24 de marzo de 2000 (caso *Corporación L'Hotels C.A.*), el peticionante

denó a la accionante a cancelar las sumas demandadas por concepto de prestaciones sociales.

Por ello, con carácter temporal y hasta tanto se dicte la sentencia que resuelva el fondo de la controversia planteada, se ordena al Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, suspender la ejecución del fallo que es objeto de la presente acción de amparo, y así se declara.

Decisión

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,

no está obligado a probar la existencia de **fumus boni iuris** ni de **periculum in mora**, sino que dada la celeridad y brevedad que caracterizan al proceso de amparo constitucional, depende únicamente del sano criterio del juez acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen.

En el presente caso, esta Sala observa que los hechos descritos por los apoderados de la empresa accionante y el dispositivo de la sentencia accionada, hacen presumir la existencia de una situación que amerite la utilización de sus amplios poderes cautelares, habida cuenta del peligro que supone -de ser procedente el amparo aquí solicitado- la ejecución del fallo accionado, en el cual se con-

administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley:

1. **ADMITE** la acción de amparo constitucional incoada por los abogados HÉCTOR CARDOZ RANGEL, JESÚS ESCUDERO ESTEVES y GUSTAVO MARÍN GARCÍA, actuando en su carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil PROMOTORA TURÍSTICA CHARAIMA I, C.A. (BINGO CHARAIMA), contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2000, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta.

2. **ORDENA** la notificación del titular o de quien se encuentre encargado si es el caso, del Juzgado Superior mencionado, a fin de que esta Sala Constitucional, una vez que conste en autos dicha notificación, fije dentro de las noventa y seis (96) horas siguientes a ella, la oportunidad en que se llevará a cabo la audiencia oral. Remítase copia de la presente decisión y del escrito contentivo de la acción, adjunto con la notificación ordenada.

3. **ORDENA** al Juzgado Superior antes indicado notificar a los ciudadanos CARLOS MIGUEL CASTAÑEDA, LUIS RAFAEL QUIJADA MATA, YOEL JESÚS MARCANO, ISMAEL ANTONIO ALFONSO, MILAGROS DEL VALLE MARCANO DE TINEO y MARÍA ROSELI ARGUINZONES, en su domicilio procesal, de la

ta a esta Sala el expediente contentivo del juicio laboral que da origen al presente amparo, y que según señalan los accionantes tiene el N° 1946.

Publíquese y regístrese. Emítase las boletas. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada, en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 19 días del mes de JULIO de dos mil uno. Años: 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

El Encargado de la Presidencia, Jesús Eduardo Cabrera Romero
Ponente

El Encargado de la Vicepresidencia, José Manuel Delgado Ocando

Los Magistrados,

oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral.

4. **ORDENA** la notificación del ciudadano Fiscal General de la República sobre la apertura del presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

5. **ACUERDA** la medida cautelar solicitada hasta que se dicte la sentencia de mérito, y en consecuencia, **ORDENA** al mencionado Juzgado Superior, suspender la ejecución de la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2000.

6. **ORDENA** oficiar al Juzgado de Primera Instancia Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, para que en el lapso de quince (15) días hábiles, a partir del recibo del oficio que al efecto se libre, remita

Antonio García García Pedro Rafael Rondón Haaz

Pedro Bracho Grand Suplente

El Secretario, José Leonardo Requena Cabello

EXP. Nº: 01-0993 a.c.
J.E.C. R./

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: Antonio J.
García García
Exp. Nº: 01-1857 – Sentencia Nº
106

El 15 de agosto de 2001, la abogada Evehelisse Harting Collins, actuando con el carácter de defensora pública penal del ciudadano CIRILO JAVIER MENDÉZ, interpuso acción de amparo constitucional vía fax, contra la decisión dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico el 2 de

de amparo vía fax, el 15 de agosto de 2001, a favor del ciudadano Cirilo Javier Méndez, y que además, -indicó- mediante escrito enviado también vía fax, el

21 de agosto de 2001, había explicado los motivos por los cuales le “fue imposible” ratificar dicho amparo.

Realizada la lectura individual del expediente, esta Sala pasa a pronunciarse sobre la acción de amparo constitucional interpuesta:

I Único

Para decidir, esta Sala estima oportuno referirse a la sentencia

agosto de 2001, la cual declaró inadmisibles las pruebas promovidas en el escrito contentivo del recurso de apelación, contra la sentencia condenatoria dictada el 11 de junio de 2001, por el Juzgado de Juicio Nº 2 del mismo Circuito Judicial Penal, extensión Valle de la Pascua.

El 16 de agosto de 2001, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Antonio José García García, quien, con tal carácter, suscribe la presente decisión.

El 21 de agosto de 2001, la defensora pública penal ratificó vía fax la acción de amparo constitucional, interpuesta también vía fax, el 15 de agosto de 2001.

El 22 de agosto de 2001, la defensora pública penal presentó escrito por ante esta Sala Constitucional, alegando que había interpuesto acción

número 523, dictada el 9 de marzo de 2001 (Caso: *Oswaldo Álvarez*), en la cual, se estableció lo siguiente:

“Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a

su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley N° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones.”

Al efecto, el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece:

“La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta.” (Subrayado del presente fallo)

ción no se hizo en la forma prevista en la norma *supra* transcrita.

Por tal razón, considera esta Sala que en vista de que transcurrió el referido lapso sin que el accionante ratificara la acción de amparo, y aun cuando la ratificó fuera de lapso, la efectuó vía fax, estima, que debe declararse inadmisibles las solicitudes de amparo constitucional interpuestas por esta vía. Así se decide.

Así pues, por interpretación del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, igualmente se admite que, dentro del medio telegráfico a que hace referencia dicha disposición legal, está incluido el fax como medio posible para ejercer la acción de amparo constitucional, limitándolo a casos de urgencia y a su ratificación personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción.

Así las cosas, esta Sala constata de las actas que conforman el presente expediente, que la acción de amparo fue recibida vía fax por la Secretaría de esta Sala Constitucional, el 15 de agosto de 2001; igualmente, se evidencia que el accionante no dio cumplimiento a la referida disposición legal; es decir, no ratificó la acción de amparo dentro del lapso establecido para ello.

Por otra parte, la Sala debe destacar que la ratificación de la acción de amparo -como se indicó con anterioridad- debe hacerse personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes; por tanto, la ratificación efectuada por el accionante el 21 de agosto de 2001, además de ser extemporánea, la realizó vía fax; es decir, que dicha ratifica-

II

Decisión

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,

AJGG/jcea
Exp. N°: 01-1857

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente Antonio J.
García García
Exp. N° 02-0279 – Sentencia N° 922

Mediante correo electrónico dirigido al buzón de internet de la Secretaría de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 31 de enero de 2002, el abogado Tello Andrés Vásquez Martínez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 41.969, actuando con el carácter de apoderado judicial de **INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A.**, inscrita ante el Registro Mercantil del Estado Monagas, el 6 de mayo de 1994, bajo el N° 174, folio vto. 1 al 7, Tomo habilitado, ejerció acción de amparo constitucional, con fundamento en los artículos 26 y 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 4 y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías

establecido en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Realizado el estudio del expediente, esta Sala pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

I Antecedentes

Constitucionales, contra el auto del 9 de enero de 2002, dictado por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, que ordenó, al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, dejar sin efecto los oficios números 1.620, 1.616 y 1.615, emitidos por dicho Juzgado, con ocasión del juicio por cobro de bolívares incoado por la referida compañía, contra **INVERSIONES J.R., C.A.** y los ciudadanos **CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS** y **JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA**.

En esa misma ocasión se dio cuenta en esta Sala y se designó ponente al Magistrado Antonio J. García García, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 4 de febrero de 2002, el apoderado judicial de la accionante, presentó escrito mediante el cual formalizó la acción de amparo interpuesta el 31 de enero de 2002, conforme lo

Con motivo del juicio por cobro de bolívares, por vía de intimación, interpuesto por el abogado Tello Andrés Vásquez Martínez, actuando con el carácter de apoderado judicial de **INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO, C.A.**, contra

INVERSIONES J.R., C.A. y los ciudadanos CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA, el 28 de septiembre de 2000, el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, decretó medida de prohibición de enajenar y gravar, y medida de embargo, sobre bienes propiedad de los demandados. A tal efecto, dicho Tribunal libró el 28 de septiembre de 2000, los oficios números 1.615 y 1.616 dirigidos al Registrador Subalterno del Primer Circuito de Registro Público del Municipio Maturín del Estado Monagas, y el oficio N° 1.620 dirigido al Registrador Mercantil Primero del Estado Anzoátegui.

El 3 de noviembre de 2000, la parte demandada ejerció formal oposición, contra las medidas provisionales decretadas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, el 28 de septiembre de 2000.

El 9 de enero de 2001, el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas declaró con lugar la oposición formulada por los demandados, contra las medidas provisionales decretadas en el referido juicio, por lo que, en consecuencia, ordenó el levantamiento inmediato de las mismas.

El 16 de enero de 2001, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas admitió la acción de amparo constitucional interpuesta por el

abogado Eleuterio Rafael Vásquez Brito, inscrito en el Inpre-abogado bajo el número 3.492, actuando con el carácter de apoderado judicial de INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO, C.A., contra la decisión dictada el 9 de enero de 2001, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial. En esa misma oportunidad, el referido Juzgado Superior, por auto separado, decretó medida cautelar innominada de suspensión de los efectos de la decisión objeto de la solicitud de amparo constitucional y, en consecuencia, acordó mantener la medida de prohibición de enajenar y gravar, y la medida de embargo sobre bienes propiedad de los demandados. A tal efecto, se libraron los oficios números 17 y 18 del 16 de enero de 2001, dirigidos al Registrador Subalterno del Primer Circuito de Registro Público del Municipio Maturín del Estado Monagas, y el oficio N° 19 del 16 de enero de 2001, dirigido al Registrador Mercantil Primero del Estado Anzoátegui.

Asimismo, el 23 de enero de 2001, el apoderado judicial de la demandante apeló de la decisión dictada el 9 de enero de 2001, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, apelación a la que se adhirió la parte demandada, motivo por el cual se remitieron los autos al Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la misma Circunscripción Judicial.

El 29 de enero de 2001, tuvo lugar la audiencia constitucional, oportu-

nidad en la que el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas dictó el texto íntegro del fallo, mediante el cual declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta y, en consecuencia, acordó mantener la medida cautelar innominada decretada en el auto dictado el 16 de enero de 2001.

En virtud del recurso de apelación ejercido contra el fallo anterior, por la apoderada judicial de la ciudadana CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y de INVERSIONES J.R., C.A., el 2 de febrero de 2001, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas oyó la apelación en un solo efecto y acordó remitir el expediente del caso a esta Sala Constitucional.

El 4 de junio de 2001, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas declaró con lugar la apelación ejercida por el apoderado judicial de INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., contra la decisión del 9 de enero de 2001, dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, y sin lugar la adhesión a la apelación realizada por los apoderados judiciales de INVERSIONES J.R., C.A. y los ciudadanos CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA. En consecuencia, revocó la decisión

apelada, por lo que ratificó y declaró vigente las medidas preventivas decretadas por el Tribunal de la causa el 28 de septiembre de 2000, con ocasión del juicio por cobro de bolívares seguido por las partes.

El 16 de noviembre de 2001, esta Sala Constitucional declaró con lugar la apelación ejercida por la apoderada judicial de la ciudadana CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y de INVERSIONES J.R., contra el fallo dictado el 29 de enero de 2001, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, revocando, en consecuencia, dicho fallo. Asimismo, declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional interpuesta por INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., contra la sentencia dictada el 9 de enero de 2001, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, teniendo como fundamento para ello, lo siguiente:

“...considera esta Sala que las razones formuladas por el accionante, al momento de interponer el amparo constitucional, así como las esgrimidas por el a quo en la decisión apelada, no resultan suficientes para justificar el por qué se desestimó la vía procesal ordinaria, y se estimó como idónea la del amparo constitucional, cuando inclusive se evidenció que después de la interposición de este último, se ejerció el recurso de apelación.

En definitiva, concluye esta Sala que no existía, en el caso de autos, una denuncia de tal gravedad que

permitiera llegar a la conclusión de que el amparo era el medio idóneo y eficaz para lograr una efectiva tutela judicial, en lugar del tránsito por la vía ordinaria de apelación, lo que determina la inadmisibilidad de la presente acción de amparo constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara”.

En virtud de la anterior sentencia, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, mediante auto del 18 de diciembre de 2001, revocó la medida cautelar innominada decretada en decisión del 29 de enero de 2001, consistente en *“mantener las cautelares que habían sido levantadas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, de fecha 09 de enero de 2001...”*, por lo que dejó sin efecto los oficios números 17 y 18 del 16 de enero de 2001, dirigidos al Registrador Subalterno del Primer Circuito de Registro Público del Municipio Maturín del Estado

Monagas, y el oficio número 19 del 16 de enero de 2001, dirigido al Registrador Mercantil Primero del Estado Anzoátegui. A tal efecto, dicho Juzgado Superior libró oficios números 333 y 334 del 18 de diciembre de 2001, dirigidos a los mencionados Registradores.

El 9 de enero de 2002, en virtud de la solicitud formulada por los demandados, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas acordó librar oficio al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de esa Circunscripción Judicial, a los fines de que éste ordenase a los Registradores Subalterno del Primer Circuito de Registro Público del Municipio Maturín del Estado Monagas y Mercantil Primero del Estado Anzoátegui, dejaran sin efecto los oficios números 1.615, 1.216 y 1.620 del 28 de septiembre de 2001, mediante los cuales el Tribunal de la causa informó de la medida de prohibición de enajenar y gravar, y medida de embargo, decretada sobre bienes propiedad de INVERSIONES J.R., C.A. y los ciudadanos CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA, el

28 de septiembre de 2000, en el juicio por cobro de bolívares interpuesto por INVERSIONES y TRANS-PORTE CRISTANCHO, C.A.

II

Fundamentos de la Acción de Amparo

El apoderado judicial de la accionante fundamentó su solicitud de amparo en los alegatos que, a continuación, esta Sala resume:

Señaló que el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas actuó fuera de su competencia y en violación del derecho al debido

proceso y a la defensa, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando ordenó *“mediante auto expreso del 9 de enero de 2002 y con oficio N° 9 de la misma fecha, que el Juzgado de la causa Tribunal Segundo de Primera Instancia Civil y Mercantil del Estado Monagas, deje sin efectos (sic) los mencionados oficios Nos. 1620, 1616 y 1615”*.

Consideró que con dicha actuación, habían quedado evidenciadas las violaciones constitucionales denunciadas, dado que el propio Juzgado Superior agravante dictó decisión el 4 de junio de 2001, mediante la cual resolvió la apelación ejercida por su representada, contra la decisión del 9 de enero de 2001, dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, revocando la misma, razón por la que afirmó que el Juzgado Superior agravante ya no tenía competencia para decidir sobre la suspensión de las medidas preventivas que él mismo, con su decisión del 4 de junio de 2001, ordenó quedarán vigentes en virtud de la revocatoria señalada.

Igualmente, refirió que los demandados en el juicio por cobro de bolívares, INVERSIONES J.R., C.A. y los ciudadanos CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA, ejercieron recurso de casación ante la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, el cual cursa en el expediente número AA20-

C-2001-000582 (nomenclatura de dicha Sala) y se encuentra pendiente de decisión.

Con fundamento en lo antes expresado, solicitó a esta Sala Constitucional el restablecimiento de la situación jurídica infringida y, *“ante el riesgo o posibilidad de que los demandados se puedan insolventar, causándole a su vez, un daño material e irreparable a mi representada”*, se decretara medida cautelar innominada consistente en la suspensión de los efectos del oficio N° 9 del 9 de enero de 2002, emanado del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, y dirigido al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de esa Circunscripción Judicial.

En tal sentido, solicitó que, como consecuencia de la medida cautelar que se dicte, se notifique al referido Juzgado de Primera Instancia sobre la suspensión decretada, a fin de que mantenga vigente los oficios números 1.620, 1.616 y 1.615 del 28 de septiembre de 2000, o que en su defecto, si ya dicho Tribunal libró alguna providencia en cumplimiento del oficio N° 9 del 9 de enero de 2002, se le ordenara mantener vigente la medida de prohibición de enajenar y gravar, y la medida de embargo, decretadas sobre bienes propiedad de INVERSIONES J.R., C.A. y los ciudadanos CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA, en

decisión del 28 de septiembre de 2000.

De la decisión accionada

La sentencia objeto de la presente acción de amparo constitucional, dictada el 9 de enero de 2002, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, declaró procedente la solicitud formulada por el abogado José Gregorio Rojas, parte codemandada en el juicio por cobro de bolívares incoado por

los oficios números 1.615, 1.216 y 1.620 del 28 de septiembre de 2001.

III

INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., acordando, en consecuencia, librar oficio al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, a los fines de que éste ordenase a los Registradores Subalterno del Primer Circuito de Registro Público del Municipio Maturín del Estado Monagas y Mercantil Primero del Estado Anzoátegui, dejaran sin efecto

Consideraciones para decidir

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la solicitud de amparo constitucional presentada, para lo cual previamente debe establecer su competencia para conocer de la misma. Al respecto, se observa:

En sentencias del 20 de enero de 2000 (casos *Emery Mata Millán y Domingo Gustavo Ramírez*), esta Sala estableció que le corresponde conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, 7^a Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales.

Visto que en el caso de autos la acción fue ejercida contra una deci-

IV

sión emanada del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, esta Sala Constitucional, coherente con el criterio establecido en los fallos antes mencionados, se declara competente para conocer del presente amparo constitucional, y así se decide.

Precisado lo anterior, esta Sala pasa a determinar lo referente a la admisión de la acción de amparo constitucional interpuesta y, al respecto, observa que la misma efectivamente cumple con los requisitos formales exigidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y se encuentra acompañada de copia certificada de la sentencia contra la cual se interpuso dicha acción; además, no se desprende de los autos que esté incurso en alguno

de los supuestos de inadmisibilidad establecidos en el artículo 6 *eiusdem*, por lo que la acción ejercida debe ser

admitida en cuanto ha lugar en derecho, y así se declara.

V

De la solicitud de medida cautelar innominada del Estado

El apoderado judicial de INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A. planteó su solicitud de medida cautelar innominada, hasta tanto se decida la acción de amparo interpuesta, en los siguientes términos:

“...ante la necesidad de que se restablezca la situación jurídica infringida y ante el riesgo o posibilidad de que los demandados se puedan insolventar, causándole a su vez, un daño material e irreparable a mi representada; acuerde bajo la figura legal de medida Cautelar Innominada lo siguiente: 1º) Suspender los efectos legales del oficio N° 9 de fecha 9 de Enero de 2.002, emanado del Juzgado Superior en lo Civil y Mercantil del Estado Mona-gas, hacia el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mer-cantil del Estado Monagas. 2º) Como consecuencia de lo antes mencio-nado oficiar al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Monagas, notificándole de la medida cautelar innominada, que se acuerde, para que dicho tribunal, mantenga vigente los oficios Nos 1620 de fecha 28 de Septiembre de 2.000, 1616 de fecha 28 de Septiembre de 2.000 y 1615 de fecha 28 de Septiembre de 2.000. O que en su defecto, si este tribunal libro (sic) alguna providencia como consecuencia de (sic) oficio N° 9 emanado del Tribunal Superior en

Moná-gas; ordene al Tribunal de la causa Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Monagas, mantener vigente las medidas preventivas decretadas mediante auto el auto (sic) de admisión de la demanda de fecha 28 de Septiembre de 2.000...”

En tal sentido, observa esta Sala, que por decisión del 24 de marzo de 2000 (caso *Corporación L' Hotels, C.A.*), quedó sentada la tesis que postula la posibilidad de otorgar medidas cautelares integradas a un proceso de amparo, no obstante, “*lo breve y célere*” del procedimiento. Asimismo, se estableció que el juez dentro de este tipo de procesos, y dadas las circunstancias particulares del caso, podía prescindir de la exigencia al presunto agraviado de elementos probatorios suficientes para acordar la protección inmediata, pero en tal caso, el juez examinaría los supuestos de hecho aportados y realizaría la ponderación correspondiente a fin de declarar la procedencia de la medida. En este sentido, la referida sentencia dispuso textualmente, lo siguiente:

“...el juez de amparo utilizando su saber y ponderando con lo que existe en autos la realidad de la lesión y la magnitud del daño, la admite o la niega sin más.

Lo importante de la medida que se solicita con el amparo, es la pro-

tección constitucional que se pretenda y, al igual que en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la protección constitucional se concreta suspendiendo efectos lesivos o amenazantes, y es éste el tipo básico de medidas que puede pedir el accionante, y cuyo decreto queda a criterio del juez de amparo si lo estima o considera procedente para la protección constitucional sobre la cual gravita la inmediatez del daño. Es más, no permitiendo la estructura del proceso de amparo una específica oposición a la medida que se pide con la solicitud de amparo, el juez debe analizar muy bien los efectos que puede causar la medida que decreta, teniendo en cuenta la actuación de los afectados y el carácter reversible de lo que decreta, en el sentido de que si el accionante no tuviese razón, la medida no perjudica al accionado. Esto sin perjuicio de la responsabilidad proveniente del error judicial...”.

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, esta Sala Constitucional considera que la naturaleza de los derechos y garantías constitucionales que se denuncian infringidos, constituyen elementos suficientes para que proceda en este caso la solicitud de medida cautelar innominada.

Por tal motivo, la Sala, haciendo uso de la facultad a que se refiere en el fallo antes mencionado, estima esta Sala procedente acordar, con carácter temporal, la medida cautelar innominada solicitada, por lo que se ordena que, mientras se resuelva el fondo de la controversia planteada, no podrá ser ejecutada la decisión

dictada el 9 de enero de 2002, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas y, en consecuencia, se suspenden los efectos del oficio N° 9 del 9 de enero de 2002, emitido por ese Juzgado Superior, dirigido al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, con ocasión de la sentencia dictada por esta Sala Constitucional, el 16 de noviembre de 2001, en la acción de amparo constitucional interpuesta por INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., contra la sentencia del 9 de enero de 2001, dictada por el referido Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas.

Asimismo, se ordena al Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas librar oficio al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, a fin de que mantenga en vigor tanto las medidas preventivas decretadas por ese Juzgado, mediante decisión del 28 de septiembre de 2000, en el juicio por cobro de bolívares interpuesto por INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., contra INVERSIONES J.R., C.A. y los ciudadanos CLARA LEONOR ALMEIDA DE ROJAS y JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA, como los oficios números 1.615 y 1.616 dirigidos al Registrador Subalterno del Primer Circuito de Registro Público del Municipio

Maturín del Estado Monagas, y el oficio N° 1.620 dirigido al Registrador Mercantil de Primero del Estado Anzoátegui.

VI

Decisión

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO. Se **ADMITE** la acción de amparo constitucional incoada por el abogado Tello Andrés Vásquez Martínez, actuando con el carácter de apoderado judicial de INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., antes identificada.

SEGUNDO. Se **ORDENA** la notificación del ciudadano Juez Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, a fin de que esta Sala Constitucional, una vez que conste en autos dicha notificación, fije dentro de las noventa y seis (96) horas siguientes a ella, la oportunidad en que se llevará a cabo la audiencia oral. La ausencia en el acto del Juez, no se presumirá como aceptación de las presuntas lesiones denunciadas.

TERCERO. Se **ORDENA** la notificación del ciudadano Fiscal General de la República sobre la apertura del presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

CUARTO. Se **ACUERDA** la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, mientras se resuelva el fondo de la controversia planteada,

se **ORDENA** suspender la ejecución de la decisión dictada el 9 de enero de 2002, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, así como los efectos del oficio N° 9 del 9 de enero de 2002, emitido por ese Juzgado Superior, dirigido al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, con ocasión de la sentencia dictada por esta Sala Constitucional, el 16 de noviembre de 2001, en la acción de amparo constitucional interpuesta por INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., contra la sentencia del 9 de enero de 2001, dictada por el referido Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas.

Asimismo, se **ORDENA** al Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas librar oficio al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, a fin de que mantenga en vigor tanto las medidas preventivas decretadas por ese Juzgado, mediante decisión del 28 de septiembre de 2000, en el juicio por cobro de bolívares interpuesto por INVERSIONES y TRANSPORTE CRISTANCHO C.A., contra INVERSIONES J.R., C.A. y los ciudadanos CLARA LEONOR

ALMEIDA DE ROJAS y JOSÉ GREGORIO ROJAS ALMEIDA, como los efectos de los oficios números 1.615 y 1.616 dirigidos al Registrador Subalterno del Primer Circuito de Registro Público del Municipio Maturín del Estado Monagas, y el oficio N° 1.620 dirigido al Registrador Mercantil Primero del Estado Anzoátegui.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Adjúntense a las notifica-

ciones copias certificadas, tanto de la presente decisión, como del escrito contentivo de la acción incoada. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 15 días del mes de MAYO del año dos mil dos. Años: 192° de la Independencia y 143° de la Federación.

El Presidente, Iván Rincón Urdaneta

El Vicepresidente, Jesús Eduardo Cabrera Romero

Los Magistrados,

José M. Delgado Ocando Antonio J. García García
Ponente

Pedro Rafael Rondón Haaz

El Secretario, José Leonardo Requena Cabello

Exp. 02-0279.
AGG/alm.-

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

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado-Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz
EXP N° 00-2723 – Sentencia N° 1336

Visto que consta en autos que, el 28 de septiembre de 2000, el ciudadano **GERARDO ORTIZ REY**, colombiano, mayor de edad, casado, domiciliado en San Cristóbal Estado Táchira, titular de la cédula de identidad n° E-81.112.860, representado por el abogado Leoncio Cuenca Espinoza, inscrito en el Inprezabogado bajo el n° 24.472, interpuso, ante esta Sala, amparo constitucional contra la sentencia dictada en materia de amparo constitucional por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira el 8 de septiembre de 2000, a cuyo efecto denunció la violación de sus derechos a la defensa, al debido proceso, a dedicarse a la actividad económica de su preferencia y a la propiedad, con fundamento en las disposiciones contempladas en los artículos 49, 112 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Visto que en sentencia registrada bajo el n° 478 y publicada el 06 de abril de 2001, la Sala admitió la demanda, acordó la medida cautelar que había sido solicitada y ordenó las notificaciones correspondientes para la celebración de la audiencia oral, la

cual, una vez practicadas aquéllas, se fijó para el 11 de junio de 2001.

Visto que en la oportunidad fijada, una vez anunciado el acto, se constató la ausencia de la parte actora, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se declaró Terminado el Procedimiento por abandono del trámite.

Visto, sin embargo, que la parte actora compareció el 13 de junio de 2001 y alegó: **i)** no haberse enterado de la fijación de la audiencia constitucional por tener su domicilio en San Cristóbal, Estado Táchira, desde donde revisaba su causa todos los días, desde el 28 de mayo de 2001, a través del sitio web de este Tribunal y por cuanto en dicho sitio web, ni en el espacio destinado a la información relativa a las audiencias a ser celebradas en cada Sala ni en ninguna de las cuentas de la Sala Constitucional, apareció anunciada la audiencia fijada en el presente proceso, a pesar de que por este medio había podido, hasta entonces, enterarse de las diferentes actuaciones del expediente; **ii)** que ante la publicación sobre la terminación del procedimiento se trasladó al Tribunal y constató en el expediente la existencia de

un auto del 5 de junio de 2001 que fijó la oportunidad para la celebración de la audiencia pero que tal fijación no aparece en la cuenta de Sala nº 107 de ese día; **iii)** que la información publicada en el sitio web había sido, hasta entonces, “*absolutamente confiable*” y que a través de ella se había enterado de todas las incidencias del proceso, recogidas en las cuentas de Sala nºs 180/2000, 17/2001, 69/2001, 101/2001, razón por la cual: “... *era razonable de (su) parte confiar en que la fijación de la audiencia constitucional también aparecería publicada en las ‘Cuentas’...*”; **iv)** que otras audiencias constitucionales si aparecen publicadas en las cuentas y en el cuadro de audiencias orales y que: “...*las únicas audiencias que no fueron publicadas en las ‘Cuentas’ de la Sala por Internet, son las fijadas el 5 de junio de 2001, para ser realizadas el 11 de junio de 2001...*”; **v)** que de conformidad con lo establecido en el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil –aplicable supletoriamente-, cuando la ausencia de una de las partes se debe a causas que no le son imputables puede reabrirse el lapso para efectuar el acto y que, en el presente caso, la disparidad entre el expediente y las cuentas únicamente respecto de este acto del proceso constituye una causa no imputable al demandante; y **vi)** que, de conformidad con el acuerdo de la Sala Plena de este Máximo Tribunal, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nº 37.172 del 03 de abril de 2001 y al artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas

Electrónicas, dichas cuentas publicadas en Internet tienen valor probatorio; con vista a todo lo cual solicitó: “...*la reposición de la causa a estado de fijar nueva oportunidad para la Audiencia Constitucional, debido a que la inasistencia del accionante fue por causa no imputable a él; que se notifique a los demás intervinientes de la nueva Audiencia Constitucional; y que no se ejecute la decisión de dar por terminado el procedimiento, mientras no se provea sobre lo que respetuosamente he solicita-do.*”

La Sala observa:

1. Que el acuerdo de Sala Plena al que alude el apoderado del demandante, sólo es aplicable a dicha Sala y no confiere valor probatorio a la información divulgada en el sitio web del Tribunal.
2. Que revisadas como han sido las cuentas de esta Sala, tanto en original como en su publicación en el sitio web, desde el 28 de mayo de 2001 hasta el 11 de junio del mismo año, así como el expediente respectivo, se comprobó que, efectivamente, el auto del 05 de junio de 2001 en el que se fija la audiencia constitucional del caso de autos para el 11 de junio de 2001, si bien fue añadido al expediente, no aparece reflejado ni en la cuenta correspondiente ni en ninguna otra, ni apareció en el listado de las audiencias publicado en el sitio web.
3. El artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por mandato del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone:

“El Secretario llevará el libro Diario del Tribunal, en el cual anotará sin dejar espacios en blanco, en términos claros, precisos y lacónicos las actuaciones realizadas cada día en los asuntos en curso. Los asientos del Diario serán firmados por el Juez y por el Secretario al final de cada día, y hacen fe de las menciones que contienen, salvo prueba en contrario”.

Las cuentas tienen similar finalidad a la atribuida a los libros diarios, en el sentido de que deben reflejar las actuaciones realizadas por la Sala, cada día, en los asuntos en curso, por lo que, igualmente, hacen fe de las menciones que contienen, de tal manera que si estas no reflejan una actuación, resulta lícito asumir que éstas no ocurrieron.

De la lectura del artículo 2 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas puede colegirse que las Cuentas de esta Sala que aparecen publicadas en el sitio www.tsj.gov.ve constituyen mensajes de datos (*“Información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.”* Art. 2, 2º ap.) dentro de un sistema de información (*“Aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma mensajes de datos”.* Art. 2, 10º ap.), y cuyo emisor es el Tribunal Supremo de Justicia, según pueden verificar los usuarios al encontrarse con la siguiente leyenda: *“Sitio web diseñado y desarrollado por la Gerencia de Informática y Tele-*

comunicaciones del Tribunal Supremo de Justicia.”

De conformidad con la antes nombrada Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, para que dichos mensajes tuvieran la misma validez de las cuentas deberían cumplir con los requisitos contemplados en el único aparte del artículo 6 y el artículo 8, requisitos que, al menos respecto de la firma electrónica, no se cumplen, por lo que no pueden *“hacer fe de las menciones que contienen”*.

Sin embargo, esta Sala no puede obviar que el sitio web de este Máximo Tribunal ha sido concebido como *“un medio auxiliar de divulgación de su actividad judicial”* (s.S.C. n° 982, 06.06.2001), cuya finalidad es permitir el acceso de todos los ciudadanos a la administración de justicia, especialmente a aquellas personas que, como el demandante, viven en el interior de la República; finalidad que expresa este Máximo Tribunal al transcribir al pie de la presentación en pantalla del sitio web el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo lo cual permite al público inferir lícitamente que la información que contiene, si bien no merecedora de fe pública, sí es fiel reflejo de las actuaciones del Máximo Tribunal, y no hay en la página alguna advertencia que desvirtúe tal conclusión, por demás lógica por parte del público usuario.

De allí que esta Sala considere que, aun cuando las Cuentas publicadas en el sitio web, no cumplen a cabalidad con los requisitos para hacer fe de las menciones que contie-

nen, se presentan ante el público usuario de manera tal que les hacen merecedoras de confianza y no puede este Tribunal ignorar esa situación.

Con fundamento en tales consideraciones la Sala estima que, en el caso de autos, la no concurrencia del demandante se debió a una causa que no le es imputable y así se declara. En consecuencia, de conformidad con el artículo 202 de Código de Procedimiento Civil, aplicable al pro-

Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

cedimiento de amparo de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Sala **REVOCA POR CONTRARIO IMPERIO** su decisión de declarar terminado el procedimiento y **ORDENA** que se proceda a fijar una nueva audiencia constitucional y que se notifique de ello a todas las partes e intervinientes en este juicio. Así lo decide el

El Presidente, Iván Rincón Urdaneta

El Vicepresidente, Jesús Eduardo Cabrera Romero

José Manuel Delgado Ocando Magistrado

Antonio J. García García Magistrado

Pedro Rafael Rondón Haaz Magistrado-Ponente

El Secretario, José Leonardo Requena Cabello

PRRH.sn.fs.
EXP N° 00-2723

